

T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ
FİNANSMANI

BAVER MAZLUM MERT

2501160630

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. EMRE ESEN

İSTANBUL, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : BAVER MAZLUM MERT Numarası : 2501160630
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR. EMRE ESEN
Tez Savunma Tarihi : 05.09.2019 Saati : 11:00
Tez Başlığı : MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ ~~HOYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. EMRE ESEN		KABUL
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ İŞİL EGEMEN DEMİR		KABUL
3- DR.ÖĞR.ÜYESİ AYŞE ELİF ULUSU KARATAŞ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR.ÖĞR. ÜYESİ AYŞE GÜVERCİN ŞAHAN		
2- DR.ÖĞR. ÜYESİ MİNE TAN DEHMEN		

ÖZ

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANI BAVER MAZLUM MERT

Milletlerarası tahkim son yıllarda sıklıkla başvurulanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Taraflar aralarında çıkacak olan uyuşmazlıkların bu yöntemle giderilecek olmasını önceden kararlaştırabilirler. Ancak milletlerarası tahkimin paralı bir yargılama türü olması, ödeme güçlüğü içinde olan tarafların adalete erişim haklarına zarar verebilmektedir. Bu sorunun çözümü için davayla doğrudan bağı olmayan üçüncü kişilerden finansman sağlama düşüncesi gelişmiştir. Ancak bu düşünce tahkimin gizliliği, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı, yargılama giderleri için teminat gösterilmesi gerekliliği ve yargılama giderlerinin paylaşımı gibi birçok konu hakkında tartışmalara yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Tahkim, Ödeme Güçlüğü, Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi, Üçüncü Kişi Finansmanı, Tahkimde Gizlilik, Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlığı, Dava Sonucundan Pay Alma Yasağı.

ABSTRACT

THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

BAVER MAZLUM MERT

International arbitration is one of the most preferred dispute resolution methods that parties have often resorted to in recent years. The parties may decide in advance to resolve the potential disputes between them through this method. However, the fact that international arbitration is not an free dispute resolution method may give harm to the parties' rights for an access to justice especially to those who have difficulty paying the fee for it. In order to resolve this problem, an idea has recently emerged that a fund can be received from a third party, who is not a party of the dispute. However, this idea leads to discussion on some topics such as confidentiality of arbitration, independence and impartiality of arbitrators, the necessity for showing security for costs and sharing the costs of arbitration.

Keywords: International Arbitration, Impecuniosity, Security for Costs, Third Party Funding, Confidentialty of Arbitration, Impartiality and Independence of Arbitrators, Maintenance and Champerty.

ÖNSÖZ

Milletlerarası tahkimin masraflı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması, maddi açıdan zorluk çeken tarafların tahkimde haklarını savunamamalarına neden olmaktadır. Bu durumun önlenmesi için davayla organik bağı olmayan üçüncü kişilerin, dava sonucundan pay almak için tahkim masraflarını karşılamaları tecrübe edilen yöntemler arasındadır. Bu yöntemde dava kaybedildiğinde, finansörün herhangi bir talep hakkı da olmayacaktır. Ancak bu yöntem tahkimin gizliliği, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı, tahkimde yargılama giderleri için teminat gösterilmesi ve yargılama giderlerinin paylaşımı gibi birçok konuyla ilişkilidir. Bu çalışmanın amacı üçüncü kişi finansmanı olarak adlandırılan bu yöntemin tanıtılması ve beraberinde getirdiği yeni tartışmaların olabildiğince anlatılmasıdır.

Kısıtlı zamanıma rağmen tez danışmanlığımı kabul edip, bütün hatalarıma sabırla yaklaşan ve bana özveriyle destek olan Prof. Dr. Emre ESEN'e en derin saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım. Tez jürime gelerek beni onurlandıran değerli hocalarım Dr. Işıl Egemen DEMİR'e ve Dr. Ayşe Elif ULUSU KARATAŞ'a kıymetli eleştirilerinden dolayı çok teşekkür ederim.

Baver Mazlum Mert

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ TANIMI VE UNSURLARI

I. GENEL OLARAK	3
II. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ TANIMI	6
A. Genel Olarak	6
B. Dar Anlamda Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı	7
C. Geniş Anlamda Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı.....	10
III. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ UNSURLARI.....	11
A. Üçüncü Kişi Finansörler	11
B. Üçüncü Kişi Finansmanından Yararlananlar	14
1. Davanın Tarafları	14
2. Hukuk Firmaları	14
3. İflas Masası	16
C. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Hukuki Niteliği	17
1. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı Sözleşmesinin Diğer Sözleşme Tipleriyle Karşılaştırılması	17
2. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı Sözleşmesi.....	20

3. Finansman Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk	22
D. Finansman Sağlama Koşulları.....	23
A. Finansmanın Transferi	26

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÖDEME GÜÇLÜĞÜ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANINA DUYULAN İHTİYACIN ARTMASI

I. GENEL OLARAK	28
II. MİLLETLERARASI TAHKİMİN MASRAFLI OLMASI.....	31
III. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ GELİŞMESİ	32
A. Genel Olarak	32
B. Bir Tarafın Ödeme Güçlüğü Halinde Olmasının Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi.....	34
1. Genel Olarak	34
2. Ahde Vefa İlkesine Ağırlık Veren Görüş	36
a. Fransız Hukukunda Bir Tarafın Ödeme Güçlüğü İçerisinde Olmasının Tahkim Anlaşmasına Olan Etkisi.....	36
(1) <i>Lola Fleurs</i> Kararı.....	36
(2) <i>Pirelli</i> Kararı	37
b. İngiliz Hukukunda Bir Tarafın Ödeme Güçlüğü İçerisinde Olmasının Tahkim Anlaşmasına Olan Etkisi.....	40
3. Adalete Erişim Hakkına Ağırlık Veren Görüş	41
4. Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi	43
5. Üçüncü Kişi Finansmanının Ödeme Güçlüğü Halinde Bulunan Taraflar İçin Çözüm Oluşturabilmesi.....	45

IV. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ FİNANSÖRLER İÇİN OLDUKÇA KÂRLI BİR YATIRIM ARACI OLMASI ..

..... 46

A. Finansörlerin Yargılama Sonucundan Aldıkları Payın Tatminkâr Olması 46

B. Finansörler Bakımından Milletlerarası Tahkimin Tercih Sebebi Olması 47

1. Genel Olarak 47

2. Ticari Tahkim Bakımından 47

3. Yatırım Tahkimi Bakımından 48

4. Finansörler Bakımından Riskin Az Olması 48

V. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ YENİ BİR PAZAR OLUŞTURMASI..... 49

A. Genel Olarak 49

B. Dünya Çapında Yaşanan Ekonomik Krizler 51

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ NEDEN OLABİLECEĞİ SORUNLAR

I. DAVA SONUCUNDAN PAY ALMA YASAĞI (*MAINTENANCE VE CHAMPERTY DOKTRİNİ*) 53

A. Genel Olarak 53

B. Tahkimde Dava Sonucundan Pay Alma Yasağının (*Maintenance ve Champerty Doktrininin*) Uygulanması..... 55

II. FİNANSÖRLERİN TAHKİM DAVASININ KONTROLÜNÜ ELE GEÇİRMELERİ 62

A. Genel Olarak 62

B. Finansman Varlığının Davaların Alternatif Çözüm Yöntemleriyle Sona Erdirilmesine Olan Etkisi..... 65

III. MİLLETLERARASI TAHKİMDE FİNANSÖR VARLIĞININ GİZLİLİĞE ETKİSİ	66
IV. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ AÇIKLANMA ZORUNLULUĞU.....	75
A. Genel Olarak	75
B. Finansman Sözleşmesinin Açıklanmasını Gerektiren Durumlar	79
C. Finansman Sözleşmesine Dair Açıklanması Gereken Bilgiler	81
D. Finansman Sözleşmesinin Açıklanmamasının Yaptırımı	83
E. Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Açıklanmasına Yönelik Yol Gösterici Nitelikte Düzenlemeler.....	84
1. Menfaat Çatışmaları Hakkında Milletlerarası Barolar Birliği Rehber İlkeleri	84
2. ICC Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanının Açıklanması.....	89
B. Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Açıklanmasına Yönelik Bağlayıcı Nitelikte Düzenlemeler	90
1. Genel Olarak	90
2. ICSID Kuralları Değişiklik Tasarısı ve Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı	92

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ YARGILAMA GİDERLERİNE ETKİSİ

I. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANIN YARGILAMA GİDERLERİ İÇİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE ETKİSİ 98	
A. Genel Olarak	98
B. Ticari Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Yargılama Giderleri İçin Teminat Yatırılmasına Dair Etkisi	108

C. Yatırım Tahkimi Bakımından Üçüncü Kişi Finansmanının Yargılama Masrafları İçin Teminat Gösterilmesine Etkisi	112
1. Genel Olarak	112
2. Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanının Teminat Yatırılmasına Dair Etkisinin Genişletilmesi Gerekliliği.....	115
a. Genel Olarak	115
b. Teminat Konusunda ICSID Kurallarının Yeniden Düzenlenmesi.....	122
II. TAHKİM MAHKEMESİNİN BİR TARAF ALEYHİNE FİNANSMAN GİDERLERİNE HÜKMETMESİ.....	126
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA	140

KISALTMALAR LİSTESİ

AAA	: American Arbitration Association – Amerikan Tahkim Derneği
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution – Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ALF	: Association of Litigation Funders – Uyuşmazlık Finansörleri Birliği
Art	: Article
ARB	: Arbitration
Aug	: August
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CIARB	: The Chartered Institute of Arbitrators - Birleşik Hakemler Kurulu
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission – Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu
Civ	: Civil Division

Cir	: Circuit
DIAC	: Dubai International Arbitration Centre – Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
E.	: Esas numarası
EWCA	: English and Wales Court of Appeal – İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi
FD&D	: Freight, Demurrage and Defence
HD	: Hukuk dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch - Alman Ticaret Kanunu
HKAC	: Hong Kong International Arbitration Centre – Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association – Milletlerarası Barolar Birliği
ICC	: International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes – Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
ICDR	: International Centre for Dispute Resolution – Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi
ISTAC	: Istanbul Arbitration Centre – İstanbul Tahkim Merkezi
İK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar numarası

LCIA	: London Court of International Arbitration – Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi
LLP	: Limited Liability Partnership
LTD	: Limited Company
Ltd Şti	: Limited Şirketi
md.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHÜK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
No	: Number - Numara
PCA	: Permanent Court of Arbitration – Daimi Hakemlik Mahkemesi
R.G	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SIAC	: Singapore International Arbitration Centre – Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TPF	: Third Party Funding

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law- Birleşmiş
Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu

v. : Versus

vd. : Ve devamı

VIAC : Vienna Arbitral Centre – Viyana Tahkim Merkezi

Vol. : Volume

WP : Working Paper

yy. : Yüzyıl

GİRİŞ

Milletlerarası ticaret hukukunda, tahkim anlaşması yapmak ihtiyari olsa da taraflar tahkim anlaşmasıyla bağitlandıktan sonra genellikle haklarını ahde vefa ilkesi gereğince tahkim mahkemelerinde aramak zorundadırlar. Çünkü tahkim anlaşmasının varlığı halinde, davasını devlet mahkemeleri önünde ileri sürmek isteyen taraf tahkim itirazıyla karşılaşabilir. Ancak milletlerarası tahkim paralı ve özel bir yargılama metodudur. Ödeme güçlüğü içinde bulunan tarafın tahkim masraflarını karşılayamayacak güçte olması olağandır. Tahkim masraflarını ödeyemediği için devlet mahkemesine başvuran fakat devlet mahkemesinde de tahkim itirazıyla karşılaştığı için hakkını arayamayan tarafın hak arama özgürlüğü tehlikeye girebilir.

Ödeme güçlüğüne düşen tarafların adalete erişim haklarının sağlanması amacıyla tahkim ücretlerinin azaltılması ve tahkimde teknolojinin kullanımının yaygınlaşması gibi çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Ancak bu yöntemler istenilen sonucu sağlayamamıştır.

Ödeme güçlüğüne düşen tarafın, tahkim mahkemesinde hak arama özgürlüğünün sağlanması için yeni bir alternatif yol olarak “tahkimde üçüncü kişi finansmanı” ortaya çıkmıştır. Tahkimde üçüncü kişi finansmanının yeknesak bir tanımı yoktur. Bu duruma finansman türlerinin çok çeşitli şekilde karşımıza çıkması sebebiyet vermiştir. Ancak tahkimde üçüncü kişi finansmanı genel olarak “bir finansörün dava sonucundan pay almak amacıyla dava giderlerini karşılaması, davanın kaybedilmesi halinde ise bir şey talep edememesi” olarak izah edilebilir. Finansör, davanın kazanılması durumunda, dava sonucundan genel olarak %20-40 aralığında bir pay alacaktır. Son yıllarda gittikçe kullanımı artan bu yöntem mecburiyetten kaynaklanabileceği gibi tarafların nakitlerini tahkime değil de kendi işlerine ayırmak istemelerinden de kaynaklanabilir.

Tez çalışması kapsamında öncelikle tahkimde üçüncü kişi finansmanının çeşitli tanımlarına ve unsurlarına yer verilmiştir. Yine aynı bölümde finansman sözleşmelerinin çeşitleri ve unsurları incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise tahkimde üçüncü kişi finansmanına olan talebin artmasının nedenleri irdelenmiştir. Böylelikle üçüncü kişi finansmanına ne gibi durumlarda ihtiyaç duyulduğu ve üçüncü kişi finansmanının ne gibi tartışmalara sebebiyet verdiği daha anlaşılır kılınmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu bölümde tahkimde üçüncü kişi finansmanının adalet erişim hakkı sağlama ihtimali tartışılmış ve çeşitli devlet mahkemelerinin konuya yaklaşımları ele alınmıştır.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı beraberinde birçok tartışmayı da getirmiştir. Finansörlerin hakemlerle ilişkisinin olabileceği bu ilişkinin de hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürebileceği başlıca tartışmalardan biridir. Hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin bu endişeler tahkimde üçüncü kişi finansmanının açıklanma zorunluluğunu da gündeme getirmiştir. Bu sebeple International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)¹ gibi birçok tahkim merkezi kurallarını güncellemektedir. Çalışmanın üçüncü bölümünde bu düzenlemelere yer verilmeyle birlikte tahkimde üçüncü kişi finansmanının doğurabileceği etik sorunlar da tartışılmıştır.

Finansman varlığı, tahkimde yargılama giderleri için teminat gösterilmesi ve yargılama giderlerine hükmedilmesi gibi konularla da bağlantılıdır. Finansörün alacağı payın yargılama giderleri içerisinde ele alınıp alınamayacağı ve milletlerarası tahkimde finansmandan yararlanılıyor olunmasının teminat gösterilmesi için bir neden olup olmaması meseleleri çok güncel konulardır. Zira derdest olan bazı davalarda söz konusu hususlar hâlen tartışılmaktadır. Çalışmanın son bölümünde bu konular çeşitli davalara da değinilerek tartışılmıştır.

¹ (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/> 08.05.2019

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ TANIMI VE UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası uyuşmazlıkları çözmek için devlet mahkemelerine başvurulması milletlerarası ticaret hayatına pek uymaz. Çünkü taraflar hem devlet mahkemelerinin uzmanlıklarına hem de tarafsızlıklarına güvenemezler². Bu sebeple taraflar aralarında doğmuş olan uyuşmazlıklar hakkında kesin ve bağlayıcı karar verilmesi için, “hakem” adı verilen kişilere başvurmayı tercih ederler³.

Tahkim mahkemelerinin bağımsız ve uzman mahkemeler olmasının yanı sıra devlet mahkemelerine göre daha hızlı ve gizli olmaları tahkimin tercih sebebi haline gelmesine neden olmuştur⁴. Ayrıca devlet mahkemelerinin aksine, taraflara davayı görececek hakemleri ve davada görülecek usulü seçebilme özgürlüğünün tanınmış olması⁵ tahkime olan ilginin artmasını sağlamıştır.

Tahkim mahkemesi kararlarının tenfizinin kolay olması da tahkimi tercih sebebi haline getirmiştir. Nitekim Queen Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Şirketi’nin birlikte yapmış olduğu bir ankete katılanların %97’si uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, milletlerarası tahkimi tercih edeceklerini belirtmişlerdir⁶. Milletlerarası anlaşmalar tahkim mahkemelerinin kararlarının icrasını

² Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 1.

³ A.e., s. 1-6.

⁴ Hakan Pekcanıtez, Ali Yeşilirmak, **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, C. 3, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 2602-2604; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 595.

⁵ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C. 6, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 5939.

⁶ Bkz. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, (Çevrimiçi) 29.07.2019.

kolaylaştırmaktadır. Bu amaçla hazırlanmış olan New York Sözleşmesi'ne hâlihazırda 160 devlet taraftır⁷.

Ne var ki tahkimin dezavantajları da mevcuttur. Bunlardan ilki tahkimin ücretli bir mekanizma olmasıdır⁸. Tahkim davasının sürdürülebilmesi için tarafların hakem ücretleri dahil birçok gidere katlanması gerekir. Milletlerarası tahkime konu uyuşmazlıklar, yabancılık unsuru içerdiği için bu giderler oldukça yüksek olabilir⁹. Milletlerarası tahkimin dezavantajlarından bir diğeri de ödeme güçlüğü içinde bulunan taraf için adli yardım gibi çarelerin olmamasıdır. Nitekim tahkim ücretlerinin yüksek olması *Queen Mary* Üniversitesi ve *White & Case* Hukuk Şirketi'nin yapmış olduğu ankette tahkimin en büyük dezavantajı olarak tespit edilmiştir¹⁰.

Ödeme güçlüğü halinde olan kişiler tahkim masraflarından kurtulmak amacıyla, tahkimde üçüncü kişi finansmanı aracılığıyla tahkim yargılaması için gerekli olan meblağa sahip olmaktadırlar. Tahkim davalarına finansman sağlanması ödeme güçlüğü sebebiyle zorunluluktan olabileceği gibi şirketlerin kaybetme riskini bir başka kişiyle paylaşmak istemelerinden de kaynaklanabilir. Yine şirketlerin kendi işlerinde başarılı olabilmeleri için nakit ihtiyacı duymaları da tahkimde üçüncü kişi finansmanına başvurmak için sebep oluşturabilir¹¹.

Üçüncü kişi finansmanın kökleri 19. yy'a kadar uzanır. 19. yy'da, İngiltere'de bir yandan deniz ticaretinin gelişmesi, diğer yandan denizlerdeki güvensizlik ortamı sigorta şirketlerine ihtiyacı arttırmıştır. Zamanla sigorta şirketlerinin sayısının artması, bu şirketler arasındaki rekabeti de arttırmıştır. Rakiplerine karşı fark yaratmak isteyen bazı sigorta şirketlerinin müşterilerine daha fazla güvence sağlamak istemesiyle

⁷ Taraf devletlerin listesi için bkz. <http://www.newyorkconvention.org/countries>, (Çevrimiçi) 29.07.2019.

⁸ Tahkim hakemleri, devlet mahkemelerindeki hakimler gibi kamu hizmeti görmezler. Bilgehan Yeşilova, "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", **TBB Dergisi**, S. 76, 2008, s. 109.

⁹ Yusuf Çalışkan, "Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 645. (Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı olarak anılacaktır).

¹⁰ Bkz. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, (Çevrimiçi) 29.07.2019.

¹¹ Sigvard Jarvin, Corinne Nguyen, **Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents**, Kluwer Law International, 2017, s. 234-235.

birlikte, bu şirketler yalnızca hasara ilişkin değil, aynı zamanda mahkeme giderleri, avukat ücretleri, icra ücretleri gibi hukuk alanına ilişkin giderleri de güvence altına almışlardır¹². Daha sonraki dönemde bu tarzda hizmet veren sigorta şirketleri taşıma, sürastarya ve savunma için paket halinde hizmetler sağlamışlardır (*Freight, Demurrage and Defence (FD&D) Clubs*)¹³.

Anılan sigorta kuruluşlarından bazıları faaliyetlerini yüzyıldan fazla bir süre geliştirerek sürdürmüşlerdir. Yargılama giderlerine destek sağlayan bu kuruluşların, aslında tahkimde üçüncü kişi finansmanının temellerini attığı varsayılabilir. Üçüncü kişi finansmanı ve zarar sigortalarının her ikisinin de temelinde “riski başka bir tarafa transfer etme” düşüncesi bulunmaktadır¹⁴. Bu bakımdan tahkimde üçüncü kişi finansmanının, 19. yy’da İngiltere’de faaliyet gösteren sigorta şirketleriyle başladığını söylememiz mümkündür. Örneğin bu sigorta şirketlerinden biri olan *Nordisk Skibsrederforening* 1889 yılında kurulmuştur. Şu anda hâlen Oslo’da ve Singapur’da şirket bünyesinde çalıştırdıkları avukatlar aracılığıyla tahkim davalarını takip etmektedir¹⁵.

Ancak üçüncü kişi finansmanının 19. yy’dan sonra gelişimi sekteye uğramıştır. Çünkü bu sistem etik bulunmamıştır ve “dava sonucundan pay alma yasağı (*Maintenance ve Champerty doktrini*)”¹⁶ adı verilen uygulama uyarınca üçüncü kişilerin davaları finanse etmeleri hukuka aykırı görülmüştür. Günümüzde ise Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde dava sonucundan pay alma yasağı etkisini oldukça yitirmiştir ve bu ülkeler üçüncü kişi finansmanı konusunda öncülük eder hale gelmiştir¹⁷.

¹² Noor Kadhim, **Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration**, 2017, Kluwer Blog, (Çevrimiçi) 21.10.2018.

¹³ A.e.

¹⁴ Charles Silver, Litigation Funding versus Liability Insurance: What’s the Difference?, **DePaul Law Review: A Brave New World: The Changing Face of Litigation and Law Firm Finance**, Issue 2, Vol. 63, 2014, s. 618, www.library.depaul.edu (Çevrimiçi) 22.03.2019.

¹⁵ Kadhim, a.g.e., (Kluwer Blog).

¹⁶ Can Eken, “Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, **Dokuz Eylül SBE**, 2018, s. 33.

¹⁷ Sherina Petit, Daniel Jacobs, Maintenance and Champerty; An End To Historic Rules Preventing Third-Party Funding?, **International Arbitration Report**, ed.: Mark Baker, Pierre Bienvenu, 2016, s.9,

Kara Avrupası hukuk geleneğindeki ülkelerde ise üçüncü kişi finansmanına daha az rastlanılır. Bu durumun bir nedeni Kara Avrupası hukukunun uygulandığı devletlerde, devlet yargısına başvurmanın Anglo-Sakson hukuka nazaran daha az masraf gerektirir olmasıdır. Bir diğer nedeni ise Kara Avrupası hukukunda cezai nitelikte tazminatların (*punitive damages*) olmayışı ve bu nedenle de davanın kaybı halinde kaybedilecek miktarın daha az olmasıdır¹⁸. Ayrıca çoğu Kıta Avrupası ülkesinde avukatların sadece dava neticesine göre ücrete hak kazanmasının (*pactum de quota litis*) yasak olması da Kara Avrupası hukukunun uygulandığı ülkelerde tahkimde üçüncü kişi finansmanının daha az gelişmesine neden olmuştur¹⁹.

Belirtelim ki tarihsel olarak Kara Avrupası hukukunda sosyal devlet anlayışının daha çok gelişmesi, adli yardım gibi sosyal devlet ilkesine hizmet eden çeşitli hukuki çarelerin gelişmesini sağlamıştır. Adli yardım gibi çareler ise Kara Avrupası hukukunda üçüncü kişi finansmanına ihtiyaç duyulmasını azaltmıştır.²⁰ Ancak milletlerarası ticaretin gelişmesine bağlı olarak Anglo-Sakson hukuku ve Kara Avrupası hukuku sıklıkla bir araya gelmektedir. Bu sebeple tahkimde üçüncü kişi finansmanı artık Kara Avrupası hukukunun da güncel bir konusu haline gelmiştir.

II. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ TANIMI

A. Genel Olarak

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı için finansın (yatırımın) sağlanış biçimi ve karşılığının alınış biçimindeki çeşitliliklerden dolayı ortak kabul görmüş bir tanım yapılamamıştır²¹. Sözleşme serbestisi sayesinde bağışlama, kredi sözleşmesi, sigorta

<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/bf0fd6fe/maintenanceandhamperty>, (Çevrimiçi) 01.08.2019.

¹⁸ Süheyla Balkar Bozkurt, “Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 129-130, C. 10, 2015, s. 211.

¹⁹ A.e.

²⁰ A.e.

²¹ William W. Park, Catherine Rogers, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, ed.: Christian Klausegger, Peter Klein, v.d., *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2015, s. 114.

sözleşmesi ve davanın sonucuna bağlı olarak kazanılacak olan avukatlık ücreti gibi birden çok yöntemle finansman sağlanabilir.

Doktrinde üçüncü kişi finansmanına ilişkin dar ve geniş olmak üzere iki ayrı tanım yapılmaktadır²². Genel olarak dar anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanında, finansörün “doğrudan kâr etme amaçlı” yatırım yapması söz konusuysen, geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanında ise finansörün doğrudan kâr elde etme amacı yoktur. Tahkimde üçüncü kişi finansmanının tanımının doğru yapılması ileride yapılacak olan tartışmalar bakımından önem taşır. Örneğin finansman sözleşmesinin açıklanmasına ilişkin düzenlemelerde, kimlerin finansör olarak kabul edilmesine bağlı olarak farklı sonuçlar oluşacaktır.

B. Dar Anlamda Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı

Doktrinde dar anlamıyla üçüncü kişi finansmanı “*uyuşmazlığın tarafı olmayan profesyonel bir kişi ya da kurumun, yargılama neticesinde verilecek karardan maddi fayda sağlamak için, söz konusu uyuşmazlığın taraflarından birisinin dava masraflarını üstlenmesi*” şeklinde tanımlanmıştır²³.

Dar anlamıyla tahkimde üçüncü kişi finansmanında davaya “yatırım” yapan bir “finansör” mevcuttur. Finansörün davayla organik bir bağı yoktur. Yani finansör, davada davacı veya davalı sıfatıyla yer alamaz. Davacı veya davalı tarafın finansöre pay vermeyi taahhüt etmelerinin sebebi, dava giderlerinin finansör tarafından ödenecek olmasıdır. Finansman sağlanan tarafın davada haksız bulunması durumunda finansmandan yararlanan tarafın maddi kaybı olmayacaktır. Çünkü yargılama giderleri

²² Didem Kayalı, “Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, Derleyen: Nuray Ekşi, C. 8, S. 1, 2019, s. 87.

²³ Kayalı, **a.e.**, s. 87; Aynı yönde bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 208; Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon Sahani, **Third-Party Funding in International Arbitration, Second Edition**, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2017, s. 3; Maya Steinitz, “Whose Claim Is This Anyway - Third-Party Litigation Funding”, **Minnesota Law Review**, Vol. 95, No. 4, 2011, s. 1267; Louise Barrington, “Third-Party Funding and the International Arbitrator”, **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**, ed.: Patricia Shaughnessy and Sherlin Tung, Kluwer Law International, 2017, s. 15-16; Tamir Livschitz, “Third Party Funding in Arbitration”, **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Second Edition)**, ed.: Manuel Arroyo, Second Edition, Kluwer Law International, 2018, s. 2615.

finansör tarafından karşılanmış olacaktır. Davada haklı bulunulması halinde ise finansör dava sonucundan kayda değer bir pay alacaktır.

Özellikle yerel düzenlemelerde finansör tanımı oldukça dar bir şekilde ele alınmıştır. Buradaki amaç dava sonucundan pay alma yasağına (*maintenance ve champerty doktrini*) sadece “belirli bir ölçüde” müsaade etmektir. Örneğin, Singapur 2017 yılında tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile ilgili büyük bir reforma imza atmış ve tahkimde üçüncü kişi finansmanını mevzuatında doğrudan düzenlemiştir²⁴. İlgili düzenlemede finansörün kim olabileceği ayrıntılı olarak tespit edilmiştir. Düzenlemeye göre, Singapur içinde veya dışında faaliyet gösteren finansör “temel faaliyet alanı” (*principal business*) olarak uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin giderleri için finansman sağlayan bir “kuruluş” olmalıdır. Aynı zamanda bu kuruluşun hisse senetleriyle temsil edilen sermayesi veya yönetimi altındaki varlığı 5 milyon Singapur dolarının altında olmamalıdır²⁵. Görüldüğü üzere Singapur’daki düzenlemede “finansör” kavramı oldukça dar şekilde belirlenmiştir. Böylelikle üçüncü kişi finansmanına sınırlı ölçüde izin verilmiştir.

Dar anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanına ilişkin bir başka örnek ise Hong Kong mevzuatında mevcuttur. İlgili düzenleme Hong Kong’un Tahkim ve Arabuluculuk Yönetmeliği’nde bulunmaktadır. Düzenlemenin amacı, dava sonucundan pay alma yasağının (*maintenance ve champerty doktrininin*) etkisini azaltmak ve üçüncü kişi finansmanına bu sayede “belirli bir ölçüde” izin vermektir²⁶. Hong Kong’daki düzenleme tahkimde üçüncü kişi finansmanını, “*bir tarafın tahkim masraflarını karşılamak için bir finansörden maddi destek aldığı, finansörün ise yargılamanın finansmandan yararlanan taraf bakımından başarıyla sona ermesi durumunda dava sonucundan maddi çıkar sağladığı durumlar*” olarak belirlemiştir²⁷.

²⁴ Bkz. Civil Law (Amendment) Act 2017 (No. 2 of 2017) <https://sso.agc.gov.sg/Acts-suppl/2-2017/>, (Çevrimiçi) 26.06.2019.

²⁵ Civil Law Act (Chapter 43) Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017 No:4(1)(A), <https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017> (Çevrimiçi) 27.01.2019.

²⁶ **ICCA Reports No. 4:** Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, ICCA Reports Series, Vol. 4, s. 57 (ICCA Report olarak anılacaktır.) https://www.arbitrationicca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf, (Çevrimiçi) 27.01.2019.

²⁷ Bkz. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017 98/G. <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf> (Çevrimiçi) 27.01.2019

İlgili yönetmeliğin 90/O bölümü ise avukatların finansör olamayacağını belirtmektedir. Buradaki amaç, avukatların sadece dava sonucuna göre gelir elde edebilecekleri anlaşmalar yapmalarını engellemektir²⁸.

Belirtmiş olduğumuz mevzuatlardaki, tahkimde üçüncü kişi finansmanını tanımlamaya yönelik düzenlemeler tahkim merkezlerini de etkilemiştir. Örneğin SIAC (*Singapore International Arbitration Centre/* Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi) ve Brezilya-Kanada Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (Arbitration and Mediation Centre of the Brazil-Canada Chamber of Commerce) de çeşitli düzenlemelerde bulunmuşlar ve tahkimde üçüncü kişi finansmanını yukarıda verdiğimiz tanımlara benzer yönde tanımlamışlardır²⁹.

Belirtmiş olduğumuz tanımlarda kullanılan “yargılamanın sonucundan maddi fayda sağlama amacı” günümüzde geçerliliğini yitirmektedir. Bunun bir nedeni, finansörlerin yargılamanın sonuçlanmasını beklemeden dahi çok yüksek maddi gelirler elde edebilmeleridir. Örneğin, dava henüz temyiz aşamasında olsa dahi finansörlerin yatırımlarını satmaları mümkündür³⁰. Bir diğer nedeni ise birçok finansörün borsada işlem görüyor olmasıdır. Şirketlerin bir davaya yatırım yapmış

²⁸ Kanaatimizce avukatların dava sonucuna göre kazanç elde edebilecekleri anlaşmalar yapmalarına bazı istisnalar tanınmalıdır. Zira taraflar ödeme güçlüğü gibi durumlarda davalarının tahkimde görülmesini sağlayamayabilirler. Davanın tahkimde görülmesi sebebiyle adli yardım gibi kurumlardan yararlanabilmek de mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda tarafın adalete erişim hakkı, avukatların dava sonucundan pay alma yasağından önce gelmelidir. Bazı ülkeler bu gibi sorunları çözmek için mevzuatlarında avukatların sadece dava sonucundan gelir elde edebilecekleri anlaşmalar yapmalarına istisnalar tanımaya başlamıştır. Örneğin, Alman Federal Avukatlık Kanunu (Bundesrechtsanwaltsordnung) §49b uyarınca tarafların adalete erişim hakkı başka türlü gerçekleştirilemiyorsa avukatların sadece dava gelirinden kazanç elde edebileceği anlaşmalara cevaz verilmektedir. Böylelikle ödeme güçlüğü yüzünden tahkim gibi masraflı bir mekanizmada yer alamayan taraflara avukatlar tarafından destek sağlanabilmektedir. Alman Federal Avukatlık Kanunu için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/brao/> (Çevrimiçi) 19. 04.2019. Türk şirketleri de ödeme güçlüğü çektikleri için tahkime başvurmak konusunda zorlanmaya başlamışlardır. Örneğin, Muhammet Çap & Bankrupt Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Türkmenistan davasında, davacı Türk şirket ödeme güçlüğü çektiği için üçüncü kişi finansmanından yararlanmak istemiştir. Bkz. Muhammet Çap & Bankrupt Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/12/6).

²⁹ Bkz. <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ra-18-2016-financiamento-de-terceirosemarbitragenscamccbc>, (Çevrimiçi) (27.05.2019); <http://www.siac.org.sg/our-rules/62-our-rules/rules/504-siac-ia-rules-2017>, (Çevrimiçi) (27.05.2019).

³⁰ *Burford Investment* isimli finansör 12.8 milyon dolar değerinde finansman sağlamış olduğu davayı, dava henüz temyiz aşamasındayken, *Teinver* isimli şirkete %736 kâr ederek satmıştır. <https://www.burfordcapital.com/newsroom/burfordsellsteinverinvestment107million736return/> (Çevrimiçi) 23.06.2019.

olduklarını açıklamaları dahi onlara kazanç sağlayabilir. Bu nedenle kanaatimizce “yargılamanın sonucundan maddi fayda sağlama amacı” ibaresi tanımlardan kaldırılmalıdır.

Bize göre dar anlamda üçüncü kişi finansmanı, “yargılamayla organik bağı olmayan üçüncü kişinin, bu yargılamadan maddi çıkar elde etmek amacıyla bir tarafa yatırımda bulunması” şeklinde ifade edilmelidir. Bu çalışmada aksi belirtilmedikçe tahkimde üçüncü kişi finansmanı dar anlamıyla kullanılmıştır.

C. Geniş Anlamda Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı

Geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanı için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- i. Finansman sağlayan bir kişinin olması,
- ii. Finansman sağlayan kişinin söz konusu uyuşmazlıkla doğrudan bir bağlantısının olmaması,
- iii. Finansman sağlayan kişinin taraflardan birinin dava giderlerini kısmen veya tamamen karşılaması,
- iv. Söz konusu işlemleri maddi bir karşılık gereği veya bağışlama gibi bir nedenle yapıyor olması (Belirtmeliyiz ki burada finansmanın doğrudan bir maddi karşılık olmadan sağlanabilmesi, geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanının dar anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanından farklı kılmalıdır.)

Geniş anlamda üçüncü kişi finansmanının amacı, finansörün kim olabileceğinin sınırlarını daha kapsamlı şekilde çizmek ve bu sayede tahkim yargılamasının gizliliği gibi konulara ilişkin düzenlemelerin daha efektif şekilde uygulanmasını sağlamaktır³¹. Geniş anlamda üçüncü kişi finansmanında, dar anlamıyla üçüncü kişi finansmanından farklı olarak; finansörün doğrudan dava sonucundan kâr elde etme amacı aranmaz. Bu finansman türünde finansörün amacı, davadan gelir elde etmek olabileceği gibi davanın bir tarafı lehine hibede veya bağışlamada bulunmak gibi nedenler de olabilir.

³¹ ICCA Report, s.50-52.

Dar anlamıyla üçüncü kişi finansmanı tanımında amaçlanan finansörlerin kimler olabileceğini sınırlanmaktadır. Bu sebeple tahkimde üçüncü kişi finansmanının dar anlamıyla kullanımına daha çok yerel düzenlemelerde rastlanılır. Çünkü yerel düzenlemeler sadece bir ölçüde tahkimde üçüncü kişi finansmanına müsaade etmek istemektedirler. Öte yandan geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanı daha çok milletlerarası anlaşmalarda yer alır. Bunun nedeni ise bu anlaşmalarda davada finansör varlığının açıklanmasına yönelik hükümlerin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, finansör tanımı geniş tutularak finansmanın amacı ne olursa olsun, finansöre karşı bazı kuralların uygulanabilmesi amaçlanır. Örneğin Avrupa Komisyonu tarafından yatırımların korunması ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için hazırlanmış olan Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Sözleşmesi'nde tahkimde üçüncü kişi finansmanı *“Uyuşmazlığa taraf olmayan gerçek veya tüzel kişinin uyuşmazlığın taraflarından biriyle dava sonucunda alacağı maddi bir karşılık veya bağışlama ya da hibe amacıyla bir anlaşma yaparak dava giderlerini kısmen veya tamamen karşılamasıdır.”*³² şeklinde belirlenmiştir. Görüldüğü üzere dar anlamıyla tahkimde üçüncü kişi finansmanından farklı olarak bağışlama veya hibe gibi gerekçelerle sağlanan finansman da bu tanıma dâhil edilmiştir. Ayrıca Sözleşme'de, finansörlerin kâr amacı gütmeleri aranmadığı gibi, belirli bir sermayeye sahip olması gibi koşullar da aranmamıştır.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ UNSURLARI

A. Üçüncü Kişi Finansörler

Dar anlamda üçüncü kişi finansmanında, finansörler davadan maddi çıkar sağlamak amacıyla bir tarafa yargılama giderleri için finansman sağlayan kişilerdir. Günümüzde üçüncü kişi finansmanını bir yatırım aracı olarak kullanan birçok finansör

³²Bkz. Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Sözleşmesi Bölüm 3, Madde 1 için bkz. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf, (Çevrimiçi) 25.05.2019; Yine AB ve Kanada arasında imzalanan Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Anlaşması aynı yönde tanım içermektedir. Söz konusu tanımın yer aldığı md. 8/1 için bkz. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf, (Çevrimiçi) 25.05.2019.

şirket mevcuttur³³. Finansör şirketler kendi aralarında Uyuşmazlık Finansörleri Birliği (*The Association of Litigation Funders*) adı verilen bir birlik dahi oluşturmuşlardır³⁴. Birlik kendi etik kurallarını (ALF Etik Kuralları)³⁵ oluşturmuştur. Ancak ALF Etik Kuralları madde 1 gereğince bu kurallar milletlerarası hukuk kuralları olmayıp İngiltere ve Galler Bölgesi'ndeki mahkemeler nezdinde görülecek uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Ayrıca bu kurallar gönüllülük esasına bağlı olarak sadece Birliğin üyesi olan finansörlere uygulanır.

Finansör şirketler doğrudan doğruya hukuk firmaları olabileceği gibi sadece dava finansmanı için kurulmuş yatırım şirketleri de olabilirler. Ayrıca sigorta şirketlerinin veya bankaların da dava finansmanı hakkında hizmet vermeleri mümkündür³⁶.

Geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanında ise doğrudan finansal çıkar sağlama amacı aranmayacağı için herkes finansör olabilir³⁷. Burada finansörün amacı ekonomik çıkar sağlamak olabileceği gibi sosyal ve politik çıkarlar elde etmek de

³³ Almanya'da Foris Ag; Abd'de 1624 Capital, Alter Litigation, Amicus Capital Services, Bentham IMF, Burford Capital, Delta Capital Partners, Fair Rate Funding; Avustralya'da Litigation Lending Services; Birleşik Krallık'ta Advantage Litigation Service, Annecto Legal, Augusta Ventures LLP, Calunius Capital, Claims Funding Europe Limited, Juridica Investments Ltd, Therium Capital Management Limited, Universal Legal Protection Ltd, Vannin Capital PCC Ltd, Woodsford Litigation Funding; Brezilya'da Leste, Hollanda'da Omni Bridgeway, Nivalion örnek olarak verilebilir; Önde gelen bazı finansör şirketlerin listesi için bkz. Eken, **a.g.e.**, s. 56-69; <http://third-party-funding.org/list-of-funders/> 24.06.2019, (Çevrimiçi) 25.06.2019. Ayrıca İngiliz finansör şirketlerin hangi tip davalara, ne oranla ve ne kadar süreliğine yatırım yaptıkları hakkında bir tablo için bkz. Cento Veljanovski, **Third Party Litigation Funding in Europe**, 2011, s. 17-18, <http://masonlec.org/site/files/2011/05/veljanovsk.pdf>, (Çevrimiçi) 27.05.2019; Maxi Scherer, Aren Goldsmith, Camille Flechet, "Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives", **International Business Law Journal**, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 164/2013, 2012, s. 207-210.

³⁴ The Association of Litigation Funders (the ALF) Birliğin web sitesi için

bkz. <http://associationoflitigationfunders.com/litigation-finance/>, (Çevrimiçi) 27.05.2019.

³⁵ Code of Conduct of for Litigation Funders, 2016, <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/01/CODE-OF-CONDUCT-for-LITIGATION-FUNDERS-at-Jan-2018-FINAL.pdf>, (Çevrimiçi) 27.05.2019.; Ayrıca Türkçe Çevirisi için bkz. Eken, **a.g.e.**, Ek-1.

³⁶ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 3.

³⁷ Her ne kadar bir tahkim davası olmasa da geniş anlamda üçüncü kişi finansmanına ilişkin çarpıcı bir örnek ABD'de gerçekleşmiştir. Bu davada eski ABD Başkanı Bill Clinton bir dönem hizmetçisi olarak çalışan kişi tarafından cinsel tacizle suçlanmak istenmiştir. Ancak cinsel taciz iddiasında bulunan taraf maddi açıdan ve sosyal statü bakımından dönemin ABD Başkanı ile baş edebilecek güçte değildir. Bu davada Bill Clinton'ın siyasi rakibi davacıya finansman sağlamıştır. Bkz. Steinitz, **a.g.m.**, s. 1269.

olabilir³⁸. Bu hususta ICSID merkezinde görülen *Philip Morris Brands Sarl v. Oriental Republic of Uruguay* davası örnek olarak verilebilir³⁹.

İlgili davada Uruguay Devleti'ne finansal destek *Bloomberg* adında bir sivil toplum örgütüne bağlı olan “Tütünsüz Çocuklar Kampanyası” (*Campaign for Tobacco-Free Kids*) tarafından sağlanmış⁴⁰. Görüldüğü gibi finansörün buradaki amacı tahkimin sonucundan maddi bir gelir elde etmek değil, sivil toplum örgütünün kuruluş amacına hizmet etmektir.

Bir başka örnek ise *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation*⁴¹ yatırım tahkim davasında gerçekleşmiştir. Dava Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi'nde (*The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*) görülmüştür. Davada *Menatep* isimli finansör, *Quasar* isimli şirkete finansman sağlamıştır. Bu desteği sağlamasındaki amaç doğrudan bu dava sonucundan maddi çıkar sağlamak değil bu davadan bir emsal karar verilmesini sağlayıp Rusya'ya karşı aynı konuda başlatılabilecek başka davaların önünü açmaktır.

Geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanında finansör doğrudan doğruya bir devlet de olabilir. Bir devlet, yatırım tahkiminin sonucunda bir başka devlet

³⁸ Victoria Shannon Sahani, **Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration**, 2017 <http://oxia.oup.com/page/third-party-funders/revealing-notforprofit-thirdparty-funders-in>, (Çevrimiçi) 23.03.2019.

³⁹ İlgili davayı özetleyecek olursak, Uruguay devleti Latin Amerika içerisinde sigara tüketim oranının en yüksek olduğu devletlerden birisidir. Bu yüzden sigaraya olan ilgiyi azaltmak için iki çeşit düzenlemeye bulunmuştur. Birinci düzenlemeye göre tüm sigara paketleri standart ve tek biçimde olacaktır. İkinci düzenlemeye göre ise eski paketlerde, paketin yüzde ellisini kaplayan “sağlığa zararlıdır” uyarısı yeni düzenlemeyle paketin yüzde seksenini kapsar hale getirilecektir. Bir İsviçre sigara şirketi olan Philip Morris bu duruma karşı ICSID tahkim merkezine başvurmuştur. Tahkim merkezi söz konusu davada Philip Morris şirketinin doğrudan doğruya bir zararının olmaması, Uruguay'ın kamu sağlığı gibi gerekçeler ileri sürmesi, konunun Uruguay'ın egemenlik sahasında olması gibi gerekçelerle Philip Morris şirketinin haksız olduğuna karar vermiştir. Bkz. *Philip Morris Brand Sarl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No: ARB/10/7), <https://harvardlawreview.org/2017/05/philip-morris-brands-sarl-v-oriental-republic-of-uruguay/>, (Çevrimiçi) 19.11.2018.

⁴⁰ **ICCA Report**, s. 24.

⁴¹ İlgili davada Rusya'da yer alan bir petrol şirketi olan *Yukos*'un iflas etmesi üzerine şirketin malvarlığının Rusya'ya ait şirketlere devredilmesi söz konusudur. *Menatep* isimli finansör ise *Yukos*'un eski pay sahiplerindendir. *Menatep* burada davacıya finansman sağlayarak davacının kazanmasını istemektedir. Amacı ileride açacağı davalarda bu davanın kararını emsal olarak kullanabilmektir. *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 24/2007) <https://www.italaw.com/cases/documents/3010>, (Çevrimiçi) 25.06.2019.

aleyhine karar verilmesini istediği takdirde, yatırımcı şirketi finansal olarak destekleyebilir. Aynı şekilde bir devlet kendi aidiyetinde bulunan bir şirketi desteklemek için de böyle bir yol izleyebilir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz bu nedenlerden dolayı biz “*funder*” kelimesinin yatırımcı olarak değil finansör olarak çevrilmesini daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Zira finansörün amacı her zaman yatırım yapmak değildir.

B. Üçüncü Kişi Finansmanından Yararlananlar

1. Davanın Tarafları

Tahkim davasında davalı ve davacı olmak üzere iki taraf yer alır. Finansmandan yararlanmak isteyen kişi davacı olabileceği gibi davalı da olabilir. Davaları incelediğimizde genellikle davacıya finansman sağlandığı görülür. Çünkü sağlanan finansmanın genel olarak amacı, sağlanan yatırımın belirli bir oranda karşılığının dava sonucundan alınabilmesidir⁴².

Nakit ihtiyacı gibi sebeplerden dolayı davalı taraf da tahkimde üçüncü kişi finansmanından yararlanmak isteyebilir. Böyle bir durumda, davalı davayı kazandığında finansöre belli bir miktar para vermeyi taahhüt edebilir.

2. Hukuk Firmaları

Hukuk firmalarının müvekkillerine doğrudan doğruya finansman sağlayabilmeleri ve ancak dava sonucundan pay alabilmeleri tabi oldukları mevzuatta veya *deontoloji* adı verilen meslek ilkelerinde bir yasağın olmaması halinde mümkün olabilir⁴³. Mesela Türk hukukunda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun⁴⁴ 164. maddesi avukatın davayı ücretsiz yürütemeyeceğini düzenlenmiştir. Her yıl avukatlık asgari ücret tarifesi Türkiye Barolar Birliği tarafından ilan edilmektedir ve tarifede belirlenmiş olan

⁴² ICCA Report, s.48.

⁴³ Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 208.

⁴⁴ R.G. Tarih : 7/4/1969 Sayı : 13168

miktarın altında avukatların müvekkilleriyle anlaşması hukuka uygun değildir. Bu sebeple Türk hukukunda avukatların müvekkillerine finansman sağlamaları hukuka uygun değildir.

Uygulamada hukuk firmalarınca, özellikle iflasa uğramış şirketler için üçüncü kişi finansmanından yararlanılması önerilmektedir. Hukuk firmasının bir finansör ile anlaşması sonucunda davayı adeta hukuk firması ile finansör birlikte sürdürmekte ve finansör bir anlamda müvekkilin yerine geçmektedir⁴⁵. Ancak dar anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanında, finansörün davaya yatırım yapması için hukuk firmalarının finansör ile iletişime geçerek davanın yüksek ihtimalle kazanılacağına dair ciddi veriler ortaya koymaları gerekir. Uygulamada finansörler on adet başvurudan ortalama olarak sadece birini kabul etmekte ve oldukça detaylı raporlar istemektedirler⁴⁶. Finansmanın sağlanabilmesi için, finansman başvurusunda bulunan hukuk firmasının saygınlığı önemlidir. Önde gelen dört finansörün katılımıyla gerçekleşmiş bir araştırmada, finansörler uygun görmedikleri hukuk firmalarıyla çalışmayacaklarını beyan etmişlerdir. Hatta davada finansman sağlamak için gerekli tüm kriterler sağlanmış olsa dahi sadece hukuk firmasının yetersizliği nedeniyle finansman sağlamayacaklarını belirtmişlerdir⁴⁷.

Uygulamada, dava konusuyla ilgili deneyimi az olan hukuk firmalarının, tahkim alanında daha çok tanınmış bir hukuk firmasıyla görüşerek davaya o hukuk firmasının da dahil olmasını sağladığı ve davada bu hukuk firmasıyla birlikte çalıştığı görülmektedir. Böylelikle finansman başvurusu tanınmış hukuk firması tarafından yapılır ve davaya finansman sağlanabilme şansı yükselir.

Finansman anlaşmasının hukuk firmasından bağımsız olarak, müvekkil ve finansör arasında doğrudan yapıldığı hallerde dahi, bu sözleşmenin aslen iki taraflı bir sözleşme

⁴⁵ Hukuk firması ve finansör şirket arasında oluşan ilişki karşılıklı fayda getiren (*mutual*) bir ilişkidir. Avukatlar finansör şirketlerle çalışmanın daha verimli olduğunu dile getirmektedirler. Çünkü finansör şirketler milletlerarası tahkim hakkında oldukça deneyimlidirler ve süreç hakkında çok daha detaylı bilgiye sahiptirler.

⁴⁶ Cento Veljanovski, Third-Party Litigation Funding in Europe, **Journal of Law, Economics & Policy**, ed.: Larry Pounds vd. C. 3, S. 8, 2012, s. 420.

⁴⁷ Scherer, Goldsmith, Flechet, **a.g.m.**, s. 215.

olmadığı ve hukuk firması ile finansör arasında karşılıklı yarar sağlanan bir ilişkinin olduğu doktrinde⁴⁸ vurgulanmaktadır.

3. İflas Masası

Finansal durumlarının kötü olması sebebiyle tahkim masraflarını ödeyememek durumunda olan şirketler, milletlerarası tahkimde yargılama giderlerini karşılamak amacıyla finansman arayışına girebilirler. Özellikle iflas etmiş şirketlerin finansman arayışında olması doğaldır. Ancak Türk hukuku bakımından iflasın açılmasıyla beraber müflisin alacak hakları üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanır⁴⁹. Müflis şirketin alacaklarını tahsil etmek için gerekli işlemleri yapacak organ iflas idaresidir. İflas idaresinin seçilemediği hallerde bu organ iflas dairesi olacaktır. Böyle bir durumda iflas organı artık o şirkete ilişkin alacakların tahsiline dair işlemleri yapmak bakımından İcra İflas Kanunu (İİK)⁵⁰ md. 226-229 gereği yetkili olacaktır. Nitekim İİK madde 229’da açıkça “*İflas idaresi, masanın vadesi gelmiş alacaklarını tahsil ve lüzumunda takip veya dava eder.*” hükmü yer almıştır. Bu sebeple şirketin alacağı için tahkime başvurma yetkisi de iflas idaresindedir. Ancak tahkimin masraflı oluşu ve şirketin ödeme güçlüğünde olması sebebiyle iflas idaresi tahkime başvurmak istemeyebilir. Bu durumda iflas idaresinin finansmana başvurma konusunda ikna edilmesi gerekecektir. Uygulamada avukatlar tahkimde üçüncü kişi finansmanını iflas idaresine anlatmakta zorluk çektiklerini ifade etmektedirler⁵¹. Bu konuda kanaatimizce mevzuatta bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Zira konuyla ilgili iflas idaresinin takdir hakkı (İİK md. 226-229) söz konusudur. İflas idaresi davada üçüncü kişi finansmanından yararlanılıp yararlanılmayacağına, her davanın koşullarını değerlendirip karar vermelidir.

⁴⁸ William W. Park, Catherine Rogers, **a.g.m.**, s. 117.

⁴⁹ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı** (Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı), Adalet Basım Yayın Dağıtım San. Ve Tic. Ltd. Şti., 2013, s.1218.

⁵⁰ R.G. Tarih : 19/6/1932 Sayı : 2128.

⁵¹ **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı Sempozyumu**, ed.: Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.134 (Sempozyum olarak kısaltılacaktır.).

İflas idaresinin üçüncü kişi finansmanı hakkında bilgi sahibi olmayışı bazı sorunlara neden olabilir. Bundan dolayı, iflas idaresi ya da iflas dairesi, sürece katılanlar tarafından, sağlanacak olan finansman ve bunun sonuçları hakkında ayrıntılı bir biçimde bilgilendirilmelidir. Ancak uygulamada davanın kazanılması sebebiyle finansörlere belirli bir oranda ödeme yapılacağını öğrenen iflas idaresi genellikle sorumluluk almak istememektedir⁵². Bu noktada çözüm iflas idarelerinin tahkimde üçüncü kişi finansmanı mekanizması hakkında detaylı olarak aydınlatılmasıdır. Belirtelim ki iflas idaresinin veya dairesinin tahkim yoluyla kolaylıkla ulaşabileceği bir alacak var iken salt sorumluluktan kaçmak amacıyla bunu gerçekleştirmek istememesi görevi ihmal anlamına gelir. Zira İİK md. 229 uyarınca iflas idaresi, masanın alacaklarını takip ve dava etmekle görevlendirilmiştir. Bu yüzden alacağın tahsilini sağlamak için gerekliyse iflas idaresi üçüncü kişi finansmanından yararlanmalıdır. Zaten tahkimde üçüncü kişi finansmanında davanın kaybedilmesi durumunda finansöre bir ödeme yapılmamaktadır. Bu sebeple davacı bakımından üçüncü kişi finansmanından yararlanmak riskli değildir.

C. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Hukuki Niteliği

1. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı Sözleşmesinin Diğer Sözleşme Tipleriyle Karşılaştırılması

Milletlerarası tahkim davalarında tarafların dava masraflarını karşılamak için finansman kullanması çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Taraflar davalarına finansman sağlamak için banka gibi kuruluşlardan kredi kullanabilir. Ayrıca - her ne kadar Türkiye’de çok fazla görülmesi de - taraflar sigorta kuruluşlarından bir miktar nakit olarak tahkim masraflarını karşılayabilirler⁵³. Yine - Türk hukukunda avukatlık mesleğinin kuralları gereği mümkün olmasa da- finansörün avukat olması halinde

⁵² A.e, s.129.

⁵³ Steinitz, a.g.e., s. 1295; Özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemine tabi ülkelerde davalara ilişkin sigortalara sıklıkla rastlanmaktadır ICCA Report, s. 34-35.

sadece dava sonucuna göre avukatın ücrete hak kazanacağı anlaşmalar (*contingency fee agreements*) akdedilerek finansman sağlanması söz konusu olabilir⁵⁴.

Bu tip finansman seçenekleri doktrinde⁵⁵ dar anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanının çeşitleri olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Buradaki amaç tahkimde üçüncü kişi finansmanına ilişkin düzenlemelerin farklı finansman sözleşmelerine de uygulanabilmesini sağlamaktır. Örneğin finansörün olduğu bir davada hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarını taahhüt etmeleri gerekebilir. Hakemlerin bu taahhütte bulunabilmeleri içinse finansörün kimliğinin tespit edilmesi gerekecektir. Bu sebeple tahkim merkezi tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesinin varlığının açıklanmasını gerektiren kurallar getirmiş olabilir. İşte bu kuralların farklı tipte finansman sözleşmelerine uygulanabilmesi için tahkimde üçüncü kişi finansmanının diğer finansman tiplerini de kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁷.

Ancak esas faaliyeti alanı olarak davalara finansman sağlayan şirketlerin oluşması ve bu şirketlerin yaygınlaşması sonucunda atipik bir finansman sözleşmesi gündeme gelmiş ve yaygınlaşmıştır⁵⁸. Bu sözleşmede “*uyuşmazlığın tarafı olmayan profesyonel bir kişi ya da kurumun, yargılama neticesinde verilecek karardan maddi fayda sağlamak için, söz konusu uyuşmazlığın taraflarından birisinin dava masraflarını üstlenmesi*”⁵⁹ söz konusudur. Sözleşme her ne kadar kredi sözleşmesiyle benzerlik gösterse de kredi sözleşmesinden farklıdır. Çünkü finansman sağlanan tarafın davasında başarısız olması durumunda herhangi bir geri ödeme zorunluluğu doğmayacaktır⁶⁰. Kredi sözleşmesinde ise geri ödeme zorunluluğu dava sonucundan bağımsız olarak doğmaktadır. Finansman sözleşmesinin kredi sözleşmesi olup

⁵⁴ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 2.

⁵⁵ Willem H. van Boom, **Third-Party Financing in International Investment Arbitration**, 2011, s.25; Shannon Sahani, “Judging Third-Party Funding”, **UCLA Law Review**, S.388, 2016, s.392-393.

⁵⁶ **ICCA Report**, s. 79.

⁵⁷ **ICCA Report**, s.51.

⁵⁸ Almanya’da yer alan Roland ProzessFinanz AG isimli finansör şirketin hazırlamış olduğu örnek tipte bir sözleşme için bkz. Litigation Funding Agreement Final Version, https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2018/01/DRAFT-Litigation-Funding-Agreement-final-full-version_v1.pdf (Çevrimiçi) 25.08.2019.

⁵⁹ Kayalı, **a.e.**, s. 87; Aynı yönde bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 208; Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 3; Maya Steinitz, **a.g.m.**, s. 1267; Louise Barrington, **a.g.m.**, s. 15-16; Tamir Livschitz, **a.g.m.**, s. 2615.

⁶⁰ Sahani, **a.g.m.**, s.392

olmadığı New York hukukunun uygulandığı bir davada tartışılmıştır⁶¹. Bu davada finansman sağlanan taraf, finansman anlaşması gereğince ödemesi gereken miktarı finansöre ödememiş ve kredi sözleşmesinde fahiş oranda geri ödeme belirlenmesinin (*usury*) hukuka aykırı olduğunu savunmuştur. Mahkeme ise burada geri ödemenin ancak dava kazanılırsa gerçekleşeceğini, aksi takdirde ödeme borcunun doğmayacağını belirterek finansman anlaşmasının kredi sözleşmesi olmadığına bu sebeple de kredi sözleşmesinde fahiş oranda geri ödeme belirlenmesinin (*usury*) söz konusu olmadığına hükmetmiştir⁶². Finansör şirketlerin yatırımlarının karşılığını almaları konusunda bu tarz problemler yaşamamak adına sözleşmede sözleşmenin kredi sözleşmesi “olmadığını” belirtmelerine de sıklıkla rastlanılır⁶³. Kanımızca da burada kredi sağlamaktan çok yatırım yapmak söz konusudur.

Üçüncü kişi finansmanı sigorta sözleşmesi aracılığıyla da sağlanabilir⁶⁴. Ancak sigorta sözleşmesi için bir prim ödenmesi gerekir. Yine sigorta sözleşmesinde sigortacı davanın değerlendirmesini pek yapmadan otomatik olarak prime karşılık sigorta sağlar. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesinde ise finansör davayı “değerlendirerek” herhangi bir prim almadan finansman sağlamaktadır⁶⁵. Diğer yandan deniz ticaret hukukunda sıklıkla görülen dava sonucu doğabilecek masraflara karşı sigorta (*After the Event*) sigorta tipi üçüncü kişi finansmanıya büyük benzerlik göstermektedir⁶⁶. Bu sigorta tipinde sigortacı davacının kaybetmesi durumunda ödeyeceği dava giderlerini üstlenmekte ve sadece dava kazanılırsa sigorta ettirenin prim ödemesi söz konusu olmaktadır⁶⁷. Ancak bu sigorta sözleşmesinin tipikliğinde dava giderlerinin tümüyle karşılanması amaçlanmaz⁶⁸.

⁶¹ Fast Trak Investment Co, LLC v. Sax, No. 4:17-cv-00257, 2018 WL 2183237 (N.D. Cal. May 11, 2018) <https://casetext.com/case/fast-trak-inv-co-v-sax-1> (Çevrimiçi) 25.08.2019.

⁶² Aynı yönde başka bir mahkeme kararı için bkz. Obermayer v. Fast Trak Investment Co., LLC, No. 16-1376, 725 Fed. Appx. 153 (3d Cir. 2018).

⁶³ Finansman anlaşmasının kredi sözleşmesi olduğu kabul edilirse, finansörün kredi sözleşmesi yapmak için tabi olduğu mevzuat gereğince bazı izinlere sahip olması gerekebilir.

⁶⁴ Steinitz, **a.g.e.**, s. 1295.

⁶⁵ Trinidad Alonso, **Third-Party Funding’s Older Sibling: Legal Costs Insurance and The Issue Of Regulation**, Kluwer Arbitration Blog, (Çevrimiçi) 23.08.2019

⁶⁶ Veljanovski, **a.g.m.**, s. 517.

⁶⁷ Alonso, **Third-Party Funding’s Older Sibling: Legal Costs Insurance and The Issue Of Regulation**, Kluwer Arbitration Blog.

⁶⁸ **A.e.**

2. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı Sözleşmesi

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında ortak bir görüş oluşmamıştır. Alman hukukunda finansör gizli adi ortak olarak değerlendirilip, tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesi “atipik gizli adi ortaklık sözleşmesi” (*innengesellschaft*) olarak nitelendirilmiştir⁶⁹. “Gizli adi ortaklık bir kimsenin, diğerinin gerçekleştirdiği bir işlem veya işlemlere ya da yürüttüğü bir iş veya faaliyete, sadece iç ilişkide ortak olarak katılması şeklinde tanımlanabilir⁷⁰.” Gizli adi ortaklıkta “aktif ortak” ve “gizli ortak” olmak üzere iki çeşit ortak vardır. Her iki ortak da kâr ve zarara katılır. Ancak gizli ortak sadece iç ilişkide diğer ortaklarla muhatap olur. Gizli ortak üçüncü kişilerle işlem yapmaz. Bu görüşe göre finansör (gizli ortak), ortaklığa sermaye getirmekte⁷¹ ve yargılama giderlerini karşılamayı üstlenmekte iken finansman sağlanan şirket (aktif ortak) ise ortaklığa dava konusunu getirmektedir⁷². Finansör gizli ortak olduğu için tahkim davasına ilişkin usuli işlemleri yapamayacaktır. Ancak iç ilişkide finansman sağlanan şirketi çeşitli konularda yönlendirebilecektir. Ortaklığın amacını ise davanın kazanılması oluşturacaktır⁷³.

Gizli adi ortaklık sözleşmesi ve sonuca katılmalı sözleşme kavramı birbirlerine çok yakın iki sözleşme tipidir. Yargıtay’ın da isabetle belirttiği üzere adi ortaklıkta amaç için birlikte çalışma (*affectio societatis*) söz konusu değilse bu sözleşme adi ortaklık olarak değil “sonuca katılmalı sözleşme” olarak nitelendirilebilecektir⁷⁴. Sonuca

⁶⁹ Jonas von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, **International Arbitration Law Library**, Vol. 35, Kluwer Law International, 2016, s. 60. (TPF olarak anılacaktır.).

⁷⁰ Emrehan İnal, **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.75; Türk ve İsviçre hukuklarında gizli adi ortaklık kanunla düzenlenmiş olmasa da Alman Ticaret Kanunu (HGB) md. 230-236 arasında gizli adi ortaklık (*silent partnership*) düzenlenmiştir.

⁷¹ “Gizli adi ortaklıkta, gizli ortağın amacı, genellikle sermayesini az riskli bir işe yatırmak ve bu yatırımının karşılığında yüksek gelirler elde etmektir.” İnal, **a.g.e.**, s.80, Tahkimde üçüncü kişi finansmanında da finansörün amacı aynı yöndedir.

⁷² **A.e.**, s. 61.

⁷³ Gizli adi ortağın karşı tarafça varlığının bilinmesi sözleşmenin niteliğini değiştirmez. Burada gizli adi ortaklık ilişkisi karşı tarafça anlaşıldığı sürece gizli adi ortağın dışa karşı herhangi bir sorumluluğu doğmaz. İnal, **a.g.e.**, s.81.

⁷⁴ “İlişkinin yalın ortaklık olarak tanımlanabilmesi için, ilişkide ayrıca sözleşme, sözleşmeyi yapacak kişiler, katılma payı, ortak amaç ve işbirliği öğeleri (unsurları) bulunmasıdır. Öğelerden sözleşmenin varlığı ise, ya bağlayıcı (iltizami) işlem ya da amaç doğrultusunda bir çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az-çok işbirliğini (*affectio societatis*) gerektirir. Bu öğenin

katılmalı sözleşme ve gizli adi ortaklığın birbirinden ayırt edilmesi doktrinde vurgulandığı üzere çok zor bir iştir⁷⁵. İki sözleşme tipini birbirinden ayırt etmek için tarafların ortaklık kurma hususunda iradelerinin olup olmadığı araştırılmalıdır.⁷⁶ Ortaklık iradesinin varlığını anlamak içinse (1) taraflardan birinin kâra veya zarara katılmaktan muaf tutulmuş olup olmadığı⁷⁷, (2) katılanın getirdiği edimin belirli bir amaç doğrultusunda kullanılmasının şart olup olmaması, (3) katılanın yönetim ve denetleme hakkının olup olmaması, (4) ekonomik değeri sağlayan lehine teminat öngörülmüş olup olmadığı, (5) faaliyetin yürütülme biçimi gibi unsurlar incelenmelidir⁷⁸.

Gerçekten de tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesi için belirli bir tip öngörmek pek mümkün değildir. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı için net bir şekilde sonuca katılmalı sözleşme veya adi ortaklık denilemez. Her somut olay içerisinde sözleşme tipi incelenmelidir⁷⁹. Finansörlerin sadece belirli bir nakdi sağlayıp davanın sonucunu bekledikleri sözleşmelerde “sonuca katılmalı sözleşme” gündeme gelecektir. Ancak finansörlerin yatırımlarını gözetmek istemeleri bu sebeple de sözleşme görüşmelerine katılmaları, davacıya ait hukuk firmalarını ve hakemleri

bulunmaması, sözleşmeyi sonuca katılmalı hizmet ya da ödünç gibi öteki sözleşmelere kaydırır.” Y.13.HD. 24.11.1980 t. ve E.1980/6387, K.1980/6111 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁷⁵ İnal, **a.g.e.**, s.78.

⁷⁶ **A.e.**, s.119

⁷⁷ Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4.bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.441.

⁷⁸ **A.e.**, s.119

⁷⁹ Günümüzde sözleşme tiplerine katı şekilde bağlı olma düşüncesi eleştirilmektedir. Sözleşmeleri belirli tiplere ayırarak sorunları çözme geleneği Roma hukukundan beri süregelmektedir. Romalılar döneminde *contractus* tabiri yalnız *ius civile* tarafından borç doğurucu akit olarak belirlenmiş olan anlaşmaları ifade etmekteydi. Ancak bu tipte sözleşmelerden borç doğmaktaydı ve diğer tipte sözleşmeler hukuk düzenince hak ve borç doğurmamaktaydı. Böylelikle hukuki öngörülebilirliğin artacağına inanılırdı. İşte sözleşmelerin belirli tiplerde olduğunu savunan *tipolojik görüş* Roma hukukunun bir geleneğidir. Ancak günümüzde *tipolojik görüş* klasik anlamını yitirmeye başlamıştır. Yeni görüşe göre *tipolojik* bir koşullanma içerisinde sözleşmeler kategorize edilmemelidir. Bu yeni görüş sözleşme tiplerinin varlığını kabul ederek, bu tiplerin ayrı ayrı belirli sınırlarla çizilmemesi gerektiğini, daha geniş ifadelerle kabul edilmesi gerektiğini, hakime takdir hakkının daha fazla verilmesi gerektiğini, somut olayın özellikleri ve menfaat dengelerinin gözetilerek sözleşmelerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira amaç somut olay adaletini sağlamaktır. Gerçekten de taraflar bir sözleşme akdederken bu sözleşmenin hangi tipte olması gerektiği üzerinde durmazlar. Özellikle milletlerarası özel hukukta akdedilen sözleşmeler çeşitli sözleşme tiplerinden farklı özelliklerin birleşmesiyle oluşmaktadır. Bu sebeple isimsiz sözleşmeler çok yaygın hale gelmişlerdir. İsimsiz sözleşmelerin bu denli yaygın hale gelmesi sebebiyle artık sözleşmeler belirli kalıplara sokulamamaktadır. Nitekim UNIDROIT prensipleri de sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümler içermemektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, **a.g.e.**, s.52-55.

belirlemeleri, tarafların uzlaşma kararlarında etkili olmaları gibi aktif rol almalarına uygulamada sıklıkla rastlanılır. Böyle sözleşmelerin gizli adi ortaklık olduğunu söylememiz daha uygun olacaktır. Sözleşmenin gizli adi ortaklık olarak değerlendirilmesinin pratik sonucu, finansör şirket açısından “rekabet etmeme” gibi yükümlülüklerin doğmasıdır.

Fransız hukukunda ise konuyla ilgili bir davada Versay Temyiz Mahkemesi finansman sözleşmesinin hukuki niteliğini *sui generis* bir sözleşme olarak tespit etmiştir⁸⁰. Bu görüşe göre adi ortaklığa davanın kendisi sermaye olarak getirilemez bu nedenle adi ortaklıktan bahsetmek mümkün değildir⁸¹. Ancak burada davanın kendisinin sermaye olarak getirilmediğini, davaya bağlı olan alacak hakkının sermaye olarak getirildiğini savunmak mümkündür⁸².

3. Finansman Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Finansör ve finansmandan yararlanan taraf arasında finansman sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar yaşanabilir. Bu problemlerin devlet mahkemelerinde veya taraflar arasında tahkim anlaşması mevcutsa tahkimde görülmesi mümkündür. Türk Hukuku bakımından 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁸³ md. 24 gereğince sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflar hukuk seçiminde bulunabilirler. Finansörler tarafından hazırlanan finansman sözleşmelerinde genellikle hukuk seçimini belirtilir. Bu bakımdan Türk mahkemelerinde bir davanın görülmesi halinde uygulanacak hukuku taraflar seçebileceklerdir.

⁸⁰ Versailles Court of Appeal, Ch. 12, June 1, 2006, Société Foris A.G. v. S.A. Veolia Propreté (anciennement dénommée S.A. Onyx), RG No. 05/01038. (Marie Stoyanov, Olga Owczarek, "Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?", **BCDR International Arbitration Review**, Vol. 2, Issue 1, Kluwer Law International, 2015 s. 184 aracılığıyla atıf yapılmıştır.)

⁸¹ Françoise Lefèvre/Peter Callens/Guillaume Croisant, Legality of Third-Party Funding Mechanisms Under Belgian Law, **Belgian Review of Arbitration**, (Wolters Kluwer 2017, Vol. 2017 Issue 1), ed. Annet van Hooft ve Jean-François Tossens, s. 51 (Kluwer Law International).

⁸² **A.e.**, s. 51.

⁸³ RG. T. 27.11.2007, RG. Sayı: 2672.

Diğer yandan hukuk seçiminin olmadığı davalarda MÖHÜK m.24(4)'e göre belirlenecektir. İlgili maddede taraflar arasında hukuk seçiminin olmadığı hallerde akitle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı belirlenmiştir. En sıkı ilişkili hukukun tespiti hakkında MÖHÜK'ta emredici nitelikte karinelere yer verilmiştir⁸⁴. Bu maddeye göre, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulmuş olan sözleşmelerde, “karakteristik edim borçlusunun” işyerinin bulunduğu yer hukuku, işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yeri hukuku, birden fazla işyerinin bulunması halindeyse sözleşmeyle en sıkı ilişkisi olan işyeri hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuktur⁸⁵. Doktrinde karakteristik edim borçlusunun rizikoyu üstlenen taraf olduğu, akde adını ve ağırlığını veren taraf olduğu ve akdi karakterize ettiği belirtilmiştir⁸⁶. Dar anlamda üçüncü kişi finansmanı sözleşmesinde finansör şirket akdi karakterize edecektir. Bu sebeple finansör şirket karakteristik edim borçlusudur. Kısacası uygulanacak hukukun MÖHÜK'a göre tespit edildiği finansman sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, taraflar hukuk seçimi yapabilecekler, hukuk seçimi yapmadıkları takdirde ise finansör şirketin işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Finansör şirketin birden çok işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan işyeri hukuku uygulanacaktır.

D. Finansman Sağlama Koşulları

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının en önemli varlık sebebi, tahkim anlaşmasının varlığı halinde, ödeme güçlüğü halinde olan tarafa bu yönteme başvurarak adalete erişim hakkı sağlamasıdır. Ancak finansörler çok seçici davranmakta ve başvuruları genellikle reddetmektedir⁸⁷.

⁸⁴ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.280.

⁸⁵ Hatice Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Möhuk m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.30, S.1-2, 2010, s.55; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15.Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017, s.389.

⁸⁶ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e**, s.283.

⁸⁷ Bu durum arz talep dengesiyle ilgilidir. Günümüzde finansörlerin azlığına karşın tahkim davalarının sayısının oldukça yüksek olması, finansörlere seçici davranabilme şansı vermiştir. Ancak finansörlerin sayısı arttıkça oluşacak rekabet ortamı sayesinde, finansörler bu kadar seçici davranamayabilirler.

Finansörler, finansman sağlamadan önce çok kapsamlı bir risk analizi yaparlar. Risk analizi esnasında finansörlerin gözeteyeceği koşullar genel olarak şunlardır⁸⁸;

- Davanın görüleceği tahkim mahkemesi ve davada görev alacak olan hakemler (Finansörler ve hakemler arasındaki ilişki hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına etki edebilir. Bu sebeple finansörler davanın hakemlerini bilmek ister. Ayrıca finansörler tahkim davasının hakemlerinin konu hakkındaki hukuki görüşlerini inceleyerek davanın kazanılma ihtimalini ölçmek isteyebilirler. Yine hakemlerin güvenilir olup olmadığı finansörler bakımından önemli bir meseledir.),
- Davaya uygulanacak olan hukuk (Finansörlerin kazanç sağlaması için davanın kazanılması şarttır. Bu nedenle finansörlerin hukuk takımları, uygulanacak olan hukuka göre davanın kazanılma ihtimalini ölçmeye çalışacaklardır.),
- Davaya dahil olacak olan hukuk firmaları (Uygulamada finansörler finansman sağlanan taraftan çok onların avukatlarıyla çalışırlar. Bu sebeple beğenmedikleri bir hukuk firmasıyla çalışmak da istemeyeceklerdir⁸⁹).
- Uyuşmazlığın konusu (Uyuşmazlığın konusu tarafların daha sonra uzlaşabilecekleri bir meseleyse finansörler yatırım yapmak istemeyebilirler.),
- Uyuşmazlığın maddi karşılığı (Finansörler dava sonucundan genellikle belirli bir oranda pay alacakları için uyuşmazlığın maddi karşılığı ne kadar yüksek olursa, finansörlerin kazanabileceği miktar da o kadar yüksek olacaktır⁹⁰. Bu sebeple finansörler sadece kayda değer gördükleri kazançlar için yatırım yaparlar. Ayrıca risk analizi yapmak masraflı ve zahmetli bir iştir. Bu sebeple finansman sağlanması ancak yüksek miktartlı davalarda söz konusu olmaktadır.),

⁸⁸ Çalışkan, **a.g.m.**, s.650.

⁸⁹ Scherer, Goldsmith, Flechet, **a.g.m.**, s. 215.

⁹⁰ Bu duruma doktrinde “kârlılık engeli (*profitability barrier*)” de denmektedir. Bkz. Caroline Dos Santos, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: a Wolf in Sheep’s Clothing?”, *Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International*, Vol. 35 Issue 4, 2017, s. 920-921.

- Uyuşmazlık sahiplerinin diğer davaları (Finansörler bazen bir şirketin birden çok davasına finansman sağlamaktadır. Bu nedenle şirkete ait diğer davaları görmek isteyebilirler. Yine risk analizi yapmak için sonuçlandırılmış davalar var ise bu davaları incelemek isteyeceklerdir.),
- Tenfiz ülkesinde çıkabilecek sorunlar (Genel olarak finansörler yatırımlarının karşılığını tahkim davasının kazanılmasıyla değil, dava sonucuna ulaşılmasıyla alırlar. Bu sebeple kararın tenfizinin kolay olduğu ülkeler finansörler bakımından tercih sebebi olacaktır.),
- Karşı tarafın ekonomik durumu (Dava kazanılsa dahi karşı tarafın bir malvarlığı yoksa dava sonucuna ulaşmakta zorluk çekilebilir. Bu sebeple karşı tarafın ekonomik durumunun iyi olduğu davalara yatırım yapmak istenecektir.),
- Davacının delilleri,
- Taraflar arasında akdedilmiş olan anlaşmaların içeriği,
- Karşı tarafın devlet olduğu durumlarda o devletin borçlarını ödeme politikası (Finansör tarafından devletin diğer davalarda verilen kararları yerine getirmiş olup olmadıkları incelenecektir. Ayrıca devletin kredi notları da detaylı olarak gözetilecektir.),
- Dava sonucuna ulaşmak için geçecek olan ortalama süre (Finansman bir yatırım aracı olduğu için finansörler yatırımlarının karşılığını en kısa sürede almak ister.),
- Keşif ve tanıkların dinlenmesi gibi oluşabilecek ekstra giderler (Finansman anlaşmasında, genel kural, finansörün yargılama giderlerinin tamamını karşılayacağı şeklindedir. Bu sebeple oluşabilecek yargılama giderleri detaylıca incelenecektir.)⁹¹.

Risk analizi yapmak zaman ve emek isteyen zor bir iştir. Finansörler davayı her yönüyle ele almak istedikleri için bu süreç ortalama iki hafta ile üç ay arasında sürer ve 100.000 ile 1.000.000 dolar arasında bir masraf gerektirebilir⁹². Ödeme gücü

⁹¹ Benzer yönde bkz. Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 34-35; Çalışkan, **a.g.m.**, s. 650.

⁹² Goeler, **TPF**, s. 16.

içinde bulunan bir tarafın bu miktarları karşılaması pek de beklenemez. Bu sebeple finansörlerin dava değerlendirme sürecine ait giderleri de üstlenmesine sıklıkla rastlanılır⁹³. Bazen de finansörler dava değerlendirme giderlerini sadece davanın kazanılması koşuluyla talep ederler⁹⁴. Diğer bir deyişle, dava değerlendirme ücretini ilk aşamada talep etmeyip, dava kazanıldığı takdirde bu ücreti dava sonucundan alınacak paya ekleyerek talep edebilirler.

Finansörler tek bir davadansa bir şirket grubuna ait davaları birlikte finanse etmeyi tercih edebilir. Burada finansör daha az riske katlanmak durumundadır. Çünkü bir grup halinde finansman sağladığı davalardan, sadece birinin olumlu sonuçlanması dahi finansör için kazanç sağlama anlamına gelebilecektir⁹⁵. Bu durum finansman sağlanan taraf açısından da olumludur. Çünkü finansman sağlanan taraf normal şartlarda dava değeri düşük olduğu için davasına finansman bulamayabilir. Ancak burada diğer maddi değeri yüksek davalarla birlikte düşük değerdeki davaya da finansman sağlanması mümkün olabilir⁹⁶. Yine uygulamada finansörlerin bazı hukuk firmalarıyla anlaşarak o hukuk firmalarına ait davalara toplu olarak finansman sağladıkları görülmektedir⁹⁷. Ayrıca birden çok finansörün birleşerek tek bir davaya yatırım yapması da mümkündür.

A. Finansmanın Transferi

Finansman sağlanması denince akla ilk olarak belirli bir nakdin uluslararası fon transferi yöntemiyle gönderilmesi gelebilir. Ancak uygulamada finansmandan yararlanan tarafa doğrudan gönderilen belli bir miktar paraya pek rastlanılmamaktadır. Finansörler bu yöntemden çok yargılama giderlerini doğrudan doğruya kendileri ödemeyi tercih ederler. Örneğin hukuk firmaları, finansörlere aylık faturalar göndermekte ve finansörler de bu faturalara göre hukuk firmalarına düzenli ödemeler

⁹³ **A.e.**

⁹⁴ **A.e.**

⁹⁵ **A.e.**, s. 30.

⁹⁶ Santos, **a.g.m.**, s. 30-31.

⁹⁷ <https://www.longfordcapital.com/media/law-firm-portfolio-investment-august-27-2018> (Çevrimiçi) 27.02.2019.

yapmaktadır. Böylelikle vergi hukuku bakımından sorunlar çıkartabilecek olan yüksek miktarda paranın tek seferde transferi sorunu oluşmamaktadır.

Türkiye bakımındansa yabancı bir yatırımcının Türk gerçek ve tüzel kişilere finansman sağlaması 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁹⁸ ile kolaylaştırılmıştır. Yeni kanunla birlikte mülga 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nda⁹⁹ yer alan izin ve onay sistemi bilgilendirme sistemine dönüştürülmeye çalışılmıştır¹⁰⁰. DYYK madde 3(a) kapsamında, uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yatırım yapılması serbesttir ve yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler. Yine DYYK madde 3(c)“*Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir.*” diyerek yatırımcılara kolaylıklar sağlamıştır. Bu bilgiler ışığında Türk bir şirketin milletlerası tahkimde görülecek olan bir dava için yabancı bir finansör şirket ile ortaklık kurması mümkündür. Böyle bir ortaklık ilişkisinde finansör şirket DYYK'nın sağlamış olduğu avantajlardan yararlanabilecektir.

⁹⁸ R.G. Tarih : 17/6/2003 Sayı : 25141.

⁹⁹ R.G. Tarih: 23/1/1954 Sayı: 8615.

¹⁰⁰ Nuray Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış)**, 5. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2018, s.324.; Cemile Demir Gökyayla, Ceyda Süral, “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s.135.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÖDEME GÜÇLÜĞÜ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANINA DUYULAN İHTİYACIN ARTMASI

I. GENEL OLARAK

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının yeni bir pazar oluşturduğunu ve bu pazarın çıkış gibi büyüdüğünü söylemek yanlış olmaz. Ancak bu yeni pazar birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Nitekim birçok tahkim ve devlet mahkemesinde, tahkimde üçüncü kişi finansmanı çeşitli yönleriyle tartışılmıştır¹⁰¹.

¹⁰¹ Daniel T. Pascucci ve Edward Fallas, **Are Third-Party Funding Costs Recoverable in Arbitration**, 2018, (Blog Yazısı) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cdd7cac2-8145-411a-802e-5e685071c4bb>, (Çevrimiçi) 27.06.2019; Üçüncü kişi finansmanın konu edildiği son yıllardaki bazı davalar şu şekildedir: “i) *Arkin v. Borchard Lines Ltd.*, [2005] EWCA Civ 655, ii) *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2) Award (4 April 2016), iii) *Eskosol S.P.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, (ICSID Case No. ARB/15/50) Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent’s Request for Provisional Measures), (12 June 2017), iv) *Essar v. Norscott*, [2016] EWHC 2361 (Comm) (15 September 2016), v) *EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/14/14), vi) *Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others* [2016] EWCA Civ 1144, vii) *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011–2017, viii) *Rachel S Grynberg, Stephen M Grynberg, Miriam. S Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada*, (ICSID Case No. ARB 10/6), *Tribunal’s Decision on Respondent’s Application for Security for Costs* (14 October 2010), ix) *Kardassopoulos and Fuchs v. The Republic of Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15), Award (3 March 2010), x) *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, xi) *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, *Decision on Saint Lucia’s Request for Security for Costs with Assenting and Dissenting Reasons* (2014), xii) *Persona Digital Telephony Ltd & ors v. The Minister for Public Enterprise & Ors* [2017] IESC 27, xiii) *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, ICSID Case No. ARB/10/7), xix) *S&T Oil Equipment & Machinery, Ltd, et al. v. Juridica Investments Limited, et al.*, 456 Fed. Appx. 481, 2012 WL (5 Jan. 2012), xx) *RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, *Final Award* (12 September 2010), xxi) *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013–2015, xxii) *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1”. İlgili davaların karar metinleri için bkz. <http://third-party-funding.org/statutes-cases-and-literature/>, (Çevrimiçi) 27.05.2019.

Konuyla ilgili akademideki çalışmaların sayısında da yükseliş görülmüştür. Türkiye’de bu yükselişten etkilenmiş ve konuyla ilgili akademik çalışmalar yapılmaya başlamıştır¹⁰². Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, tahkim merkezlerinin de tartıştığı bir konu haline gelmiştir. Örneğin hâlihazırda ICSID tahkimde üçüncü kişi finansmanına ilişkin bazı düzenleme çalışmalarında bulunmaktadır¹⁰³. Konuyla ilgili raporlar da oluşturulmuştur. Örneğin Quenn Mary Üniversitesi bünyesinde birçok hukukçunun olduğu bir çalışma grubu oluşturulmuş ve bu grup konuyu çeşitli yönleriyle değerlendirmiştir¹⁰⁴.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile ilgili çalışmalara hukuk büroları da kayıtsız kalmamış ve periyodik aralıklarla çeşitli anketler hazırlamışlardır¹⁰⁵. Bunun yanı sıra bazı ülkeler mevzuatlarında üçüncü kişi finansmanına izin verecek şekilde düzenlemelerde bulunmuştur. Örneğin, 1 Mart 2017 itibarıyla Singapur’da tahkimde üçüncü kişi finansmanını yasallaştıran kanun yürürlüğe girmiştir¹⁰⁶. Bu düzenlemenin

¹⁰² Bu çalışmalardan bazıları: Kayalı, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**; Yusuf Çalışkan, **a.g.m.**, Ceyda Süral Efeçinar, “Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri” (Teminat olarak anılacaktır.), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, s. 33-62; Burcu Osmanoğlu, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, **Journal of International Arbitration**, ed.: Maxi Scherer, S. 32, 2015, s. 325-350; Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, Eken, **a.g.e**; Konuyla ilgili gerçekleşmiş olan sempozyumun kitaplaşmış hali için bkz. **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı**, Ed.: Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

¹⁰³ ICSID yeni kuralında taraflara üçüncü kişi finansmanından yararlanmaları durumunda bu durumu açıklama zorunluluğu getirmektedir. İlgili düzenlemenin taslak hali için bkz. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf, (Çevrimiçi) 27.06.2019.

¹⁰⁴ Bkz. <https://www.arbitration-icca.org/>, (Çevrimiçi) 27.01.2019.

¹⁰⁵ Örneğin Quenn Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Firması yakın zamanda konuyla ilgili anket yapmıştır. Çeşitlilik sağlamak amacıyla ilgili araştırmada, akademisyenler, avukatlar, hakemler ve finansör şirketlerden görüşler alınmıştır. Katılımcıların %97’si tahkimde üçüncü kişi finansmanından haberdar olduklarını bildirmişlerdir. Katılımcıların %16’sı direkt olarak üçüncü kişi finansmanından yararlandıklarını bildirmişlerdir. Bu yararlanmadan da memnun oldukları gözlemlenmiştir. Üçüncü kişi finansmanından yararlananların %36’sı memnuniyetlerini beş üzerinden beş olarak, %39’u beş üzerinden dört olarak değerlendirirken %17’si ise üçüncü kişi finansmanı hakkında nötr olduklarını belirtmişlerdir. %8’lik bir dilim ise üçüncü kişi finansmanı hakkında memnuniyetlerinin beş üzerinden iki olduğunu belirtmiştir. Araştırmanın bir benzeri yine Quenn Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Firması tarafından 2015 yılında yapılmıştır. İki rapor karşılaştırıldığında 3 yıl içerisinde tahkimde üçüncü kişi finansmanı hakkında farkındalığın artmış olduğu ve bakış açısının gitgide olumlu olarak değiştiği gözlemlenmiştir, bkz. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**, [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), (Çevrimiçi) 27.01.2019, s. 26.

¹⁰⁶ Bkz., Civil Law Act (Chapter 43) Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017 <http://statutes.agc.gov.sg>, (Çevrimiçi) 01.01.2019.

hemen arkasından Hong Kong’da 23 Haziran 2017 tarihinde benzer bir düzenleme yapılmıştır¹⁰⁷. Düzenlemeler yalnızca Asya kıtasıyla sınırlı kalmamıştır. Nitekim Nijerya’da da tahkimde üçüncü kişi finansmanına yasal olarak izin veren düzenlemelere başlanmıştır. Bu yasa yürürlüğe girmek için son adım olan Nijerya Temsilciler Meclisi’nin onayını beklemektedir¹⁰⁸.

Finansör şirketlerin sayısında ve yatırım yaptıkları miktarlarda da çok fazla yükselişler yaşanmıştır. *The Economist*’in haberine göre, 18 ay içinde otuz adet yeni şirket uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yatırım yapmaya başlamıştır. Sadece bu yeni yatırımların miktarıysa 2 milyar doları aşmaktadır¹⁰⁹. Mevcut finansör şirketler de yatırım miktarlarını arttırmaktadır. Örneğin *Burford Capital* Şirketi 2016 yılında 400 milyon dolar civarında olan yatırımını 2017 yılında 1.3 milyar dolara kadar yükseltmiştir¹¹⁰.

Görüldüğü üzere tahkimde üçüncü kişi finansmanına olan ilgi son derece hızlı bir şekilde artmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde, söz konusu artışın nedenleri irdelenecektir. Bu irdeleme neticesinde, tarafların ve finansörlerin tahkimde üçüncü kişi finansmanına neden ilgili oldukları ve konunun uygulamada ne gibi sorunlara çözüm ürettiği veya sebep olduğu daha iyi bir şekilde kavranacaktır.

¹⁰⁷ Bkz. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017, <http://gia.info.gov.hk>, (Çevrimiçi) 01.01.2019.

¹⁰⁸ Dava sonucundan pay alma yasağı İngiltere’nin yayımlacı politikasının bir sonucu olarak Nijerya’da mevcuttur. Bu yasak sadece tahkim davaları için kaldırılmak istenmektedir. Belirtelim ki Nijerya’da davadan pay alma yasağı devlet mahkemesinde varlığını sürdürecektir. Nijerya Tahkim Kanunu’nun 89. maddesinde finansman anlaşmasının tanımı yapılacaktır. Bu tanıma göre finansman anlaşması, finansör şirket, banka, sigorta şirketi, veya birey ve tahkim davasının bir tarafı arasında akdedilen, finansörün dava giderlerinin bir kısmını veya tamamını karşılamayı, bunun karşılığındaysa dava sonucundan pay almayı hedeflediği anlaşmadır. İlgili yasa çalışmasında tahkimde üçüncü kişi finansmanı yasağı dolaylı olarak kaldırılmaktadır. Şöyle ki yasa değişikliği teklifinin 41. maddesinde tahkim giderleri sayılırken, finansman anlaşması için ödenecek miktara da değinilmiştir. Ancak ilgili yasada üçüncü kişi finansmanına doğrudan izin verildiğine dair bir hüküm yoktur. Yine ilgili yasada tahkimde üçüncü kişi finansmanının açıklanması, kamu düzenine etkisi, yargılama giderleri için teminat gösterilmesine dair etkisi düzenlenmemiştir. Görüldüğü üzere şu an için Nijerya’da tahkimde üçüncü kişi finansmanı hakkında, Singapur ve Hong Kong’da olduğu gibi kapsamlı ve doğrudan bir düzenleme yapılması planlanmamaktadır. Bkz. Joseph Onele, **Third Party Funding for Arbitration in Nigeria: Yea or Nay?**, 2018, Kluwer Blog, (Çevrimiçi) 30.03.2019.

¹⁰⁹ Bkz. The Economist, **Third Party Funding as Investment**, <http://third-party-funding.org/the-economist-third-party-funding-as-investment>, 2018, (Çevrimiçi) 30.03.2019.

¹¹⁰ A.e.

II. MİLLETLERARASI TAHKİMİN MASRAFLI OLMASI

Milletlerarası tahkimin devlet yargısına göre daha hızlı ve ekonomik olduğu düşünülebilir. Ancak milletlerarası tahkim masraflı bir mekanizmadır¹¹¹. Nitekim *Quenn Mary Üniversitesi* ve *White & Case Hukuk Firması*’nın raporunda milletlerarası tahkimin en rahatsız edici özeliğinin “masraflar” olduğu tespit edilmiştir¹¹². Davalarını tahkim mahkemesinde sürdürmek isteyen taraflar birçok yargılama giderine katlanmak zorundadır.

Tahkimde yargılama giderleri 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)¹¹³ md. 16’da öngörüldüğü üzere genel olarak hakemlerin ve hakem sekreterlerinin ücreti, seyahat giderleri ile bilirkişi ücreti, keşif ücreti, tanıkların gideri, avukatların almış olduğu vekâlet ücreti, yargı harcı ve tebligat giderlerini kapsar.

ICC’nin resmî websitesi üzerinden yaptığımız ortalama masraf gideri hesaplamasında 10.000.000 dolar konulu uyuşmazlık için üç hakemli bir yargılamanın ortalama 400.000 dolar civarında gidere neden olacağı anlaşılmaktadır¹¹⁴. Öte yandan diğer tahkim merkezlerine oranla makul ücretlerle çalışan ISTAC’ta (Istanbul Arbitration Centre – İstanbul Tahkim Merkezi) aynı miktar konulu dava 164.000 dolara denk gelmektedir¹¹⁵. Bu giderlere sadece hakem ücretleri ve tahkim merkezinin alacağı yönetim giderleri dâhildir. Diğer yandan avukat ücreti¹¹⁶, keşif ücreti, tanıkların yol ve diğer masrafları, tahkim yargılamasına ilişkin bildirim gideri gibi giderler dâhil değildir. Bu tip giderler de eklendiğinde gerçekten tahkim yargılaması taraflar için büyük maddi külfet haline gelebilir. Ekonomik açıdan zor durumda olan

¹¹¹ Yine de tahkimin devlet mahkemelerine oranla daha hızlı sonuçlanması taraflara ekonomik açıdan avantaj sağlamaktadır.

¹¹² **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**, s. 7.

¹¹³ R.G. Tarih: 5/7/2001, Sayı: 24453.

¹¹⁴ ICC websitesinde yer alan hesaplama aracı için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/> (Çevrimiçi) 20.02.2019.

¹¹⁵ <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/masraflar-ve-ucretler/hesaplayici>, (Çevrimiçi) 20.02.2019.

¹¹⁶ Özellikle uluslararası tahkim davalarında hukuk bürolarının almış oldukları ücretler taraflar bakımından büyük külfetler doğurabilir. Nitekim ICC yapmış olduğu bir araştırmada tarafların ödediği hakem ücretleri ve ICC’ye ödemiş oldukları yönetim giderlerinin tüm giderin sadece %17’lik bir orana tekabül ettiğini vurgulamıştır. Bkz. **ICC Commission Report Decision on Costs in International Arbitration**, Offprint from ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2, <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report>, (Çevrimiçi) 23.02.2019; Ayrıca aynı yönde bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 124.

tarafların davalarının görülmesi için üçüncü kişilerden finansman sağlama zorunlulukları doğabilir.

İlgili tarafın tahkim masraflarını ödeyecek güçte olmasına rağmen, tahkimde üçüncü kişi finansmanından yararlanmak istemesi de olağandır. Nitekim şirketler açısından işlerini yürütebilmek için nakde sahip olmak büyük önem taşır¹¹⁷. Şirketlerin sahip oldukları nakdi, tahkim giderleri için harcamak yerine kendi yatırımları için harcamak istemeleri mümkündür. Yani tarafların tahkimde üçüncü kişi finansmanından yararlanmak istemesi sadece zorunlu nedenlerden kaynaklanmaz. Ancak finansörler, dava sonucundan çok yüksek miktarlarda gelir elde etmektedir. Kanaatimizce finansör şirketlerin sayısının az olması sebebiyle şirketlerin sahip oldukları nakdi, kendi işlerine ayırıp dava giderlerini finansörler aracılığıyla karşılamaları fikrinin uygulanması çok fazla mümkün olmayabilir¹¹⁸. Zira finansman sağlanan taraf, dava sonucunun %20-40 karşılığını finansöre verecektir ki bu miktar milletlerarası tahkimde çok yüksek olabilir. Yani sahip oldukları nakitleri kendi işlemlerinde kullansalar dahi finansöre ödeyecekleri miktar kadar kâr elde etmeleri zor bir ihtimaldir.

III. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ GELİŞMESİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası tahkimde tarafların eşitliği söz konusu olup adli yardım gibi çareler bulunmaz¹¹⁹. Bunun bir sonucu olarak da yukarıda bahsetmiş olduğumuz giderleri ödeyemeyecek durumda olan tarafın, adalete erişim hakkı kısıtlanabilir. İşte tahkimde üçüncü kişi finansmanı burada taraflara adalete erişim hakkı sağlayabilir. Zira aksi

¹¹⁷ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 11.

¹¹⁸ Ancak belirtelim ki avukatların sadece dava sonucuna göre pay alacakları sözleşmelere sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu sözleşmeler de aslında üçüncü kişi finansmanının bir çeşididir.

¹¹⁹ Bu durumun nedeni, tahkimde devlet mahkemelerine oranla kamu yararının gözetilmesine daha sınırlı olarak rastlanmasıdır. Bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 125.

halde taraf için dezavantajlı olabilecek şekilde, hakkını devlet mahkemelerinde arama zorunluluğu doğabilir¹²⁰. Kanaatimizce devlet mahkemelerine gitmek zorunda kalan tarafın tahkimin avantajlarından yararlanamaması başlı başına adalete erişim hakkının kısıtlandığını gösteren bir nedendir. Ayrıca bu bölümde inceleneceği üzere devlet mahkemesi tahkim itirazı nedeniyle davayı görmeyi reddedebilir. Bu sorunu çözmek için tahkim masraflarının azaltılması gündeme gelmiştir. Tahkim masraflarının azaltılması amacıyla son yıllarda teknoloji kullanımının tahkimde artırılması tartışılmaktadır¹²¹. Ancak bu yöntem kesin anlamda bir çözüm sağlayamamıştır¹²². Bunun nedeni ise tarafların dijital ortamda kendilerini yeterince ifade edemeyeceklerini düşünmeleri ve tahkimin gizliliği konusunda endişe duymalarıdır.

Masrafların azaltılması için arabuluculuk¹²³ da denenen yöntemler arasındadır. Ancak bu yöntem de tarafların uzlaşamaması halinde hem zaman hem nakit kaybına neden olabilmektedir. Ayrıca bir tarafın zorunlu arabulucuğu davayı sürüncemede bırakmak ve zaman kazanmak için kullanması söz konusu olabilir.

Ödeme güçlüğünde bulunan tarafların tahkimden yararlanabilmelerini sağlayan kesin bir yöntem oluşturulamamıştır. Tahkimde üçüncü kişi finansmanının bu sorunu kesin olarak çözebilecek güçte¹²⁴ olmadığı kabul edilse de zamanla iyi bir alternatif oluşturabileceği düşünülebilir.

¹²⁰ Ceyda Süral Efeçinar, Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, s. 33-62.

¹²¹ Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 123; ICC hakemler için teknolojinin daha etkin kullanılması amacıyla rehber dahi hazırlamıştır, bkz. <https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>, (Çevrimiçi) 29.03.2019.

¹²² Balkar Bozkurt, **a.e.**, s. 123.

¹²³ Bu sebeple çeşitli uluslararası arabuluculuk kuruluşları da oluşturulmuştur. Bkz. Hatice Selin Pürselim, “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 2, 2014, s. 7.

¹²⁴ Finansörler çok az davaya finansman sağlamayı kabul etmektedir. Bkz. Veljanovski, **a.g.m.**, s. 420.

B. Bir Tarafın Ödeme Güçlüğü Halinde Olmasının Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi

1. Genel Olarak

Zorunlu tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlık önceden bir tahkim anlaşması akdedilmemiş olsa dahi tahkime gitmenin mecburiliğinin kanunla belirlendiği hallerde meydana gelir¹²⁵. Ancak “ihtiyari tahkim” kavramından tarafların tahkime gidip gitmeme konusunda özgür oldukları anlaşılmamalıdır. Eğer ki taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması varsa taraflar kendilerini bu anlaşmayla bağtlamış olurlar ve davalarını devlet mahkemelerinde öne süremezler. Aksi halde karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazı geçerli bir tahkim anlaşmasına rağmen bir tarafın devlet mahkemesine başvuruda bulunması durumunda gündeme gelir. Türk MTK madde 5’e göre tahkim itirazı bir ilk itirazdır ve davanın usulden reddedilmesine neden olur¹²⁶. Tahkim itirazı sayesinde tarafların tahkim anlaşmasını bertaraf etmeleri önlenmiştir. Öyle ki taraflar sözleşmeyi başka bir kişiye devretseler dahi tahkim anlaşması varlığını sürdürür ve sözleşmeyi devralan kişi davasını devlet mahkemesinde ileri süremez¹²⁷.

Tahkim yargılamasının devam edebilmesi için hakemlerin bir miktar paranın avans olarak yatırılmasını talep etmesine milletlerarası tahkimde sıklıkla rastlanılır. Ancak davacının ödeme güçlüğünde olması sebebiyle avans miktarını karşılayamaması mümkündür. Tahkim masraflarını karşılayamayan davacı hakkını “tahkim itirazıyla” karşılaşacak olması sebebiyle devlet mahkemesinde de arayamayabilir. Hakkını hem mahkemede hem de tahkimde arayamayan davacının adalet erişim hakkının ne olacağı doktrinde “*pandoranın kutusu*” olarak nitelendirilmektedir¹²⁸. Aynı durum

¹²⁵ Pekcanıtez, Yeşilırmak, **a.g.e.**, s. 2614-2615; Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. 1, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım A.Ş., s. 9-12. Örneğin, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanun’una göre tütün ekici ve satıcısı arasındaki alım satım sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar hakemler aracılığıyla çözülür. R.G. Sayı: 13210, Tarih: 30.05.1969.

¹²⁶ Tahkim itirazının temelinde yatan neden “*pacta sunt servanda*” yani ahde vefa ilkesidir.

¹²⁷ Yargıtay 19. HD, E. 2014/11942, K. 2014/17697, T. 6.2.2014 (Karar yayımlanmamıştır.) Naklen Akıncı, **a.g.e.**, s.104.

¹²⁸ Süheyla Balkar Bozkurt, “Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişinin Finansmanı”, **Sempozyum**, s. 74.

davalının karşı taleplerinin dinlenmesi için ödemesi gereken avans miktarını karşılayamaması halinde de söz konusu olabilir. Kısacası taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir tahkim anlaşması olması¹²⁹ ve bir tarafın içinde bulunduğu ekonomik koşullar yüzünden tahkimde gerekli olan masrafları karşılayamadığı için hakkını arayamaması olağandır¹³⁰ Böyle bir durumda “ahde vefa ilkesi” gereğince tarafların bağitlanmış olduğu tahkim anlaşmasının varlığını sürdürmesi veya ödeme güçlüğünde olan tarafın adil yargılanma hakkının korunması arasında hukuk düzeni bir seçim yapmak zorundadır.

New York Konvansiyonu md. 2/3 tahkim anlaşmasının “tatbikinin imkânsız olması” halinde *Kompetenz-Kompetenz* doktrinine istisna tanınacağını belirtmiştir. Bu sebeple ödeme güçlüğüde olmanın, anlaşmanın doğrudan tatbikinin imkânsız kıldığı kabul edilirse, burada devlet mahkemeleri uyuşmazlık hakkında söz sahibi olacaklardır. Ancak bir tarafın ödeme güçlüğü halinde olmasının anlaşmanın “doğrudan tatbikini imkânsız” hale getirip getirmediği konusunda soru işaretleri mevcuttur¹³¹. Bu bölümde konuyla ilgili farklı devletlerin uygulamaları incelenmiştir.

¹²⁹ Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının tespitine hakem heyetinin mi mahkemelerin mi karar vereceği tartışılabilir. *Kompetenz-Kompetenz* isimli doktrin gereği hakemlerin tahkim anlaşmasının mevcudiyetine doğrudan doğruya karar verme yetkisine sahip olması gerektiği vurgulanmaktadır. Aksi takdirde her tahkim itirazının devlet mahkemelerinde inceleneceği ve bunun sonucunda da tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların daha uzun sürelerde sonuçlanacağı dile getirilir. Böyle bir durumda tarafların hız kazanmak için iradelerini birleştirerek akdetmiş oldukları tahkim anlaşması tam anlamıyla ters tepecektir. Bkz. Emre Esen, Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *Kompetenz-Kompetenz* Prensibi, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atâ Sakmar’a Armağan**, 2011/1, 2012, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 355-381; Gary Born, **International Commercial Arbitration**, Second Edition, Kluwer International Arbitration, 2014, s. 1046-1252.

¹³⁰ Cemre Tüysüz, **Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar**, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2017, s. 319; Jeffrey Waincymer, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012, s. 643.

¹³¹ Juan Pablo Moyano, “Impecuniosity and the Courts’ Approach to the Validity of the Arbitration Agreement”, **Journal of International Arbitration**, ed.: Maxi Scherer, Kluwer Law International, Vol. 34, Issue 4, 2017 s. 638.

2. Ahde Vefa İlkesine Ağırlık Veren Görüş

a. Fransız Hukukunda Bir Tarafın Ödeme Güçlüğü İçerisinde Olmasının Tahkim Anlaşmasına Olan Etkisi

Fransız hukukunda tahkim anlaşmaları konusunda oldukça liberal bir tutum izlenmekte olup tartışmalı durumlarda tahkim anlaşmalarının geçerliliklerini sürdürmeleri amaçlanmaktadır. Nitekim çoğu kez sadece tahkim anlaşmasının varlığı dahi, Fransız mahkemelerinin yargılama yetkisine sahip olmadıkları sonucuna varmalarına neden olur¹³². Konu Fransız Medeni Usul Kanunu¹³³ md. 1448’de bir tahkim şartının ancak “açıkça yokluğu” veya “açıkça uygulanamaz” olduğu anlaşılmadıkça hâkimin kendisinin yetkisizliğine karar vermek zorunda olduğu belirtilerek vurgulanmıştır. Aşağıda inceleyeceğimiz her iki kararda da Fransız Mahkemeleri salt ödeme güçlüğü halinde olmanın tahkim anlaşmasının tatbikini imkânsız kılmadığına ve ahde vefa ilkesinin gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir.

(1) *Lola Fleurs* Kararı

Paris Ticaret Mahkemesi’nin vermiş olduğu *Lola Fleurs* kararı bu konuda büyük önem arz etmektedir. İlgili davada *Lola Fluers* şirketi ödeme güçlüğü içerisinde bulunmaktadır ve tahkim mahkemesine başvurduğunda avans yatırması gerekeceğini öngörmektedir. Bu sebeple *Lola Fleurs* şirketi tahkim anlaşmasına rağmen, hakkını doğrudan Fransız mahkemesinde aramaya karar vermiştir. *Lola Fleurs* şirketine göre içinde bulunduğu finansal durum Fransız Medeni Usul Kanunu md. 1448’de belirtilen tahkim sözleşmesinin “açıkça uygulanamaması” anlamına gelmektedir. *Lola Fleurs* şirketi somut olayda tahkime başvurma zorunluluğunun adalete erişim hakkının engellenmesi anlamına geleceğini iddia etmektedir.

¹³² Detlev Kühner, “The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 31, Issue 6, Kluwer International Law, 2014 s. 807.

¹³³ <https://www.legifrance.gouv.fr> (Çevrimiçi) 05.09.2019

Fransız Mahkemesi burada “potansiyel anlamda” bir adalete erişim hakkının engellenmesi durumunun olduğunu belirtmiştir¹³⁴. Bu durumun ise tahkim anlaşmasının açıkça uygulanamaması anlamına gelmediğini ifade etmiş ve mahkeme davayı reddetmiştir¹³⁵. Çünkü mahkemeye göre burada adaletin yerine getirilmesini sağlayacak olan bizzat hakem heyeti olmalıdır. Bu durum ahde vefa ilkesinin bir gereğidir¹³⁶. Burada potansiyel anlamda bir adalete erişim hakkının engellenmesi söz konusu olsa da bu durum hakem heyetince giderilebilecektir. Ancak hakem heyeti adaleti yerine getirirken ihmal veya bir eksiklikte bulunursa, vermiş olduğu kararlar yaptırımla karşılaşacaktır¹³⁷.

Görüldüğü üzere mahkemeye göre ahde vefa ilkesi, “devlet mahkemelerinde” hak arama özgürlüğünden önce gelmektedir. Ancak mahkeme *Lola Fleurs* şirketinin mağdur olabileceğini de öngörmüş ve adaleti sağlama yükümlülüğünün hakem heyetinde olduğunu belirterek konunun çözümünü hakemlere bırakmıştır. Diğer yandan ödeme güçlüğü halindeki *Lola Fleurs* için hakemlerin ne şekilde bir yol izleyerek adalete erişimi sağlayacağı mahkeme kararında belirtilmemiştir ve karar hakemlerin omzuna büyük bir yük yüklemektedir.

(2) *Pirelli Kararı*

Fransız mahkemelerinde¹³⁸ görülmüş olan bu davada İspanyol *LP* şirketi ile İtalyan *Pirelli* şirketi arasında lisans sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusudur¹³⁹. İlgili davada bu kez davalı konumunda olan bir İspanyol şirketi olan *LP* ülkesinde iflas etmiş ve tasfiye sürecine girmiştir. Davacı *Pirelli* şirketi ise 2007 yılında *LP* şirketi ile aralarındaki lisans sözleşmesine dayalı olarak ICC Tahkim mahkemesine başvurmuştur. *Pirelli* şirketi, lisans sözleşmesinin feshinin hukuka uygunluğunun tespit edilmesi, *LP* şirketinin lisans konusu olan malları artık kullanmaması ve kalan borçlarını ödemesi gibi taleplerde bulunmuştur. *LP* şirketi ise

¹³⁴ Kühner, **a.g.m.**, s. 809.

¹³⁵ Mahkeme burada Kompetenz – Kompetenz doktrininin negatif yönünü kullanmıştır.

¹³⁶ Kühner, **a.e.**, s. 109; Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 163.

¹³⁷ Bu yaptırım hakem heyetinin vermiş olduğu kararın iptali veya tenfizinin reddedilmesi şeklinde olabilir. Bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 163-165.

¹³⁸ Société Licensing Projects (LP) et autres v. Société. Pirelli & C. SPA et autres, Court of Appeal of Paris, 17 November 2011.

¹³⁹ Tüysüz, **a.g.e.**, s. 323.

Pirelli şirketinin haksız rekabette bulunduğunu ve sözleşmeyi haksız olarak feshettiğini iddia ederek uğramış olduğu zararların tazmini için karşı talepte bulunmuştur¹⁴⁰.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi davacının hakkını tahkimde araması için hakem heyeti yargılama giderleri için bir miktar avansın yatırılmasını isteyebilir. Ancak bazen tahkim davalarında davalı taraf da karşı taleplerde bulunabilir. İşte bu durumda davalı taraftan da bir miktar masraf avansı yatırılmasının istenmesi mümkündür. ICC hakemleri de davalı konumunda bulunan *LP Şirketi*'nin karşı taleplerinin dinlenmesi için avans yatırılması gerektiğine hükmetmiştir.

ICC Tahkim Kuralları madde 37/2'de¹⁴¹ yatırılması gereken miktarın taraflar arasında eşit olarak paylaşılması gerektiği belirtilmektedir. Davacı tarafın dava açılırken ödemiş olduğu bir avans varsa, bu avans miktarı ödemesi gereken paydan düşülecektir¹⁴². Ancak ICC Tahkim Kuralları md. 37/3'de divanın esas talep ve karşı talep için ayrı masraf avansı belirlemesinin de mümkün olduğu yazmaktadır. Yani tahkim mahkemesi her taraf için kendi talepleriyle bağlı olarak ayrı ayrı avans yatırılmasını öngörebilir¹⁴³. İlgili davada *Pirelli* şirketi bu hükümden yararlanmış ve *LP* şirketinin ödeme güçlüğüne olduğunu bildiğinden, *LP'nin* avans olarak yatırması gereken miktarı karşılayamayacağını öngörerek masraf avansına "ayrı ayrı" hükmedilmesini talep etmiştir. Mahkeme de bu talebi kabul etmiştir¹⁴⁴.

Diğer yandan ICC Kuralları md. 37/5'te ise bir tarafın kendi payına düşen avansı karşılayamadığı takdirde karşı tarafın bu avans miktarını da ödeyebileceği belirtilmiştir. Bu maddenin konuluş amacı tahkim yargılamasının devam edebilmesini sağlamak veya tahkim davasından sağlıklı bir karar çıkmasını sağlayıp ileride kararın

¹⁴⁰ A.e., 127.

¹⁴¹ 1 Mart 2017 itibarıyla yürürlükte olan ICC Tahkim Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-2017-arbitration-and-2014-mediation-rules-turkish-version.pdf> (Çevrimiçi) 05.06.2019.

¹⁴² Süheyla Balkar Bozkurt, "Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişinin Finansmanı", *Sempozyum*, s. 76.

¹⁴³ Belirtelim ki bu kural *Pirelli* davası görüldüğü esnada ICC Tahkim Kuralları md. 30'da yer almaktadır. Balkar Bozkurt, "Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişinin Finansmanı", *Sempozyum*, s. 77.; Benzer yöndeki kurallar, UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 43/4'de ve VIAC Kuralları md. 42/4'de bulunmaktadır.

¹⁴⁴ A.e., s. 127.

icra edilebilirliğini kolaylaştırmaktır. Ancak ilgili davada *Pirelli* şirketi *LP* şirketi aleyhine belirlenmiş olan miktarı ödememiştir.

ICC Kuralları md. 37/6'da mahkemenin belirlediği avansın ödenmemesi durumunda mahkemenin talebin geri çekildiğini kabul edebileceği ve davayı bu talep adeta yokmuş gibi görebileceği belirtilmiştir. İlgili davada hakemler bu maddeye¹⁴⁵ dayanarak, *LP* şirketinin tahkim mahkemesince belirlenen avansı karşılayamaması sebebiyle mahkeme *LP* şirketinin hiçbir talebini dinlememiştir¹⁴⁶. *Pirelli* şirketinin ise tüm talepleri kabul edilmiş ve dava sonucunda *LP* şirketi 3 milyon Euro gibi bir tazminata mahkûm edilmiştir¹⁴⁷.

LP şirketi bu davayı Paris İstinaf Mahkemesi'ne taşımıştır. Konuyu adalete erişim ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendiren Paris İstinaf Mahkemesi çarpıcı bir karar vermiştir. Paris İstinaf Mahkemesi, *LP'nin* adalete erişim hakkı bakımından çaresiz bırakıldığını ve tarafların eşitliği prensibine riayet edilmediğini tespit etmiştir¹⁴⁸. Paris İstinaf Mahkemesi kararında adil yargılanma hakkına ilişkin kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldırmayacak şekilde “orantılı” ve “ölçülü” olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁹.

Daha sonra *Pirelli* şirketi bu kararı temyiz etmiştir. Temyiz mahkemesi Paris İstinaf Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. Mahkeme gerekçesinde karşı taleplerin ancak esas taleplerden ayrılamadığı durumlarda istinaf mahkemesinin kararının yerinde olabileceğini belirtmiş ve *LP* şirketinin taleplerini esas taleplerden ayrılabilir olarak nitelendirmiştir¹⁵⁰. Yani mahkemeye göre *LP* şirketinin talepleri esas talebe ilişkin olmadığı için savunma yapması da engellenmemiştir. Çünkü *LP* şirketinin diğer

¹⁴⁵ Belirtelim ki o dönemde ilgili madde ICC Tahkim Kuralları md. 30 içerisinde yer almaktadır, bkz. Tüysüz, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁴⁶ **A.e.** s. 127.

¹⁴⁷ Süheyla Balkar Bozkurt, “Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişinin Finansmanı”, **Sempozyum**, s. 78.

¹⁴⁸ Bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 128; Tüysüz, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁴⁹ Kararın bir çok kısmında AIHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) kararlarından alıntılara rastlanmaktadır. Süheyla Balkar Bozkurt, “Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişinin Finansmanı”, **Sempozyum**, s. 78.

¹⁵⁰ Benzer yönde bkz. Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 128-129.; Kühner, **a.g.m.**, s. 810.

talepleri bu davadan bağımsız niteliktedir. Bu yüzden adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir.

Bu karardan anlaşılan bir taraf tahkim mahkemesinin belirlediği avans miktarını karşılayamazsa ve bu tarafın esas talepten ayrılamaz nitelikteki talepleri hakemlerce dinlenmeyerek karar verilirse, hakem heyetinin vermiş olduğu bu karar Fransız mahkemelerince adil yargılanma hakkına aykırı bulunarak bozulabilir. Ancak temyiz makamı hakem heyetinin böyle bir durumda nasıl davranması gerektiğiyle ilgili görüş bildirmemiştir. Böylelikle adaleti sağlama yükümlülüğü tekrardan hakemlere bırakılmıştır.

b. İngiliz Hukukunda Bir Tarafın Ödeme Güçlüğü İçerisinde Olmasının Tahkim Anlaşmasına Olan Etkisi

Fransız mahkeme kararlarına benzer yönde bir karar İngiliz hukukunda *Paczy*¹⁵¹ davasında verilmiştir. Bu davada ödeme güçlüğü halindeki davacı tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu öne sürererek davasının İngiliz mahkemelerinde görülmesini istemiştir. Yerel mahkeme davacının ödeme güçlüğünde olması sebebiyle tahkim anlaşmasını geçersiz görmüş ve davayı kabul etmiştir¹⁵². Ancak İngiliz Temyiz Mahkemesi, bir tarafın ödeme güçlüğü halinde olmasının tahkim anlaşmasının tatbikinin imkânsızlığı anlamına gelmediği yönünde karar vermiştir. Zira mahkemeye göre tahkim anlaşmasının tatbikinin imkânsız olması, her iki tarafın da anlaşmayı uygulamak için hazır ve istekli olmasına rağmen tahkim yargılamasının gerçekleşmesinin mümkün olmaması halinde gündeme gelebilir.

*BDMS Ltd. v. Rafael Advanced Defence Systems*¹⁵³ davasında ise taraflar arasında danışmanlık ücretinin ödenmemesinden doğan bir dava söz konusudur. Davacı taraf davasını ICC'de ileri sürmüştür. Hakem heyeti ise taleplerin dinlenmesi için iki tarafın da bir miktar avans yatırmalarına karar vermiştir. Ancak davalı tahkim yargılamasının

¹⁵¹ *Paczy v. Haendler/Natermann G.m.b.H.* (No. 2) [1981] F.S.R. 250, 252 (CA); Moyano, **a.g.m.**, s. 639.

¹⁵² Moyano, **a.g.m.**, s. 639.

¹⁵³ *BDMS Limited v Rafael Advanced Defence Systems* [2014] EWHC 451 (Comm).

başlaması için karşılaması gereken miktarı karşılayamamış ve öncelikle davacının kendi payına düşen miktarı karşılaması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁵⁴. Davacı ise davasını tahkim mahkemesi yerine devlet mahkemesinde aramak için avans yatırmak istememiştir. Sonuç olarak her iki taraf da yatırımları gereken avansı yatırmamış ve davacı tahkim anlaşmasının uygulanamaz olduğunu ileri sürerek hakkını devlet mahkemesinde aramaya çalışmıştır. Ancak mahkeme burada tahkim sözleşmesinin henüz geçersiz hale gelmediğine karar vermiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi gerekçesinde, davalının tahkim için yatırması gereken teminatı yatırmamasının, tahkim davasına katılmayacağı anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Zira hakemler taleplerin dinlenmesi için avans istemektedir. Savunma yapmak içinse avans yatırılması söz konusu değildir. Burada davacı *BDMS* şirketi, kendi payına düşen avans miktarını yatırarak davanın devam etmesini ve kendi taleplerinin dinlenmesini sağlayabilir. Davalı tahkim yargılamasında savunmasını yine yapabilecektir ancak davalının karşı talepleri dinlenmeyecektir. Ayrıca mahkeme *BDMS* şirketinin burada dilerse davalı tarafın da yatırması gereken miktarı ICC kuralları gereğince ödeyerek tahkim davasına devam etme imkânına sahip olduğunu da kararında vurgulamıştır. Dahası *BDMS'in* herhangi bir şekilde bir ara karar olarak ihtiyati tedbir istememiş olduğunu vurgulamış ve *BDMS'in* davasını tahkimde ileri sürmesi gerektiğini çünkü tahkim anlaşmasının henüz tatbikinin imkânsız hale gelmemiş olduğunu belirtmiştir¹⁵⁵.

3. Adalete Erişim Hakkına Ağırlık Veren Görüş

Tarafların adalete erişim hakkına ağırlık veren görüş, bir tarafın tahkimde davasının görülmesi için yatırması gereken miktarı karşılayamayacak finansal durumda olması halinde, tahkim anlaşmasının tatbikinin imkânsız hale geleceğini savunmaktadır. Bu görüşün benimsendiği ülkelerde davaya devlet mahkemelerince

¹⁵⁴ Davalıların avans yatırmada gecikmesi veya öncelikle davacının avans yatırmasını beklemesi tahkimde sıklıkla rastlanan bir durumdur. Buradaki amaç genellikle eğer davacı ödeme güçlüğü halindeyse veya nakit ihtiyacı içindeyse, davacının bu durumundan faydalanmaktır, bkz. Victor Lau, **Arbitration Proceeds Despite a Failure to Pay Advance on Costs**, 2014, <https://www.claytonutz.com/knowledge/2014/september/arbitration-proceeds-despite-a-failure-to-pay-advance-on-costs>, (Çevrimiçi) 03.05.2019.

¹⁵⁵ A.e.

bakılmasının, kamu düzeni ve adalete erişim hakkı bakımından zorunlu olduğu yönünde kararlar verilmektedir.

Alman mahkemeleri, Fransız ve İngiliz mahkemelerinin vermiş oldukları kararların aksine konunun çözümünü tahkim mahkemelerine bırakmak istememiştir. Nitekim Alman hukukunda kabul gören görüşe göre, ödeme güçlüğü halinde olan taraf, karşı taraftan bütün tahkim giderlerini ödemesini isteyebilir ve bu teklifi kabul görmediği takdirde Alman Medeni Usul Kanunu¹⁵⁶ md. 1032 gereği tahkim anlaşması uygulanamaz hale geleceği için dava devlet mahkemelerinde görülmek zorunda kalır¹⁵⁷. Alman Federal Mahkemesi, 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda tahkim yargılamasına başlamak için gerekli ödemelerin yapılamamış olmasının, tahkim anlaşmasını geçersiz kıldığını çünkü anlaşmanın uygulanamaz hale geldiğini tespit etmiştir¹⁵⁸.

Portekiz Anayasa Mahkemesi de Alman mahkemeleriyle benzer yönde kararlar vermiştir. Çünkü Portekiz Anayasa Mahkemesi'ne göre, ödeme güçlüğüne düşen tarafın “adil yargılanma hakkı” taraflar arasında akdedilmiş olan tahkim anlaşmasından daha “baskın” olmalıdır¹⁵⁹.

Liechtenstein Yüksek Mahkemesi'ne göre de bir tarafın ödeme güçlüğünde olması, tahkim anlaşmasını doğrudan geçersiz kılmaz; ancak karşı taraf yatırılması gereken tüm tahkim giderlerini karşılamadığı takdirde bu dava devlet mahkemelerinin önüne getirilebilir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Alman Medeni Usul Kanunu için bkz.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html (Çevrimiçi) 07.08.2019.

¹⁵⁷ Kühner, **a.g.m.**, s. 815; İlgili kanun maddesinin temeli UNCITRAL Model Kanun'u m. 8/1'de yer almaktadır.

¹⁵⁸ Bkz. 14 Sept. 2000, 3 ZR 33/00, CLOUT Case No. 404, 265 (Alman Federal Mahkemesi).

¹⁵⁹ Wall Street Institute de Portugal v. Centro de Inglês Santa Bárbara, Lda (Case No. 311/2008) 30.05.2008, Case No. 753/07, Diário da República, 2a série, No. 148, 1 Aug. 2008.

¹⁶⁰ Liechtenstein – 04 CG.2007.225, Kündigung der Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit einer Partei, Supreme Court of Justice of Liechtenstein, 04 CG.2007.225, 7 August 2008', /, Fürstlicher Oberster Gerichtshof, **German Arbitration Journal**, ed:Jörg Risse, Kluwer Law International; , Vol. 6 Issue 6, 2008 s. 306 – 307.

4. Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi

Ödeme güçlüğü halinde olan tarafın devlet mahkemelerine başvurması, başta Alman hukuk geleneğinde olmak üzere, adil yargılanma hakkı çerçevesinde ele alınmıştır. Alman mahkemeleri *Kompetenz-Kompetenz* doktrinine istisna tanınması gerektiğini ve böyle bir durumda tarafın hakkını devlet mahkemesinde aramasının doğru olduğunu düşünmüştür¹⁶¹. Başta Fransız hukuku olmak üzere ahde vefa ilkesine ağırlık veren görüş¹⁶² ise, adalete erişim hakkının sağlanması görevinin hakem heyetine ait olduğunu belirtmektedir. Ancak hakem heyeti bu görevini yerine getirmediği takdirde dava devlet mahkemelerinde görülebilecektir.

Alman hukukundaki görüş, yerel bir uyuşmazlık için oldukça makul görülebilir. Çünkü taraflar arasında tahkim anlaşması olsa dahi bu anlaşmanın uygulanmasında problemler çıktığı zaman iki tarafın da tabi olduğu “aynı” devlet mahkemesinin uyuşmazlık hakkında karar vermesi anlaşılabilir. Zira davanın her iki tarafı açısından da yabancı bir mahkemede yargılanmak söz konusu olmayacaktır¹⁶³. Ancak uluslararası bir uyuşmazlık bakımından derinlemesine bir araştırma yapılmadan, adil yargılanma hakkının ahde vefa ilkesine üstün olduğunu savunmak ve bir tarafı akdetmiş olduğu tahkim anlaşmasına rağmen yabancı bir mahkeme önünde yargılamak adil olmayacaktır. Çünkü tarafların gerçekten ödeme güçlüğü halinde olup olmadığını anlamak kolay bir iş değildir ve bu yöntem kötüye kullanılmaya her zaman açıktır¹⁶⁴. Mahkemenin ödeme güçlüğü tespit etmesi gerçekten zordur. Doktrinde *Kröll*, iflas eden her şirketin tahkim prosedürünün başlaması için yatırılması gereken miktara sahip olmadığını kabul etmenin yanlışlığını vurgulayarak bu görüşü desteklenmiştir¹⁶⁵.

¹⁶¹ Kühner, **a.g.m.**, s.816.

¹⁶² **A.e.**, s.816.

¹⁶³ **A.e.**, s. 816.

¹⁶⁴ **A.e.**, s. 817.

¹⁶⁵ Stefan Kröll, “The Incapable of Being Performed” Exception in Article II (3) of the New York Convention, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice**, ed. Emmanuel Gaillard vd. 2008, s. 363-364.

Ayrıca tahkim yargılaması içinde karşı tarafın yatırması gereken avansın davacı veya davalı tarafından karşılanması ihtimal dâhilindedir¹⁶⁶. Kamu düzeni veya tahkim anlaşmasının tatbikinin mümkün olmaması gerekçesiyle devlet mahkemelerinin *kompetenz-kompetenz* doktrinine bir istisna tanıyarak kendilerini yetkili görmeleri bu imkânı atlamak anlamına gelecektir ki bu da tarafların tahkim iradelerine aykırıdır.

Fransa gibi tahkime daha olumlu yaklaşan ülkelerin (*arbitration friendly countries*) mahkeme kararlarındaysa New York Sözleşmesi md. 2/3'te yer alan tahkim anlaşmasının “tatbikinin mümkün olmaması hali” dar yorumlanmıştır¹⁶⁷. Tahkim sözleşmesini ve dolayısıyla taraf iradelerini koruyan bu görüş, ancak bir tarafın adil yargılanma hakkına riayet edilmediği takdirde, devlet mahkemelerinin davayı görmesinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Ancak bu görüş bir tarafın tahkim masraflarını karşılayamadığı durumda tahkim mahkemelerinin nasıl davranması gerektiğine cevap verememektedir. Ayrıca bu görüş tahkim anlaşmasının en önemli amaçlarından biri olan “çabukluk” konusunda da büyük sorun oluşturacaktır. Zira ödeme güçlüğü halinde olması sebebiyle adil yargılanma hakkı tahkim mahkemesince ihlal edilen tarafın tahkimin sonuçlanmasını beklemesi ve aleyhine çıkan bu kararın iptali için uğraşması gerekecektir. Çünkü ilgili taraf doğrudan devlet mahkemesine başvurduğunda, tahkim anlaşması nedeniyle mahkeme davayı reddedecektir.

Görüldüğü üzere her iki çözüm yönteminde de çeşitli problemler oluşmaktadır. Bu sebeple ödeme güçlüğü halindeki tarafların adalete erişimlerinin sağlanması için yeknesak bir yöntem belirlemek gerçekten de şu an için çok güç gözükmemektedir¹⁶⁸. Sorunun çözümü için uygulamada ödeme güçlüğünde olan tarafların üçüncü kişi finansmanından yararlanması söz konusu olmaktadır.

¹⁶⁶ Tüysüz, **a.g.e.**, s.325.

¹⁶⁷ Mauricio Pestilla Fabbri, “Inapplicability of the Arbitration Agreement Due to the Impecuniosity of the Party”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, ed.: João Bosco Lee, Daniel de Andrade Levy, Kluwer Law International, Vol. 15, Issue 57, 2018, s. 69.

¹⁶⁸ Patricia Zivkovic, Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts' Practice, **Croatian Arbitration Yearbook**, Vol. 23, 2016, s. 34.

5. Üçüncü Kişi Finansmanının Ödeme Güçlüğü Halinde Bulunan Taraflar İçin Çözüm Oluşturabilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, tahkimde ödeme güçlüğü halinde bulunan tarafın adalete erişim hakkının devlet mahkemelerince korunması veya korunmaması sorun oluşturabilir. Bu nedenle bir zamanlar yasak olan, üçüncü kişilerin maddi bir karşılık için davaya finansman sağlaması giderek kabul görmeye başlamıştır.

Finansal açıdan zorluk çeken taraflara tahkim yargılamasını sürdürecektir maddi destek sağlaması, üçüncü kişi finansmanını günümüzde oldukça tercih edilen bir hale getirmiştir¹⁶⁹. Ancak tahkimde üçüncü kişi finansmanı kanaatimizce tek başına bu sorunun çözümü için bel bağlanabilecek bir mekanizma değildir. Zira finansör şirketler on başvurudan yaklaşık dokuzunu reddetmektedirler. Finansör şirketlerin hedefinde riskin az olduğu ve dava konusunun yüksek miktarlarda olduğu ticari davalar vardır¹⁷⁰. Bu sebeple dava konusunun düşük olduğu davalarda, davacılar finansman bulmakta zorlanmaktadır. Ayrıca davalıların da finansman bulma ihtiyacı olabilir. Ancak finansörler genellikle davacıları desteklemektedirler. Çünkü dava sonucundan pay alma amaçları vardır. Bu nedenle davalı tarafların karşı taleplerinin dinlenilmesi için yatırımları gereken masrafları yatırmada güçlük çektikleri hallerde tahkimde üçüncü kişi finansmanının çözüm olabilmesi zayıf bir ihtimaldir¹⁷¹.

Ödeme güçlüğüne olduğu için tahkim yargılamasına başvurmadığını ve bu sebeple de tahkim sözleşmesinin tatbikinin imkânsız olduğunu iddia eden bir tarafın, hakemleri veya devlet mahkemelerini bu duruma ikna etmesi gerçekten zor olacaktır¹⁷². Çünkü ilgili tarafın iflas etmiş olması dahi onun gerçek anlamda ödeme güçlüğü içerisinde olduğunu göstermez. Kaldı ki günümüzde yüksek borçlar içinde olan birçok şirket, işlerini yürütmek için belli bir nakde sahip olmaya devam etmektedir. Bu sebeple ödeme güçlüğüne olmanın ispatı oldukça zordur.

¹⁶⁹ Goeler, **TPF**, s. 83.

¹⁷⁰ Goeler, **TPF**, s. 84.

¹⁷¹ Moyano, **a.g.m.**, s. 631-652.

¹⁷² Goeler, **TPF**, s. 86.

Mahkemeler ve hakemler tahkim anlaşmasını geçersiz kılmayı bir anlamda “son çare” (*ultima ratio*) olarak görecektir. Bu sebeple, ilgili tarafın üçüncü kişi finansmanına başvurması, başvurusu reddedilmiş olsa dahi anlamlı olacaktır. Çünkü bu başvuru ilgili tarafın gerçekten ödeme gücü içinde olduğunu ve tahkim mahkemesinin istediği masrafları ödemek için iyi niyetli davrandığını gösterebilir. Böylelikle devlet mahkemesi veya tahkim mahkemesi ilgili davada tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaktan başka çare kalmadığı yönünde kanaat oluşturabilir¹⁷³ ve ödeme gücünün var olduğuna kanaat getirebilir.

IV. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ FİNANSÖRLER İÇİN OLDUKÇA KÂRLI BİR YATIRIM ARACI OLMASI

A. Finansörlerin Yargılama Sonucundan Aldıkları Payın Tatminkâr Olması

Finansörlerin tahkim davasının kazanılması durumunda genellikle %20-40 arasında bir miktar talep ettikleri görülür. Her ne kadar %20-40 aralığı makul gözükse de finansörler aslında yatırmış oldukları miktarın karşılığını 2-3 yıl gibi kısa bir sürede 7-8 kat artmış olarak alabilir¹⁷⁴. Tahkim davasının sonucunda kazanan taraf lehine dolaylı zararların ve ceza niteliğindeki tazminat miktarlarının da eklenmesiyle çok yüksek miktarlara hükmedilebilir. Böyle bir durumda finansöre yapılacak ödeme de çok yüksek olacaktır. Bu sebeple tahkimde üçüncü kişi finansmanı yatırımcılar açısından iyi bir piyasa oluşturmaktadır.

¹⁷³ A.e., s. 86.

¹⁷⁴ Selwyn Seidel, “Third-Party Investing in International Arbitration Claims to Invest or Not to Invest? A Daunting Question”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)**, ed.: Bernardo M. Cremades, Sanz-Pastor, Antonias, Dimolitsa Dossiers, ICC Institute of World Business Law, S. 10, 2013, s. 25; Doktrinde Frank Garcia ve Bernardo Cremades bu miktarın % 30-50 aralığında seyrettiğini ifade etmektedir. Bkz. Frank Garcia, Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, Boston College Law School, **Boston College Law School Faculty Papers**, S. 59, 2018, s. 3.; Bernardo M. Cremades, Jr., Usury and Other Defenses in U.S. Litigation Finance, **Kansas Journal of Law Public Policy**, Vol. 23, No.2, 2013, s.151.

B. Finansörler Bakımından Milletlerarası Tahkimin Tercih Sebebi Olması

1. Genel Olarak

Milletlerarası tahkim, “ticari tahkim” ve “yatırım tahkimi” olarak ikiye ayrılır. Uyuşmazlığın her iki tarafının da tacir olduğu¹⁷⁵ ve çözüm yöntemi olarak tahkimin belirlendiği durumlarda “ticari tahkim” söz konusudur. Ancak bir tarafın yatırımcı sıfatıyla bir tarafın devlet sıfatıyla yer aldığı tahkimde ise “yatırım tahkimi” gündeme gelir¹⁷⁶. Her iki tahkim yöntemi de finansörler bakımından çeşitli nedenlerle tercih sebebi olmaktadır.

2. Ticari Tahkim Bakımından

Finansörler devlet yargısında görülecek olan davalardansa tahkim yargısında görülecek olan davalara yatırım yapmayı tercih ederler¹⁷⁷. Çünkü tahkim kararlarının icra edilebilirliği, devlet mahkemelerinin kararlarına göre daha kolay olabilmektedir. New York Anlaşması tahkim kararlarının icra edilmesi için uygulamada büyük kolaylık sağlamaktadır. Çünkü New York Anlaşması, anlaşmaya taraf olsun veya olmasın, tanıma ve tenfiz ülkesinden başka bir ülkede verilmiş “hakem kararlarını” kapsamaktadır¹⁷⁸. New York Anlaşması tenfiz kolaylığı sağladığı için finansörler tahkim davası sonucuna hızlı bir şekilde ulaşabilir. Ayrıca anlaşma taraf devlet sayısı bakımından da finansörler için büyük avantaj sağlar. Öte yandan taraflar tahkim yerine

¹⁷⁵ Buradaki tacir teriminden sadece özel hukuk kişilerini anlamamak gerekir. Zira devletler de ticari işlerinde tacir gibi davranabilirler bu durumda yine “ticari tahkim” söz konusu olacaktır.

¹⁷⁶ İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2011, s. 93.

¹⁷⁷ Khushboo Hashu Shahdarpuri, “Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, **Asian International Arbitration Journal**, ed.: Michael Pryles, Philip Chan, Vol. 12, Issue 2, Kluwer Law International, 2016, s.80.

¹⁷⁸ Belirtelim ki Türkiye anlaşmanın ilgili maddesine çekince koymuştur. Bunun sonucunda Türkiye New York Anlaşması’nı ancak karşılıklılık esasına dayalı olarak uygulamaktadır. Bkz. Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 678. Ayrıca ülkelerin sözleşmeyle bağitlanma tarihleri ve çekinceleri hakkında bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status, (Çevrimiçi) 25.06.19.

devlet mahkemelerine başvurdıklarında, kararın icra edilebilmesi için uzun süren usuli işlemlerle karşılaşabilirler. Çünkü devlet mahkemelerinin kararlarının tenfizi hakkında New York Anlaşması gibi kapsamlı bir milletlerarası anlaşma yoktur. Bu nedenle milletlerarası özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda, finansörler devlet mahkemelerinde görülen davalara yatırım yaptıktan sonra tahkim mahkemelerinde görülen davalara yatırım yapmayı tercih ederler.

3. Yatırım Tahkimi Bakımından

Devletler, yabancı yatırımcıları ülkelerine çekebilmek için ulusal mevzuatlarında düzenlemeler, ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı yatırım anlaşmaları yaparlar. Bu yatırım anlaşmalarında veya devletlerin mevzuatlarında muhtemel uyuşmazlıkların tahkimde çözüme ulaşacağı kararlaştırılmış olabilir. Yatırım tahkiminde amaç, yabancı yatırımcılara daha iyi bir koruma sağlayıp yatırımların güvencesini arttırmaktır. Bu sebeple yatırım tahkiminde kararların tenfizi için kolaylaştırıcı nitelikte hükümler yer alır. Örneğin ICSID Kuralları md. 54'e göre süresinde itiraz edilmeyen veya itiraz edilmiş olsa dahi iptal edilmeyen hakem kararları taraflar için bağlayıcıdır ve tıpkı akit devletlerin mahalli mahkemelerinin vermiş oldukları nihai kararlar gibi icra edilecektir¹⁷⁹. İşte ICSID tarafından yabancı yatırımcıları koruma amaçlı olarak getirilmiş olan bu kural, finansörler açısından da büyük avantaj sağlamaktadır.

Yatırım tahkiminin finansörler tarafından tercih nedeni olmasının diğer bir sebebi ise bu tip davaların sonucunda hükmedilecek miktarların genellikle çok yüksek meblağlar olmasıdır. Özellikle finansörlerin alacakları yüzde üzerinden belirlendiği için yatırım tahkimi finansörler açısından çok kârlı olacaktır.

4. Finansörler Bakımından Riskin Az Olması

Birçok finansör müşteri bulabilmek ve etik açıdan kendilerini meşrulaştırmak için, tahkimde üçüncü kişi finansmanında riskin transfer edilmesini sağladıklarını ifade

¹⁷⁹ Şanlı, Esen, Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 719.

etmektedir¹⁸⁰. Burada paylaşılan risk, davanın kazanılamaması durumunda, davacının yargılama giderlerinin boşa gidecek olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, finansörler yargılama giderlerini üstlenerek, davanın kaybedilmesi durumunda davacının zararının az olmasını sağladıklarını iddia etmektedirler. Ancak bu iddia çok gerçekçi değildir. Çünkü finansörler çok detaylı risk analizleri yaparlar ve ancak kazanma ihtimallerinin yüksek olduğu davalara finansman sağlarlar. Özellikle tahkim alanında finansörlerin destek sağladığı tarafların kaybettiği pek görülmemektedir. Finansörlerin titiz seçimi onlar açısından kaybetme riskini oldukça azaltmaktadır¹⁸¹. Diğer yandan davacıların kaybetme riskinin fazla olduğu davalara finansman bularak bu riski transfer edebilmeleri düşük bir ihtimaldir.

V. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ YENİ BİR PAZAR OLUŞTURMASI

A. Genel Olarak

Dünya genelinde görülen ekonomik krizler, stabil olmayan riskli bir piyasa ortamı yaratmıştır. Bu riskli ortamdan etkilenen yatırım kuruluşları, yeni ve kârlı bir yatırım ortamı arayışına girmiştir¹⁸². Davaların ve tarafların daha önceden değerlendirilebilir olması ve tahkimin hızlı sonuç vermesi yatırımcı kuruluşların tahkimde üçüncü kişi finansmanında yaygın rol almasına sebep olmuştur. Sosyo-politik olayların tahkim davasının sonucuna doğrudan etki etmeyecek olması da yatırımcı şirketler bakımından risk faktörünü azaltmaktadır. Ancak ekonomik krizlerin finansörlerin yatırımlarını hiçbir surette etkilemeyeceğini düşünmek yanıltıcı olur. Çünkü tahkim mahkemesi finanse edilen taraf lehine karar verse dahi karşı tarafın malvarlığı ekonomik kriz nedeniyle önemli ölçüde azalmışsa icra aşamasında davacı bakımından büyük sıkıntılar doğacaktır. Bu durum finansörün dilediği miktara ulaşamamasına neden

¹⁸⁰ Konuyla ilgili örnekler için bkz. <http://www.burfordcapital.com/eu/customers/risk-management-eu/>; <https://www.omnibridgeway.com/services/>; <https://www.vannin.com/downloads/fif6-articles/fif6-third-party-terms.pdf>, (Çevrimiçi) 22.12.2018.

¹⁸¹ Balkar Bozkurt, **a.g.m.**, s. 129-130.

¹⁸² Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 11.

olabileceği gibi zarar etmesine dahi neden olabilir. İşte bu yüzden finansörler risk analizleri esnasında, yatırım yaptıkları taraf kadar davanın karşı tarafını da değerlendirirler.

Son yıllarda davalara yatırım amacıyla finansman sağlamak ve bundan gelir elde etmek isteyen şirketlerin sayısı oldukça artmıştır ve bu sistem öylesine büyümüştür ki adeta yeni bir pazar oluşmuştur. Finansörlerin bazıları kendilerini halka açık şirket haline getirerek borsada işlem dahi görmeye başlamışlardır¹⁸³.

Finansörlerin borsaya açılması, bir anlamda davayla hiçbir bağı olmayan milyonlarca kişiye o davadan gelir sağlama imkânı verilmesi anlamına gelecektir. Finansörlerin yatırım yaptığı tarafın tahkim davasını kazanması durumunda, yatırım yapan kişi de kazanacakken kaybetmesi durumunda ise yatırım yapan kişi de kaybedecektir. Bu durum adeta bir başkasının davası üzerinden kumar¹⁸⁴ oynamak anlamına gelir. Hiç şüphesiz bu yeni pazar tahkimde üçüncü kişi finansmanına olan ilgiyi arttırmıştır.

Finansörler, yatırım yaptıkları davaların sonucunu beklemeden de yüksek kazançlar elde edebilirler. Çünkü finansörler tahkim davası görülmekte olsa dahi yatırımlarını satabilirler. Örneğin *Burford Capital* isimli finansör şirket 2009 yılında Arjantin'e karşı ICSID'de açılmış olan dava için 12.8 milyon dolar değerinde yatırım yapmıştır. Bu yatırımını dava henüz temyiz aşamasındayken, %736 kâr ederek 107 milyon dolara *Teinver* isimli şirkete satmıştır.¹⁸⁵

¹⁸³ Örneğin *Bentham IMF* adlı şirket 2001 yılından beri Avustralya borsasında işlem görmektedir. Bir başka finansör şirket, *Burdord Capital* ise Londra Borsa'sında bulunmaktadır, bkz. Goeler, **TPF**, s. 75.

¹⁸⁴ Tahkimde üçüncü kişi finansmanını kumar oynamaya benzeten RSM Production Corporation v. Saint Lucia, davasının hakemi Garvin Griffith'tir. Bkz. RSM Production Corporation v. Saint Lucia ICSID Case No. ARB/12/10, <https://www.italaw.com/cases/2706>, (Çevrimiçi), 21.05.2019.

¹⁸⁵ <http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2018/03/2018.03.13-Burford-sells-Teinver-Investment-for-107-million-FINAL.pdf>, (Çevrimiçi) 01.03.2019. İlgili dava için bkz. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/09/1).

B. Dünya Çapında Yaşanan Ekonomik Krizler

Son 10 yıl içerisinde birçok ülkede ekonomik kriz görülmüştür. Ekonomik kriz ortamlarında dava sayılarında ve tahkim başvurularında artış yaşanır¹⁸⁶. İşte bu kriz ortamında davasını tahkimde savunabilecek ekonomik güçte olmayan şirketler üçüncü kişi finansmanından yararlanmak zorunda kalmıştır.

ABD’de yaşanan 2008 yılı krizi¹⁸⁷ ve 2010’da Tunuslu bir seyyar satıcının yaşadığı ekonomik sıkıntıları protesto etmek amacıyla kendisini yakmasıyla başlayan Arap Baharı ve hemen arkasından gelen Suriye iç savaşı, yine Güney Amerika’da görülen politik karmaşıklıklar nedeniyle yaşanan ekonomik krizler, birçok şirketin hatta devletin iflas etmesine neden olmuştur¹⁸⁸. Bu tip krizlerin etkisiyle güçsüzleşen taraflar tahkime başvurabilmek için gerekli olan masrafları karşılayamaz hale gelmiş olabilir. Davasını gider avansını karşılayamadığı için ileri süremeyen davacı finansman arayışına başlar ve bu durum da tahkimde üçüncü kişi finansmanına olan ihtiyacın artmasına neden olur¹⁸⁹.

Ekonomik krizlerin bir diğer etkisiyse finansörler üzerinde yaşanmıştır. Üçüncü kişi finansmanına yönelik talep artışı gerçekleştiği için, ekonomik kriz yaşanan ülkelerde finansörlerin sayısında artışlar yaşanmıştır. Örneğin 1990’larda Avustralya’da yaşanan ekonomik kriz nedeniyle finansör şirketlerin sayısında çok yüksek bir artış görülmüştür ve günümüzde Avustralya üçüncü kişi finansmanı sektöründe önde gelen ülkelerden biri haline gelmiştir¹⁹⁰.

¹⁸⁶ LCIA (London Court of International Arbitration) 2008 yılında dava sayısında % 55’lik bir artış gösterdiğini söylemiştir. Yine DIAC (Dubai International Arbitration Centre) 2009 yılında dava sayısının iki katına kadar çıkmış olduğunu belirtmektedir. Bu verilerin krizden etkilenen şirketlerle ilgili olduğu düşüncesindeyiz. Aynı yönde bkz. **Dispute Resolution in the Global Economy**, <http://www.ftijournal.com/print/49>, (Çevrimiçi) 05.08.2019.

¹⁸⁷ **ICCA Reports**, s. 18.

¹⁸⁸ **The Economic Research January 2019, Insolvency Outlook**, s. 12-13 https://www.eulerhermes.com/content/dam/onemarketing/euh/eulerhermes_com/erd/publications/pdf/Global-Insolvencies-Jan19.pdf, (Çevrimiçi) 13.02.2019.

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz. Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 11; Süheyla Balkar Bozkurt, “Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişinin Finansmanı”, **Sempozyum**, s. 74-75., **ICCA Report**, s. 20.

¹⁹⁰ Selvyn Seidel, **Snapshot Contemporary Litigation Finance**, Lap Lambert Academic Publishing, 2019, s. 6-7.

Bir alacak sigortası şirketi olan *Euler Hermes'in* raporuna göre milletlerarası düzeyde 2018 yılında %10 olarak artan iflas oranı 2019 yılında yine %6 artış gösterecektir. Türkiye de bu artıştan etkilenen ülkelerden olacaktır¹⁹¹. Türkiye’de devlet mahkemelerinin dava yüklerinin fazla olması nedeniyle yargılamaların çok uzun sürdüğü bir gerçektir. Milletlerarası ticaretle uğraşan şirketlerin daha hızlı sonuç alabilmek için tahkim sözleşmesi akdettiğini düşündüğümüzde, ekonomik kriz ortamında şirketlerin tahkim için finansman ihtiyacı duyması kaçınılmaz hale gelecektir. *Nitekim Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret* şirketi 2012 yılında ICSID’e yaptığı tahkim başvurusu için üçüncü kişi finansmanından yararlanmak durumunda kalmıştır¹⁹².

¹⁹¹ **The Economic Research January 2019**, Insolvency Outlook, s. 12.

¹⁹² 2012 yılında başvurusu yapılmış olan tahkim davası hâlen görülmektedir. Muhammet Çap & Bankrupt Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/12/6).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE FİNANSÖR VARLIĞININ NEDEN OLABİLECEĞİ SORUNLAR

I. DAVA SONUCUNDAN PAY ALMA YASAĞI (*MAINTENANCE VE CHAMPERTY DOKTRİNİ*)

A. Genel Olarak

Dava sonucundan pay alma yasağı çok uzun süre önce İngiltere’de meydana gelip, milletlerarası tahkimde kendisini daha az göstermektedir. *Maintenance*¹⁹³ genel olarak bir kişinin davayla hiçbir organik bağı olmamasına rağmen ahlaksız ve saldırgan bir şekilde davaya kendini dahil etmesi anlamına gelmektedir. *Champerty* ise bu kişinin ilgili dava sonucundan kendine bir pay yaratması anlamına gelir¹⁹⁴.

Champerty kelimesi Fransızca kökenli olup “*Champart*” kelimesinden türemiştir. *Champart* feodalite döneminde feodal lordların üretimden almış olduğu pay anlamına gelir¹⁹⁵. Feodal lordlar çiftçilere toprak sağlayıp bu toprağın kazancından kendilerine pay alırlar. Ancak olur da hasat verimsiz geçerse, çiftçilerden herhangi bir şey talep edemezler¹⁹⁶. Bu durum üçüncü kişi finansmanıya benzerlik gösterir. Finansörler, toprak yerine finansman sağlamakta yatırımlarının karşılığını ise ancak davada başarılı olma durumunda isteyebilmektedirler¹⁹⁷. Bu benzetmeden dolayı davalara finansman

¹⁹³ “*Maintenance: para vererek veya sair suretle taraflardan birine dava açması veya kendisini müdafaa etmesi hususunda yardım etmek suretiyle kendisinin hiçbir suretle ilgili bulunmadığı bir davayı tahrik etme.*” Mustafa Ovacık, **İngilizce – Türkçe Hukuk Sözlüğü (English – Turkish Law Dictionary)**, 3. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2000, s.208.

¹⁹⁴ Black’s Law Dictionary de *champerty* ve *maintenance* doktrinini aynı yönde tanımlamaktadır. **Black’s Law Dictionary** (11th ed. 2019), ed: Chief Bryan A. Garner, Thomson Reuters West Law Edge (Elektronik sözlük).

¹⁹⁵ Lisa Bench Nieuwveld/Victoria Shannon, **TPF**, s. 44.

¹⁹⁶ **The History of Litigation Funding**, <https://tauruscapital.co.za/2016/09/11/the-history-of-litigation-funding>, 2016, (Çevrimiçi) 09.05.2019.

¹⁹⁷ **A.e.**

sağlanmasını yasaklayan doktrin için *maintenance* ve *champerty doktrini* adı kullanılmıştır¹⁹⁸. Bu isim günümüzde de birçok ülkede hâlen kullanılmaktadır.

Maintenance ve *champerty* doktrini Türkçe'ye "davanın satın alınması yasağı" olarak çevrilmiştir¹⁹⁹. Ancak biz "dava sonucundan pay alma yasağı" çevirisinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Çünkü davanın satın alınması ifadesi davanın tüm haklarıyla beraber başka bir kişiye devredilmesi izlenimi uyandırmaktadır. Bu ifadeden dava üzerindeki tasarruf haklarının davanın satılmasıyla beraber davayı satın alan tarafa geçmesi anlaşılabilir. Oysa dava sonucundan pay alma yasağı (*maintenance* ve *champerty doktrini*) davanın tamamen bir başka kişiye devri anlamına gelmez. Sadece yargılama giderlerinin karşılanması karşılık, dava sonucundan pay almanın yasak olması anlamına gelir. Yani davaya finansman sağlayan kişi davayı satın almamıştır. Bu yüzden dava üzerinde doğrudan söz hakkına da sahip değildir.

19. yy'da İngiltere'de üçüncü kişi finansmanının yasaklanma sebepleri; tarafların dava açmaya özendirilmesi, davaya taraf olmayan kişilerin dava sonucundan pay koparmak adına davanın taraflarını kışkırtması ve davanın taraflarının uzlaşmasını istemeyecek olması olarak düşünülebilir²⁰⁰. Bir diğer neden 1843 yılında pragmatizm felsefesinin de kurucusu olan Jeremy Bentham tarafından dile getirilmiştir. Düşünöre göre "güçlü bir baron zayıf bir iddiayı satın alıp parası sayesinde bu iddiayı haklı çıkartmak isteyebilir. Parasını bir silah gibi kullanıp avukat ordusuyla mahkemenin önüne çıkıp hâkimlerin korku dolu bir halde zayıf bir iddia lehine karar vermesini sağlayabilir. Bu bir şeytanlıktır ve hukuk düzeni buna engel olmalıdır."²⁰¹

Dava sonucundan pay alma yasağı (*maintenance* ve *champerty doktrini*), İngiltere'de 1967 yılına²⁰² kadar aynı zamanda suç olarak kabul görmüştür²⁰³. İlgili doktrin İngiltere'nin kolonici yapısı nedeniyle başta ABD olmak üzere dünyanın diğer

¹⁹⁸ A.e.

¹⁹⁹ Eken, **a.g.e.**, s. 33.

²⁰⁰ Barrington, **a.g.m.**, s.15-16; Steinitz, **a.g.m.** s.1288.

²⁰¹ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 44.

²⁰² Bkz. Criminal Law Act 1967, 13. Bölüm, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/13>, (Çevrimiçi) 25.06.19.

²⁰³ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 44; Barrington, **a.g.m.**, 15-16.

çeşitli ülkelerine de yayılmıştır ve etkisini çok uzun yıllar sürdürmüştür²⁰⁴. Örneğin 1841'den 1997 yılına kadar İngiltere'nin sömürgesi olan Hong Kong, dava sonucundan pay alma yasağına doğrudan kendi hukukunda yer vermiştir²⁰⁵. Hatta Hong Kong'da *maintenance ve champerty* doktrini nedeniyle biri avukat toplam 21 kişi 2008 yılında tutuklanmıştır²⁰⁶.

B. Tahkimde Dava Sonucundan Pay Alma Yasağının (Maintenance ve Champerty Doktrininin) Uygulanması

Dava sonucundan pay alma yasağı (*Maintenance ve Champerty* doktrini) özellikle üçüncü kişi finansmanın yaygınlaşmasıyla birlikte önemini yitirmeye başlamıştır²⁰⁷. 19. yy'da finansörlerin hâkimleri etkileyebilme gücü bu yasağın temellerini atmıştır. Ancak 19. yy'a kıyasla günümüzde, adil yargılanma hakkı, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığı gibi kavramlar gelişmiştir. Ayrıca milletlerarası tahkimde üçüncü kişi finansmanın konusu yerel uyuşmazlıklar değildir. Bundan dolayı, 19. yy'a oranla finansörlerden farklı ülkelerde bulunan hakemlerin finansörlerin etkisinde kalması düşük bir ihtimaldir. Dahası hakemlik mesleği bakımından saygınlık çok önemlidir. Örneğin AAA (American Arbitration Association – Amerikan Tahkim Örgütü) ve PCA (Permanent Court of Arbitration – Sürekli Tahkim Divanı) gibi bazı tahkim merkezleri hakemler hakkında listeler oluşturmakta ve tarafların hakemler hakkında görüş bildirmelerine izin vermektedir²⁰⁸.

²⁰⁴ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 44; Dava sonucundan pay alma yasağının bazı ülkelerdeki etkisi hâlen devam etmektedir. bkz. Nieuwveld, Sahani, **a.e.**, s. 46-48.

²⁰⁵ Chiann Bao, "Third Party Funding in Singapore and Hong Kong", **Journal of International Arbitration**, Vol.34, Issue.3, ed.: Maxi Scherer, Kluwer Law International, 2017, s. 390.

²⁰⁶ İlgili olayda trafik kazasında evladı ağır şekilde yaralanan bir anne tazminat almak istemektedir. Bunun için bir acenteye başvurmuştur. Başvuru yapılan acente ve türevleri, başvuru sahipleri bazı avukatlara yönlendirmektedir. Avukatlar ve acenteler dava sonucundan pay almaktadır. Bu sistemi anlayan yargı sistemi dava sonucundan pay alma yasağını uygulayarak hapis cezası vermiştir. Çünkü bu sistemde acenteler ve avukatlar davacının adli yardım gibi çareleri bilmemesinden yararlanmaktadır. Bkz. <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2008/07/personal-injury-solicitor-and-recovery-agent-charge>, (Çevrimiçi) 11.04.2019.

²⁰⁷ Clifford Hendel, "Third Party Funding", *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 2010, Issue 9, Wolters Kluwer, İspanya, 2010 s. 71; Fabbri, **a.g.m.**, s. 85-86; Sherina Petit, Daniel Jacobs, **a.g.e.**, s. 9.

²⁰⁸ Mauricio Duarte, **Reputation Arbitration: Building a Decentralized Reputation System for Arbitrators?**, 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/26/reputation-arbitration-building-decentralized-reputation-system-arbitrators/> (Çevrimiçi) 05.08.2019.

Sayılan hususlara rağmen finansörlerin hakemler üzerinde etkili olmaları ihtimal dâhilindedir. Ancak bu ihtimal tahkimde üçüncü kişi finansmanının tamamen yasaklanmasına sebebiyet vermemelidir. Hong Kong Yüksek Mahkemesi bu konuyu *Cannonway Consultants Ltd vs. Kenworth Engineering Ltd*²⁰⁹ davasında tartışmıştır. Mahkeme ilgili davada dava sonucundan pay alma yasağının tahkim davasında uygulanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme kararın gerekçesinde tahkimde kamu düzeninin istisnai olarak uygulanması gerektiğini ve taraf iradelerinin ön planda olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme dava sonucundan pay alma yasağının uygulanmasının Hong Kong'un tahkimde tercih sebebi olma amacını kötü etkileyebileceğini belirtmiştir²¹⁰.

Dava sonucundan pay alma yasağının tahkim alanında uygulanıp uygulanmaması, ülkelere göre farklılıklar gösterir. Örneğin İngiltere'de *Bevan Ashford v Geoff Yeandle*²¹² davasında mahkeme tahkimin de bir yargılama faaliyeti olduğuna ve bu yüzden dava sonucundan pay alma yasağının kamu düzeni açısından bu davada incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Singapur Temyiz Mahkemesi de *Otech Pakistan Pvt Ltd v Clough Engineering Ltd*²¹³ davasında tahkimin de bir yargılama faaliyeti olduğunu ve tahkimde de zayıf tarafların korunmasını sağlamak gerektiğini, bu sebeple de davadan pay alma yasağının tahkimde de uygulanması gerektiğini belirtmiştir²¹⁴. Dava sonucundan pay alma yasağıyla ilgili aynı ülke içerisinde dahi tutarsız kararlar verilebilmektedir²¹⁵. Ancak yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi bu doktrinin etkisi zamanla azalmaktadır. Bunun için ülkeler mevzuatlarında değişiklikler yapmaya başlamıştır.

²⁰⁹ Bkz. *Cannonway Consultants Ltd V Kenworth Engineering Ltd*- [1995] 1 Hkc 179, <http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2013/08/Cannonway-Consultants-Limited-v-Kenworth-Engineering-Limited-HCCT5-of-1994.pdf>, (Çevrimiçi) 05.08.2019.

²¹⁰ A.e.

²¹¹ Nieuwveld, Sahani, a.g.e., s. 45.

²¹² *Bevan Ashford v Geoff Yeandle (Contractors) Ltd* [1999] Ch. 239 at 249D-G; [1998] 3 W.L.R. 172.

²¹³ *Otech Pakistan Pvt Ltd v Clough Engineering Ltd* [2006] SGCA 46

²¹⁴ Bkz. Jern-Fei Ng, UK: **The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration**, 2019,

<http://www.mondaq.com/uk/x/103272/Arbitration+Dispute+Resolution/The+Role+of+the+Doctrines+of+Champerty+and+Maintenance+in+Arbitration>, (Çevrimiçi) 12.04.2019.

²¹⁵ Örneğin İngiliz mahkemelerinde bu doktrinin etkisini yitirip yitirmediği tartışmalı belirsizdir. İngiliz mahkeme kararları arasında tutarsızlıklar bulunmaktadır. Bkz. Boom, a.g.m., s.37.

Örneğin İngiltere 1967 yılında *Criminal Law Act*²¹⁶ ile dava sonucundan pay alma yasağını suç olmaktan çıkarmıştır. Hong Kong ise 2017 yılındaki yasa değişikliğiyle²¹⁷ dava sonucundan pay alma yasağının tahkime kadar uzanamayacağını açıkça düzenlemiştir. Daha açık bir ifadeyle Hong Kong’da devlet mahkemesinde görülen bir ceza hukuku davasında, dava sonucundan pay alma yasağı uygulanırken, tahkim davasında bu yasak uygulanmayacaktır.

Singapur ise Civil Law Act Bölüm 43 aracılığıyla dava sonucundan pay alma yasağını haksız fiil olmaktan çıkarmıştır²¹⁸. Ancak tıpkı İngiltere’de olduğu gibi, mahkeme dava sonucundan pay alma yasağına ilişkin karar verirken her somut olayda finansman sözleşmesinin kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelenmesi gerekecektir. Örneğin, finansör, tarafların uzlaşmasına engel olacak şekilde davranışlar izlemişse bu durum kamu düzenine aykırı sayılabilir. Yine finansör, bir tarafın maddi açıdan zor durumda olmasından yararlanarak, ilgili tarafla dava sonucundan %70 gibi yüksek oranda bir pay alacağı finansman sözleşmesi akdettiğinde kamu düzeninin dikkate alınması gerekliliği gündeme gelebilir²¹⁹.

Avustralya ise tahkimde üçüncü kişi finansmanı konusunda belki de en gelişmiş ülkedir²²⁰. Ülkede dava sonucundan pay alma yasağı, ticaretin en yoğun olduğu dört eyalette haksız fiil veya suç olmaktan çıkarılmıştır²²¹. Öte yandan diğer dört eyalette dava sonucundan pay alma yasağı varlığını hâlen sürdürmektedir²²². Bazı eyalet yasalarına göre dava sonucundan pay alma yasağı suç ve haksız fiil olmaktan

²¹⁶ Criminal Law Act 1967, c.58, Part 3, Section14

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/14/enacted> (Çevrimiçi) 28.06.2019.

²¹⁷ Bkz. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017, <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>, (Çevrimiçi) 28.06.2019.

²¹⁸ Bkz. Civil Law (Amendment) Act 2017 (No 2 of 2017), <https://sso.agc.gov.sg/Acts-suppl/2-2017/>, (Çevrimiçi) 12.02.2019.

²¹⁹ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s.251.

²²⁰ Gerekçe olarak bu ülkedeki finansör şirketlerin yoğunluğu, mahkemelerin konu hakkında bilgi sahibi olması ve liberal nitelikteki düzenlemelere sahip olması şeklinde gösterilmektedir, bkz. Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 75.

²²¹ İlgili yasal düzenlemeler için bkz. Civil Law (Wrongs) Act 2002, s. 221 (ACT); Maintenance, Champerty and Barratry Abolition Act 1993, ss. 3, 4 (NSW); Criminal Law Consolidation Act 1935, Sch 11 ss. 1(3), 3 (SA); Wrongs Act 1958, s. 32 (Vic.) and Crimes Act 1958, s. 322A (Vic.);

²²² Bu eyaletler Tazmania, Victoria, Queensland ve Batı Avustralya’dır, bkz. Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 84.

çıkarılmış olsa bile bu doktrinin kamu düzeni adı altında incelenmesi devam etmektedir²²³.

ABD’de de Avustralya’daki gibi eyaletler arasında farklılıklar bulunur ve dava sonucundan pay alma yasağıyla ilgili olarak genel geçer bir kural oluşturulmamıştır. Örneğin; Massachusetts eyaletinde, kararları bir nevi kanun görevi gören Massachusetts Yüksek Mahkemesi, dava sonucundan pay alma yasağının artık hükmünü yitirdiğine karar vermiştir²²⁴. Mahkemeye göre ABD’de avukatların sadece dava sonucundan pay alacağı anlaşmalar yapılmasına izin verilmiştir. Bu durum dava sonucundan pay alma yasağının zaten bir ölçüde kaldırılmış olduğunu gösterir. Yine mahkeme dava sonucundan pay alma yasağını uygulamaya devam etmenin kötü sonuçlara neden olabileceğini tespit etmiştir. İlgili davada davacının finansmandan yararlanmadığı takdirde hakkını arayamacayak hale gelebileceğini ve haklı durumda olmasına rağmen, dava sonucundan pay alma yasağı gibi eski bir doktrin nedeniyle adalete erişiminin sağlanamayacağı belirtilmiştir. Öte yandan ABD’nin Kolombiya Bölgesi eyaletinde dava sonucundan pay alma yasağı hâlen etkili bir şekilde uygulanmaktadır²²⁵.

Görüldüğü üzere dava sonucundan pay alma yasağı eskisi kadar olmasa da hâlen etkinliğini sürdürmektedir. Diğer yandan dava sonucundan pay alma yasağı, milletlerarası tahkim davalarının niteliğiyle bağdaşmaz. Çünkü bu yasağın amaçlarından biri davacı tarafın sömürülmesini engellemektir. Diğer bir deyişle finansörlerin, davacı tarafın bilgisizliğinden yararlanarak onların dava sonucundan alacakları paya ortak olması engellenmek istenir. Her ne kadar devlet mahkemelerinde

²²³ Nieuwveld, Sahani, a.e., s. 84; George R. Barker, “**Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe**”, Journal of Law, Economics & Policy 8 J.L. Econ. & Pol’y, Issue 1, 2011, s. 463 (Heinonline); 2006 yılında Avustralya Yüksek Mahkemesi salt üçüncü kişi finansmanı varlığının kamu düzeni nedeniyle iptal sebebi olmayacağını vurgulamıştır. Bkz. Campbells Cash and Carry Pty Limited v Fostif Pty Limited [2006] HCA 41

www.eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2006/HCA/41, (Çevrimiçi) 28.06.2019.

²²⁴ Lisa Saladini vs. George P. Righellis; Alvin Goldstein, Third-Party Defendant, 426 Mass. 231, October 6, 1997 - December 8, 1997, <https://caselaw.findlaw.com/ma-supreme-judicial-court/1089373.html>, (Çevrimiçi) 19.05.2019.; Nieuwveld, Sahani, a.g.e., s.138-139.

²²⁵ Bernardo M. Cremades Román, “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, **Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje**, Wolters Kluwer España, 2012, Vol. 2012, Issue 13, s. 159.

görülen davalarda, finansörlerin bir tarafın adli yardım gibi mekanizmalarını bilmemesinden yararlanarak, davacıyı sömürmesi mümkünse de bu durum tarafların büyük şirketler olduğu ve birçok avukatla çalıştıkları milletlerarası tahkim davalarına pek uymaz.

Bu yasağın bir diğer amacı küçük miktardaki davalarla devlet mahkemelerinin meşgul edilmemesidir. Finansörlerin dava etmeye değmeyecek değerdeki miktarlar için tarafları kışkırtarak, uyuşmazlıklara neden olabileceği düşünülmektedir. Ancak milletlerarası tahkimde böyle bir soruna rastlanılması kanaatimizce pek mümkün değildir. Çünkü milletlerarası tahkimde dava giderleri genellikle zaten yüksektir. Kaldı ki finansörler küçük miktarlardaki tahkim davalarına finansman sağlamamaktadır. Çünkü bu tip davalarda alacakları pay da düşük olacaktır. Ayrıca dava değerlendirme süreci oldukça maliyetli olabilmektedir.

ABD gibi Anglo-Sakson ülkelerinin birçoğunda avukatların yalnızca davanın kazanılması durumunda kazanç sağlayacakları anlaşmalara (*contingency fee agreements*) izin verilmiştir. Bu anlaşmalar dava sonucundan pay alma yasağının bir istisnası olarak görülmektedir²²⁶. Finansörlerin aynı zamanda hukuk firmaları da olabileceğini düşündüğümüz zaman dava sonucundan pay alma yasağının, hukuk firması olarak da çalışan finansörler için uygulanmayacağı düşünülebilir. Finansörler, hukuk firması olduğunda yasak uygulanmazken, banka, sigorta şirketi veya doğrudan üçüncü kişi finansör olarak çalışan bir şirket söz konusu olduğunda yasağın uygulanması tutarlı değildir.

Avukatların yalnızca davanın kazanılması koşuluyla kazanç sağlayabilecekleri anlaşmalara izin verilmesi dava sonucundan pay alma yasağının dolanılmasına müsaade eder. Finansman anlaşması davacının avukatı tarafından bir finansörle anlaşarak davacı için akdedilebilir²²⁷. Taraflar böyle bir durumda dava sonucundan pay alma yasağını dolanmış olacaktırlar. Çünkü finansman anlaşması doğrudan müvekkil ve finansör arasında gerçekleşmemiş olur

²²⁶ Stoyanov, Owczarek, **a.g.m.**, s.179-180.

²²⁷ **ICCA Report**, s. 21.

Ayrıca bir tarafın dava giderlerini sağlayamadığı ve avukat ücretlerini karşılayamadığı durumlar olabilir. Adli yardım gibi kavramların yer almadığı tahkimde, finansman ihtiyacı zorunluluktan kaynaklanabilir. Dava sonucundan pay alma yasağı katı bir şekilde uygulanırsa, ödeme güçlüğünde olan davacılar için bir fırsat olan üçüncü kişi finansmanını kullanma ihtimali ortadan kalkacaktır. Yine davacı hakkını daha iyi bir şekilde savunmak için finansmandan yararlanmak isteyebilir. Çünkü finansörler alanında yetkin avukatlarla çalışırlar. Dava sonucundan pay alma yasağının katı bir şekilde uygulanması durumunda ödeme gücü az olan şirketlerin böyle avukatlarla çalışma şansı da azalacaktır.

Kanımızca dava sonucundan pay alma yasağı gibi günümüz koşullarına pek de uymayan bir yasak sebebiyle tahkimde üçüncü kişi finansmanı tamamen yasaklanmamalıdır. Kökleri çok eskilere dayanan bu doktrin günümüz ticaret hayatıyla bağdaşmamaktadır ve milletlerarası tahkimin yapısına pek uymaz. Nitekim ICSID tahkiminde görülmüş olan *Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic*²²⁸ davasında hakem heyeti üçüncü kişi finansmanının yararlı olup olmadığı konusunda bireysel düşünce farklılıklarının doğal olduğunu söylemiş ve gerek milli gerekse milletlerarası tahkimde üçüncü kişi finansmanının kullanımının kabul edildiğini belirtmiştir²²⁹. Hakem heyetine göre üçüncü kişi finansmanından yararlanılmış olunması tek başına tahkim yargılamasına engel olmamalıdır²³⁰.

Diğer yandan milletlerarası tahkimde finansörlerin davada finansman sağladıkları tarafların çıkarlarındansa, kendi çıkarlarını gözeterek davaya müdahalelerde bulunmaları mümkündür. Örneğin finansörler davanın sonucundan daha yüksek miktarda gelir elde edebilmek için davada tarafların uzlaşmasına engel olmak isteyebilirler. Yine ödeme güçlüğünde olan davacının zor durumundan yararlanan finansörün, davacıyı sömürerek çok yüksek gelirler elde etmesi mümkündür. Finansman anlaşmasının neden olduğu bu gibi sorunların önlenmesi için finansman anlaşmasının kamu düzeni bakımından incelenmesi gerekir.

²²⁸ Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8, 17 November 2014.

²²⁹ Çalışkan, **a.g.m.**, s.658.

²³⁰ **A.e.**

Yukarıda belirtmiş olduğumuz nedenlerden dolayı, dava sonucundan pay alma yasağı etkisini ancak kısıtlı olarak sürdürmelidir ki bu da hemen her ülkenin sözleşme serbestisini bir ölçüde kısıtlamak için kullandığı “kamu düzeni” kavramıyla sağlanabilir. Bu kısıtlama örneğin Türk Hukuku’nda Borçlar Kanunu²³¹ madde 27’de “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” denerek belirtilmiştir.

Türk hukukunun Kara Avrupası hukuk geleneğinden gelmesi sebebiyle dava sonucundan pay alma yasağına Türk hukukunda rastlanılmaz. Yine Türk hukukunda devlet mahkemelerinde görülen davada veya tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesini düzenleyen herhangi bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Ancak sözleşme serbestisi çerçevesinde, taraflar finansman sözleşmesi akdedebilirler. Yine de bu sözleşmenin her durumda geçerli olacağı savunulamaz. Üçüncü kişi finansmanı sözleşmesi Borçlar Kanunu’nda yer alan emredici hükümlerle sınırlandırılacaktır. Finansman sözleşmesinin uygunluğu her bir davanın özellikleri incelenerek Türk hukukunda ayrı ayrı değerlendirilecektir. Örneğin, finansman sözleşmesinde hangi davaları açmaya sadece finansörün karar vereceği belirlenebilir. Bu durum finansmandan yararlanan tarafın adil yargılanma hakkı gibi anayasal haklarını kullanılamaz hale getirdiği için TBK madde 27 gereği kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Yine finansörün, davacının zor durumundan yararlanarak, dava sonucundan %70 gibi aşırı yüksek miktarlar alacağı sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu md. 27 gereğince kesin hükümsüz olacak ve hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca burada Türk Borçlar Kanunu md. 28 gereğince aşırı yararlanma hükümleri de gündeme gelebilecektir.

Ayrıca Türk Hukuku bakımından kimlerin finansör olabileceği de doğrudan düzenlenmemiştir. Bu konuda mesleki yasaklara rastlanılabilir. Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinde avukatın davayı ücretsiz yürütemeyeceği belirlenmiştir. Bu sebeple Türk hukukunda avukatlar finansör olarak yer alamazlar. Bu çalışma esnasında herhangi bir Türk finansör şirkete rastlanılmamıştır. Tahkimde

²³¹ R.G. Tarih : 4/2/2011, Sayı: 27836.

yargılama giderlerine finansman sağlanması için genellikle Türk şirketler, başta İngiltere olmak üzere Avrupalı finansör şirketlerle çalışmaktadır²³².

II. FİNANSÖRLERİN TAHKİM DAVASININ KONTROLÜNÜ ELE GEÇİRMELERİ

A. Genel Olarak

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının varlığını meşrulaştıran asıl sebep adalete erişim hakkıdır. Ancak finansörlerin amacı doğal olarak kâr elde etmektir. Bundan dolayı finansörler, finansman sağlamayı kabul ettikten sonra yatırımlarını gözetmeye başlarlar²³³. Bu süreç içerisinde finansörler genellikle tahkim davasını yürüten hukuk firmasıyla ve finansman sağlanan tarafla toplantılar yapar ve genellikle her kritik kararda söz sahibi olmaya çalışırlar²³⁴. Ancak bu durum özellikle maddi açıdan sıkıntı içinde olan şirketler açısından oldukça tehlikeli olabilir. Çünkü finansman bulmak gerçekten zahmetli bir iştir ve bulmuş oldukları finansmanı kaybetmek istemeyen davacı veya davalı, finansörün istekleri doğrultusunda hareket etmek zorunda kalabilir²³⁵.

Finansörler davayı kontrol edebileceklerini hazırlamış oldukları finansman sözleşmelerinde belirtmek istemezler. Çünkü davaya finansman sağlamak ve davayı transfer etmek arasında fark vardır. Dava transferi, davada tasarruf etme yetkisi gibi davayla ilgili tüm hakları devretmek anlamına gelir. Davanın transferiyle birlikte davasını transfer eden hak sahibinin davada söz hakkı kalmaz. Bu durum Kıta Avrupası hukukunda kamu düzeni engeliyle karşılaşırken, Anglo-Sakson hukukunda dava sonucundan pay alma yasağıyla karşılaşır. Bu yüzden finansörler, finansman sağlanan taraf ile aralarında bir uyumsuzluk çıkabileceğini öngörerek, sözleşmenin

²³² **Litigation Finance**, Ketenci Law, <http://www.ketencilaw.com/litigation-finance.html> (Çevrimiçi) 24.07.2019.

²³³ Goeler, **TPF**, s. 39.

²³⁴ Goeler, **TPF**, s. 40.

²³⁵ Doktrinde bu durum için “*parayı veren düdüğü çalar*” deyişi kullanılmıştır. bkz. Santos, **a.g.m.**, s. 924.

geçersiz kalmaması için davayı kontrol edebileceklerine dair maddeler eklemek istemezler.

Uygulamada ise finansman sağlanan tarafın üzerinde kaçınılmaz bir baskı olacaktır. Çünkü finansörler hazırladıkları sözleşmelerde “sözleşmeyi feshetme yetkilerini” geniş tutacaklardır. Ödeme güclüğü yüzünden finansmana muhtaç olan davacı baskı altında olacaktır. Davacı, zorlukla bulmuş olduğu finansmanı kaybetmemek adına finansörün davayı yönetmesine izin verecektir. Bu baskı altında finansman sağlanan taraf davada özgürce tasarruf edemeyebilir²³⁶.

Doktrinde, finansör ve finansman sağlanan taraf arasındaki uyumsuzluklar için, finansman sağlanan tarafın finansöre karşı daha zayıf konumda olmasının göz önüne alınması gerektiği vurgulanmıştır²³⁷. Nitekim, finansman sağlanan tarafın davada tasarruf etme hakkını, finansörlere karşı koruyan çeşitli mahkeme kararları da verilmiştir. Bu konu 2015 yılında İngiliz Yüksek mahkemesinde tartışılmıştır²³⁸. Bu davada, davacı yargılama giderlerinin sadece bir kısmı için finansörden destek almıştır. Dava sonucundaysa davacı iddialarında haksız görülmüş ve yargılama giderleri davalı lehine sonuca bağlanmıştır. Ancak mahkeme yargılama giderlerine davacı lehine hükmederken, finansörün bu giderleri karşılayıp karşılamayacağını da tartışmıştır. Mahkeme davacının finansman sağlanmasaydı haklarını ileri süremeyeceğini söyleyerek finansörün adalete erişim hakkı sağladığını söylemiştir. Bu davada mahkeme finansörün sadece finansman sağladığını, davada verilen kararlara müdahalede bulunmadığını vurgulamıştır. Bu sebeple finansörün sadece karşılamayı taahhüt ettiği giderlerden sorumlu olacağını söylemiştir. Ancak mahkeme finansörlerin davada aşırı şekilde kontrol sağladıkları takdirde, dava sonucundan pay alma yasağının (*maintenance* ve *champerty* doktrininin) uygulanacağını ve

²³⁶ Goeler, **TPF**, s. 39-43.

²³⁷ James Clanchy, Navigating the Waters of Third Party Funding in Arbitration, **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, S. 82, No. 3, ed.: Michael O'Reilly vd. s. 229; Lefèvre/Callens/Croissant, **a.g.m.**, s. 39.

²³⁸ Arkin vs. Borchard Lines Ltd & Ors [2005] EWCA CIV 655 (26 May 2005) Dava metni için bkz. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>, (Çevrimiçi) 05.04.2019.; Bu kararda önemli olan bir diğer husus ise mahkemenin üçüncü kişi finansmanının adalete erişim hakkı sağladığını belirtmiş olmasıdır. Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.95.

finansörlerin yatırımlarından daha fazlası için de sorumlu tutulabileceklerini belirtmiştir²³⁹.

2014 yılında İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi'nde görülen bir Excalibur²⁴⁰ davasıdaysa, davacı bir petrol şirkettir ve sözleşmeden çıkan uyuşmazlık için 1.6 milyar dolar talep etmiştir. İlgili şirket davasını finansörler aracılığıyla yürütmüştür. Mahkeme 1.6 milyar doların çok abartılmış bir miktar olduğunu ve davanın değerinin en fazla 3.3 milyon dolar olabileceğini tespit etmiştir. İngiliz Temyiz Mahkemesi bu davada finansörlerin çok müdahaleci bir yol izlediklerini, fırsatçı bir şekilde davrandığını ve çeşitli spekülasyonlar yaptığını vurgulayarak dava giderlerine doğrudan finansör aleyhine hükmetmiştir²⁴¹. Mahkeme bir anlamda finansörleri cezalandırmıştır. Çünkü mahkemeye göre finansör taraf olma iradesi ortaya koymuş ve davanın uzamasına neden olmuştur²⁴². Mahkeme bu defa *Arkin V Borchard Lines Ltd & Ors* davasından farklı olarak, finansörlerin sadece yatırmayı taahhüt ettikleri miktarla sorumlu olmamaları gerektiğini vurgulamıştır. Yani mahkeme kararına göre finansör dava giderlerinin sadece % 5'ini üstlenmiş olsa dahi, yargılama sonucunda bu miktardan daha fazlası için sorumlu tutulabilir.²⁴³ Bu dava finansörlerin dava üzerinde yüksek derecede kontrol sağlamalarına engel olunması bakımından önemli bir örnek teşkil eder²⁴⁴. Mahkeme kararlarının arkasında yatan sebep finansörlerin adeta davayı satın almış gibi davranıp davayı yönetmesi ve dava kazanıldığında yüksek gelirler elde etmesi buna karşın dava kaybedildiğinde ise hiçbir sorumluluğu olmamasının önüne geçilmek istenmesidir²⁴⁵.

Ancak milletlerarası tahkimde böyle kararlara rastlanması ise devlet mahkemeleri kadar olağan değildir. Çünkü hakemlerin karar verme yetkisinin temelinde tahkim anlaşması yatar. Tahkim anlaşmasının da tarafları davacı ve

²³⁹ Goeler, **TPF**, 416-417; Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, 115-117.

²⁴⁰ Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & others [2014] EWHC 3436, 18 November 2016; Santos, **a.g.m.**, s. 924-925.

²⁴¹ Santos, **a.g.m.**, s. 924; Goeler, **TPF**, s. 93; Lefèvre/Callens/Croissant, **a.g.m.**, s. 50; Duarte Gorjão Henriques, "Third-Party Funding: A Protected Investment?", **Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje**, Vol. 2017, Issue 30, Wolters Kluwer España, 2017, s. 120.

²⁴² Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.103.

²⁴³ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, 117.

²⁴⁴ Santos, **a.g.m.**, 924.

²⁴⁵ **ICCA Report**, s. 161.

davalıdır. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişinin aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi, milletlerarası tahkimde pek mümkün değildir²⁴⁶.

Finansörlerin davanın kontrolünü ele geçirmesi hakkında, milletlerarası yatırım tahkiminde, ICSID’de görülmüş olan, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic* ²⁴⁷ davası önem arz etmektedir. Dava İspanya ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak, İspanyol havayolu şirketi tarafından Arjantin’e karşı açılmıştır. Dava konusu Arjantin’in kamulaştırma yasasına ilişkindir. Ancak davalı Arjantin, finansman sözleşmesinde öngörülen nedenlerin, finansörü davanın adeta asıl tarafı haline getirdiğini ve bu sebeple de hakem heyetinin yetkisiz hale gelmiş olduğunu ileri sürmüştür²⁴⁸. Mahkeme ise finansman anlaşmasının davanın başlatılmasından sonra akdedildiğini gözeterek yetkisinin devam ettiğine karar vermiştir²⁴⁹. Yani mahkemeye göre finansör davanın tarafı haline gelmemiştir.

B. Finansman Varlığının Davaların Alternatif Çözüm Yöntemleriyle Sona Erdirilmesine Olan Etkisi

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının varlığı, uyuşmazlıkların dostane “amicable” yöntemlerle sonlanmasına engel olabilir. Tarafların davanın sonuçlanmasını beklemeden anlaşarak uyuşmazlığı çözmeleri olağandır. Ama üçüncü kişi finansmanının varlığı bu ihtimali ortadan kaldıracaktır.

Öncelikle finansmandan yararlanan taraf dava giderlerini kendisi karşılamadığı için alternatif çözüm arayışlarıyla uğraşmak istemeyebilir²⁵⁰. Diğer bir ifadeyle davacının dava açmakla kaybedeceği herhangi bir yargılama gideri olmadığı için uzlaşmak için çaba göstermeyebilir. Ayrıca finansman sağlanan taraf, karşı taraftan bir

²⁴⁶ A.e., s. 161.

²⁴⁷ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1.

²⁴⁸ Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.100.

²⁴⁹ A.e.

²⁵⁰ John Beisner, Jessica Miller, Gary Rubin, *Selling Law Suits Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States*, **US Chamber Institute for Legal Reform**, 2009, s. 6, <https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/thirdpartylitigationfinancing.pdf>, (Çevrimiçi) 07.06.2019.

teklif aldığında üçüncü kişi finansmanı sözleşmesi sebebiyle finansöre ödemek zorunda olacağı miktarı da göz önüne almak durumunda olacaktır. Örneğin finansör dava giderleri için 1 milyon dolar ödemiş ve dava sonuçlandığında 1.5 milyon dolar alacak ise, finansman sağlanan taraf karşı taraftan en az 1.5 milyon dolar tahsil edebileceği bir anlaşmayla davaya son vermek isteyecektir²⁵¹. Finansman sağlanan taraf daha az bir miktar için anlaşmak istese dahi, finansör razı olmadığı için tahkim davasının tarafları uzlaşamayabilecektir. Ayrıca finansörlere kritik kararlar hakkında danışıldığında, finansörler kendi çıkarları doğrultusunda davayı yönetecek ve tavsiyeler vereceklerdir.

Bir başka görüşe göreyse, finansörlerin yaptıkları risk değerlendirmesi sayesinde, taraflar tahkim davasına daha gerçekçi bakabileceklerdir. Bunun sonucundaysa davanın tarafları iddialarının zayıf ve güçlü yönlerini daha iyi bilecek, böylelikle uzlaşmaları daha mümkün olacaktır²⁵². Ayrıca finansörler yatırımlarının karşılıklarını olabildiğince erken almak isterler. Bu sebeple davanın sonucunu beklemeden, daha düşük de olsa bir miktar için anlaşmak, finansörler bakımından da yararlı olabilir. Çünkü finansman sağlanan taraf davayı kazansa dahi dava sonucuna ulaşmak bazen icra aşamasında zorluk yaratabilir, bu durum ise finansörlerin almak istemeyecekleri bir risktir²⁵³.

III. MİLLETLERARASI TAHKİMDE FİNANSÖR VARLIĞININ GİZLİLİĞE ETKİSİ

Devlet mahkemelerinde görülen davalarda, kural olarak yargılamada aleniyet prensibinin olması, yargılama faaliyeti gizli dahi olsa üçüncü kişilerin dosyalara erişiminin kolay olması ve mahkeme kararlarının yayımlanıyor olması gibi nedenlerden dolayı, tarafların gizli kalmasını istedikleri ticari sırlarının ortaya çıkması

²⁵¹ A.e., s. 7.

²⁵² Goeler, TPF, s. 96.

²⁵³ Santos, a.g.m., s. 926.

mümkündür²⁵⁴. Bu sebeple ticari sırlarını korumak isteyen taraflar için tahkimde gizlilik, tahkim iradesinin arkasındaki asıl sebep dahi olabilecek kadar önemli bir kavramdır. Uyuşmazlığın taraflarının ticaretle uğraşan kişiler olduğu milletlerarası tahkimde, tarafların meslek sırlarını açığa vurmamak istememeleri hatta bazı durumlarda ticari itibarlarını korumak amacıyla bir uyuşmazlığa sahip olduklarının dahi bilinmesini istememeleri oldukça doğaldır²⁵⁵. Ayrıca uyuşmazlığa sahip olan şirketler üzerinde kamuoyu baskısını azaltmak adına gizlilik önemli bir araçtır²⁵⁶.

Üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil olamaması “tahkimde mahremiyet” kavramıyla açıklanırken²⁵⁷, tahkimde gizlilik tahkime ilişkin bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerle paylaşılmamasını ifade eder. Yani gizliliğin amacı üçüncü kişilerin tarafların bilgisi ve rızası olmadan tahkim yargılamasına ve yargılamada kullanılan belgelere ulaşamamasıdır²⁵⁸.

Ancak tahkimde üçüncü kişi finansmanında, finansörler bu gizli bilgilerin bazılarını öğrenmek mecburiyetindedirler. Aksi takdirde hem doğru bir risk analizi yapamadıkları için nasıl bir uyuşmazlığa yatırım yapacaklarını bilemezler, hem de taraflar arasındaki tahkimin sonucuna etki edebilecek gelişmeleri öğrenemezler²⁵⁹.

İlk bakışta finansörler ile bazı bilgilerin paylaşılmasının “gizliliğin ihlali” anlamına geleceği düşünülebilir. Ancak gizlilik mutlak olarak uygulanabilecek bir kavram değildir. Diğer bir ifadeyle gizlilik için çeşitli istisnalar tanınması zorunludur. Aksi takdirde, tarafların çeşitli hakları ağır derecede zedelenebilir. Örneğin, taraflar kendi avukatlarıyla dahi davayı konuşamazlar. Ya da şirketlerin devri gibi konularda şirketi devralacak kişi gerekli bilgileri öğrenemeyeceği için şirketin devri imkânsız hale gelir. Yine vergi ödenmesi için gerekli olan bilgiler muhasebecilere sunulamaz²⁶⁰.

²⁵⁴ Candan Yasan, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, ed. Emine Eylem Aksoy Retornaz vd. C. 8, S. 1, 2011, s. 779.

²⁵⁵ Yasan, **a.g.m.**, s. 778.

²⁵⁶ Doktrinde tahkimde gizliliğin önemini vurgulamak adına, tahkim için “seyircisiz bir müsabaka” söylemi kullanılır. Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 2, İstanbul, 2015, s. 69; Born, **a.g.e.**, s. 2780.

²⁵⁷ Born, **a.g.e.**, s. 2782; Giray, **a.g.m.**, s. 69.

²⁵⁸ Giray, **a.g.m.**, s.69.

²⁵⁹ Barrington, **a.g.m.**, s. 19; Kayalı, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, s. 98.

²⁶⁰ Çeşitli örnekler hakkında bkz. Goeler, **TPF**, s. 303-306.

Bu gibi durumlar sebebiyle bazı tahkim merkezleri kurallarında gizlilik için istisnalar tanıyan maddeler bulundurmaktadır. Örneğin Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi Kuralları md. 30'da “*Ancak yasal yükümlülükler veya bir hakkın korunması ile hakem kararına karşı başvuru yolunda kullanılması amacıyla bu bilgilerin devlet mahkemesiyle veya devlet organlarıyla paylaşılması mümkündür.*”²⁶¹ denilerek gizliliğin bazı durumlarda uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Diğer yandan bazı tahkim merkezlerine ait kurallarda²⁶² ve Uluslararası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları'nda (*International Bar Association Rules on Evidence Taking in International Arbitration*) tahkim mahkemesine gizlilik hakkında geniş takdir hakkı sağlanarak istisnalar yaratılmaya çalışılmıştır²⁶³. Örneğin ISTAC Kuralları madde 21'de “*Taraflardan birinin talebi üzerine; Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliğiyle ilgili her türlü emri verebilir ve ticari sırların korunması için gerekli önlemleri alabilir.*” denilerek gizliliğe ilişkin kararlarda hakemlere takdir hakkı sağlanmıştır.

Devletlerin mevzuatlarında da gizliliğe ilişkin farklılıklar vardır²⁶⁴; ancak birçok hukuk sisteminde gizlilik perdesinin aralanması için bazı temel istisnalar sağlanmıştır²⁶⁵.

Tahkimde gizliliğe dair bazı temel istisnaları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Tarafların gizliliğe ilişkin istisnalar tanıyacak şekilde anlaşması²⁶⁶,
- Kamu yararının varlığı,

²⁶¹ Cemre Tüysüz, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 37, Issue 2, İstanbul, 2017, s. 858; Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration*) Kuralları madde 30 için bkz. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2030, (Çevrimiçi) 09.06.2019.

²⁶² ICC Tahkim Kuralları md. 22/3 “*taraflardan birinin talebi üzerine hakem heyetinin tahkim yargılamasına veya tahkim ile ilgili diğer konularda ticari sırlar ve gizli bilgiler hakkında gizliliğe ilişkin karar alabileceği belirtilmiştir.*” şeklindedir, bkz. Tüysüz, **a.e.**, s. 860.

²⁶³ Bkz. Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları md. 9/3. <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=7E82E477FE60461C80BF032543F47B73>, (Çevrimiçi) 07.08.2019.

²⁶⁴ Tüysüz, **a.g.m.**, s. 868-869.

²⁶⁵ Yasan, **a.g.m.**, s. 787-790.

²⁶⁶ Konuyla ilgili bkz. 2010 İskoç Tahkim Kanunu (Arbitration (Scotland) Act 2010) md. 26 http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/pdfs/asp_20100001_en.pdf, (Çevrimiçi) 17.05.2019.

- Tahkim ve tahkim yargılamasına ilişkin bilgileri açıklama yükümlülüğü öngören yasal düzenlemeler²⁶⁷,
- Avukat müvekkil ilişkisi gibi tarafların adalete erişimleri için gizliliğin ihlalinin zorunlu olduğu durumlar
- Yatırım tahkiminde şeffaflık ilkesi gereği bazı bilgilerin kamuya paylaşılması,
- Tahkim kararlarını icra etmek amacıyla bazı devlet kurumlarıyla kararın paylaşılması.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının dava giderlerini ödeyemeyen taraflar için adalete erişim hakkı sağlaması, davacılar bakımından finansörlere gizli bilgilerin verilmesinin tahkimin devam etmesi için bir gereklilik olduğunu gösterir²⁶⁸. Finansörlerin risk analizi yapmaları için gizliliğe ilişkin bazı bilgilerin paylaşılması, tarafların bu bilgileri avukatlarıyla paylaşmalarına benzer olarak görülebilir. Bu sebeple bazı hassas bilgilerin finansörlerle paylaşılması “adalete erişim hakkının kullanılması için gerekli görülmeli” ve tahkimde gizliliğin istisnalarından olduğu kabul edilmelidir²⁶⁹.

Ayrıca davanın karşı tarafının, davayla ilgili bazı gizli bilgilerin finansörle paylaşılmasına izin vermesi mümkündür. Örneğin Alman Medeni Usul Kanunu’nu madde 1032’ye göre bir tarafın ödeme güçlüğü sebebiyle hakkını tahkimde arayamadığı durumlarda tahkim anlaşması geçersiz kalabilir ve taraf davasını devlet mahkemesinde açabilir. Böyle bir durumda karşı taraf, davanın devlet mahkemesinde açılmasını engellemek için, davaya ilişkin bazı bilgilerin finansörlerle paylaşılmasına göz yumabilir. Aksi takdirde karşı taraf finansmandan yararlanamaz ve bu durum ise davanın devlet mahkemesinde görülmesine neden olur.

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele ise davaya ilişkin bilgilerin yayımlanmamasına ilişkindir. Taraflar davalarına ilişkin bilgilerin yayımlanmamasını

²⁶⁷ Yasan, **a.g.m.**, s. 789.

²⁶⁸ Aynı yönde bkz. Jonas von Goeler, **Show Me Your Case and I’ll Show You the Money – How to Balance Conflicts Between Third-Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings**, 2016, (Kluwer Arbitration Blog) (Çevrimiçi) 07.07.2019.

²⁶⁹ Aynı yönde bkz. Eken, **a.g.e.**, s.38.

kararlaştırmış olabilirler. Bu duruma davada üçüncü kişi finansmanından yararlanılıyor olunması pek de etki etmeyecektir. Başka bir ifadeyle finansörler davaya ilişkin bu bilgileri yayımlamadığı sürece herhangi bir hukuki problem oluşmayacaktır. Ancak finansörlerin halka açık olması ve borsada işlem görmesi mümkündür. Böyle bir durumda finansörlerin tabi oldukları mevzuat gereğı yatırımcılarına karşı şeffaf olma yükümlölükleri olacaktır²⁷⁰. Bu durum “genellikle” tahkim ve tahkim yargılamasına ilişkin bilgileri açıklama yükümlölüğü öngören yasal düzenlemelerin varlığının gizliliğin bir istisnası sayılması sebebiyle, kanımızca hukuk aykırılık oluşturmayacaktır. Örneğın, Türk hukukunda, Özel Durumların Kamuya Açıklanması Tebliğı²⁷¹ ile ortaklıkların mali yapısını veya faaliyetlerini etkileyecek durumda olan, ortaklık tarafından veya ortaklığa karşı açılmış olan tahkim davalarının açıklanması gerekliliğı düzenlenmiştir. Böyle bir düzenleme sebebiyle finansörler davaya finansman sağladığını açıklarsa burada gizlilik ihlal edilmemiş olmalıdır zira burada finansörün gizliliğe ilişkin bilgiyi açıklama nedeni yasal bir yükümlölüktür.

Gizliliğin ihlalini oluşturabilecek bir diğeri sorun finansörün, davanın karşı tarafının aleyhine olabilecek bilgileri öğrenip, başka bir davada bu bilgileri kullanıyor olması durumunda ortaya çıkar²⁷². Finansörün karşı taraf hakkında öğrendiğı bilgileri kullanarak ilgili tarafa karşı yeni davaların başlamasını sağlaması durumunda gizlilik ihlal edilmiş olacaktır. Finansörün gizliliğe ilişkin bilgileri kötü niyetli olarak kullanması durumu, avukatın bu bilgileri kötü niyetli olarak kullanmasıyla aynı değildir. Çünkü avukatlar çeşitli meslek kuralları ve etik kurallarıyla bağlıdırlar ve bu durumda kendilerine karşı çeşitli yaptırımlar uygulanabilir. Oysa finansörler açısından böyle bir durum söz konusu değildir²⁷³.

Finansörün gizliliğe ilişkin bilgileri kötü niyetli olarak kullanması durumunda kanaatimizce tahkim davasının tarafları arasında akdedilmiş olan gizliliğe ilişkin anlaşma ihlal edilmiş olacaktır. Bunun sonuçlarına ise gizlilik anlaşmasının nisbililiğı

²⁷⁰ Goeler, **TPF**, s. 325; Aynı yöndeki görüş için bkz. Tamir, **a.g.e.**, s. 2616.

²⁷¹ (RG. Tarih-Sayı: 20.7.2003-25174) Belirtelim ki ilgili tebliğ Sermaye Piyasası Kanunu’na dayanılarak çıkartılmıştır; Ayrıca bkz. Yasan, **a.g.m.**, s. 789.

²⁷² Ayrıca davanın karşı tarafı hakkında öğrendiğı bilgiler sayesinde hakları ihlal edilen başka şirketlerle de yeni davalar açmak için finansör iletişime geçebilecektir. Aynı yönde bkz.; **ICCA Reports No. 4**, s. 118.

²⁷³ ICCA Report, s. 117-118.

gereği bu bilgileri finansörle paylaşan taraf katlanmalı ve gizlilik anlaşması gereği belirlenen zararları tazmin etmelidir. Zira finansör tahkim veya gizlilik anlaşmasının tarafı değildir. Bu yüzden tahkim mahkemelerinin finansörlere bu bilgileri gizli tutmalarına yönelik bir talimat vermeleri de olağan değildir.

Doktrinde finansör ile finansman sağlanan şirket arasında yapılacak olan detaylı ve ayrı olarak hazırlanmış gizlilik anlaşmalarının, özellikle finansman sağlanan tarafları bu tip durumlara karşı koruyucu nitelikte olacağı vurgulanmıştır²⁷⁴. Böylelikle finansörlerin söz konusu nitelikte bir ihlale sebebiyet vermesi halinde finansman sağlanan şirkete karşı sözleşmeden kaynaklı sorumluluğu doğacaktır. Tahkim davasının karşı tarafını da etkileyecek hassas konular için ise karşı tarafa bilgi verilerek finansör ve karşı taraf arasında bir gizlilik anlaşması yapılması gerekliliği yine doktrinde savunulan bir görüştür²⁷⁵. Yukarıda belirttiğimiz gibi bazı bilgilerin finansörlerle paylaşılması tahkimde gizliliğin istisnasını oluşturabilir. Bu sebeple söz konusu bilgilerin finansörlerle paylaşılması hukuka uygun olacaktır. Finansörün hukuka uygun olarak elde etmiş olduğu bu bilgilerin kötüye kullanılmasının önüne geçmek için karşı tarafın böyle bir anlaşma yapmak isteyeceği varsayılabilir. Zira davanın karşı tarafı istese de istemese de finansör bu bilgileri edinebilecektir.

Doktrinde hukuk firmalarının müvekkilleriyle ilgili olan bazı bilgileri finansörlerle paylaşmalarının gizliliğin ihlali anlamına gelebileceği belirtilmiştir²⁷⁶. Anglo-Sakson hukukunda kabul edilen genel görüşe göre, hukuk firmaları müvekkillerinin izin verdiği ölçüde gizliliğe ilişkin bilgilere erişebilir ve bu bilgileri müvekkillerinin yararı için kullanabilirler²⁷⁷. Hukuk firmaları davayla ilgili hangi bilgilerin müvekkille konuşulduğunu davanın karşı tarafına veya mahkemeye açıklamak zorunda değildir.

²⁷⁴ Çalışkan, **a.g.m.**, s. 652; Serhat Çelen, **Third Party Funding in Arbitration: Everyone Deserves A Chance**, 2012, s. 20, <https://www.academia.edu/> (Çevrimiçi), 09.04.2019.

²⁷⁵ Jonas von Goeler, **Show Me Your Case and I'll Show You the Money – How to Balance Conflicts Between Third-Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings**, 2016, (Kluwer Arbitration Blog) (Çevrimiçi) 07.07.2019.

²⁷⁶ Çalışkan, **a.g.e.**, s. 652.

²⁷⁷ Meriam Alrashid, Jane Wessel, John Laird, "Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration", **Dispute Resolution International**, S.6, No:2, October 2012, s. 102-103.

Burada hukuk firmalarına bir tür imtiyaz (*attorney – client privilege*) tanınarak bu bilgileri açıklamamaları sağlanır.

Ancak davaya ilişkin bilgilerin finansör ile paylaşılması halinde bilgiler avukat-müvekkil gizliliğinin (*attorney – client privilege*) dışına çıkacaktır. Bu durumun gizliliğin ihlali anlamına gelip gelmeyeceği oldukça tartışmalıdır ve aynı ülkede dahi değişik uygulamalara rastlanabilmektedir²⁷⁸.

ABD’de görülen *Leader Technologies, Inc. v. Facebook*²⁷⁹ davasında mahkeme bu konuyu tartışmıştır. Patent uyuşmazlığına ilişkin olan bu davada davalı *Facebook* hangi bilgilerin finansörlerle paylaşıldığının açıklanmasını talep etmiştir. *Leader* şirketi ise finansörle paylaşılan bilgilerin müşterek hukuki menfaat (*common legal interest doktrini*) kapsamında korunması gerektiğini belirtmiştir. Bu doktrine göre hukuk firmaları müşterek menfaatleri olan üçüncü kişilerle davaya ilişkin bilgileri paylaşırlarsa avukat – müvekkil gizliliği ihlal edilmiş olmaz²⁸⁰. Ancak mahkeme bu davada herhangi bir finansman anlaşmasının akdedilmemiş olduğunu da gözeterek finansörlerle paylaşılan bilgilerin avukat – müvekkil gizliliğinde olmadığına hükmetmiştir. Ancak bu karar doktrinde eleştirilmektedir²⁸¹. Çünkü mahkeme burada ABD hukukunda çalışma ürünü doktrini²⁸² (*work product doctrine*) adı verilen doktrini gözetmemiştir. Bu doktrine göre avukatlar müvekkillerinin savunma haklarını kullanmaları için yapmış oldukları yazışmaları ve hazırlanan belgeleri, stratejileri üçüncü kişilere sunmak zorunda değildir²⁸³. Hukuk firmaları burada müvekkillerinin yararını gözettiğini ve davanın değerlendirilmesi için finansörlerin risk analizi yapmasının gerekli olduğunu, bu sebeple de çeşitli belgelerin üçüncü kişilerle paylaşılması gerektiğini vurgulayabilirler. Böyle bir durumda, hukuk firmalarının müvekkillerine ait hangi bilgileri finansörle paylaşmış olduklarını

²⁷⁸ Belirtelim ki bu konu özellikle Anglo Sakson hukukunun uygulandığı ülkelerde delil keşfi (*discovery*) aşamasında önem arz eder. Taraflar delil keşfi aşamasında duruşmaya geçilmeden önce karşılıklı olarak delillerin tespit edilmesini sağlarlar. Konuya ilişkin çeşitli davalar hakkında inceleme için bkz. Goeler, **a.g.e.**, s.175-190

²⁷⁹ *Leader Technologies, Inc. v. Facebook, Inc.*, 719 F. Supp. 2d 373 (D. Del. 2010)

²⁸⁰ Kang Haggerty, **Be Careful Before Relying on the Common Interest Doctrine**, 2016, <https://www.khflaw.com/news/careful-relying-common-interest-doctrine/> (Çevrimiçi) 07.07.2019.

²⁸¹ Goeler, **a.g.e.**, s.176.

²⁸² **ICCA Report**, s. 128; <https://www.legalist.com/wiki/privilege-doctrines-in-litigation-funding> (Çevrimiçi) 07.07.2019.

²⁸³ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s.155.

açıklamaları gerekmeyecektir²⁸⁴. Ayrıca *Leader* davasında herhangi bir finansman anlaşması akdedilmemiştir. Ancak finansman anlaşmasının adalete erişim hakkı için gerekli olması, finansman sözleşmesinin tarafın davayı kazanması için hassas bilgiler ve stratejiler içeriyor olması, finansörün dava değerlendirmesinde bulunabilmesi için bilgilerin paylaşımının zorunluluktan kaynaklanması gibi nedenlerle finansörle paylaşılan bilgilerin neler olduğunun açıklanması bir zorunluluk oluşturmamalıdır. Nitekim ABD’de bu yönde bir eğilim başlamış ve bu yönde çeşitli kararlar verilmeye başlamıştır²⁸⁵.

Konu İngiltere’de de Winterthur davasında tartışılmıştır²⁸⁶. Dava tahkim veya üçüncü kişi finansmanı ile doğrudan ilgili değildir. Ancak davada avukatlar üçüncü kişi konumunda olan sigorta şirketiyle çeşitli bilgileri paylaşmışlardır. Mahkeme bu bilgilerin paylaşılmasını hukuka uygun görmüştür. Çünkü mahkemeye göre adalete erişim sağlamak ve hukuki tavsiye almak amacıyla avukatlar gizliliğe ilişkin bilgileri üçüncü kişilerle korkusuzca paylaşabilmelidirler²⁸⁷. Doktrinde olası bir uyuşmazlıkta mahkemenin üçüncü kişi finansörler hakkında da aynı yönde karar vereceği öngörülmektedir²⁸⁸.

Kıta Avrupası hukukunda ise gizliliğe ilişkin bilgilerin finansörlerle paylaşılmasının sınırını, avukatların sır saklama yükümlülüğü oluşturmaktadır²⁸⁹. Çünkü bu yükümlülük avukatlara gizlilikle ilgili bir problem doğduğunda tanıklıktan çekinme hakkı gibi ayrıcalıklar da sağlar²⁹⁰. Ancak hukuk firmalarına bu bilgileri müvekkilleri lehine kullanmaları için Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi bir “imtiyaz” tanınmamıştır. Bu yüzden Kıta Avrupası hukuk geleneğinde, hukuk firmalarının müvekkillerinin işlerinin daha iyi bir şekilde yürütmesini sağlamak için

²⁸⁴ **ICCA Report**, s.129.

²⁸⁵ Goeler, **a.g.e.**, s.190.

²⁸⁶ Bkz. Winterthur Swiss Insurance Co & Or v AG (Manchester) Ltd (in Liquidation) & Ors [2006] EWHC 839 (Comm Ct) (‘Winterthur’), [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D0084461?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D0084461?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1), (Çevrimiçi) 09.06.2019.

²⁸⁷ Nathalie Allen Prince, William Hooker, David Turner, “How Can Arbitrators Best Protect Their Deliberations from Disclosure: New Challenges and Opportunities in England”, ed. Maxi Scherer, **Journal of International Arbitration**, Volume 36, Issue 2, Kluwer Law International, 2019, 269-270.

²⁸⁸ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s.122.

²⁸⁹ Örneğin Türk hukukunda Avukatlık Kanunu md. 31’de bu durum belirtilmiştir.

²⁹⁰ **ICCA Reports**, s. 125.

yaptıkları görüşmeler, Amerikan hukukundaki gibi çalışma ürünü doktrinince (*work product doctrine*) veya müşterek hukuki menfaat doktrinince (*common legal interest doctrine*) korunmaz. Bu yüzden Fransa’da ABD’den farklı olarak gizliliği ilişkin bilgilerin paylaşımı gizliliğin doğrudan ihlali anlamına gelmektedir²⁹¹. Ancak avukatların bu ihlallerinden dolayı sorumlu tutulması ve hangi bilgileri paylaştıklarını açıklaması pek olası değildir. Çünkü avukatlar Kıta Avrupası hukuk geleneğinde sır saklama yükümlülüğüne ve tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler. Olası bir ihlal iddiasında bu haklarını kullanarak hangi finansörle, ne tür bilgileri paylaştıklarını açıklamayabilirler. Diğer bir deyişle, Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı bir tahkim davasında, karşı taraf tahkim mahkemesinden gizliliğe ilişkin hangi bilgilerin finansörle paylaşıldığının bilgisini talep ettiğinde, sır saklama yükümlülüğü altında olan hukuk firması bu soruyu cevapsız bırakabilir²⁹². Bu yüzden kanımızca pratik anlamda avukatlar “müvekkillerinin yararı” için hem Anglo Sakson hukuk geleneğinde hem Kıta Avrupası hukuk geleneğinde finansörle gizliliğe ilişkin bilgileri paylaşabilirler ve hangi bilgileri paylaştıklarını açıklamak zorunda değildirler.

Ayrıca belirtelim ki finansörlerin tahkimin gizliliğini ihlal etmesi, yatırım tahkiminde ticari tahkime göre daha düşük bir ihtimaldir. Zira şeffaflık ilkesi gereği ticari tahkime oranla yatırım tahkiminde gizliliğe daha az rastlanılır²⁹³. Yatırım tahkiminde kamuoyunun davaya ilişkin verilere ulaşmasına daha çok imkân tanınır. Kanımızca finansörler de bu durumdan yararlanabilir.

²⁹¹ Charles Kaplan, “Chapter 6. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor and Antonias Dimolitsa Volume 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 72.

²⁹² **ICCA Report**, s. 125.

²⁹³ Ataman Fıganmeşe, **a.g.m.**, s. 91.

IV. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ AÇIKLANMA ZORUNLULUĞU

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşması yapılırken taraflar bakımından olmazsa olmaz şartlardan birisi de “hakemlerin tarafsız ve bağımsız” olmasıdır²⁹⁴. Tahkim hakemlerinin, tarafsızlığına ve bağımsızlığına güvenilmesi, tahkimin devlet mahkemelerine göre tercih sebebi olması için önemli bir nedendir. “Bağımsızlık”, hakemler ve taraflar arasında hakemlerin karar verme özgürlüğünü etkileyebilecek mevcut veya geçmiş bir ilişkinin olmamasıdır²⁹⁵. “Tarafsızlık” ise hakemlerin taraflardan veya taraf avukatlarından herhangi birine eğilimli olmaması ve öznel yaklaşmamasıdır²⁹⁶. Tahkim davasında finansörler ile hakemler arasında mevcut veya geçmiş bir ilişkinin varlığıysa hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına gölge düşürebilecek bir husustur. Gerek hakemlerin kendi tarafsızlık ve bağımsızlıklarını değerlendirebilmeleri, gerekse de karşı tarafın finansör ve hakemler arasındaki ilişkinin boyutunu değerlendirebilmeleri için finansman varlığının açıklanmasının gerekli olduğu doktrinde sıklıkla vurgulanan konulardan biridir²⁹⁷.

Tahkim davasında finansörün varlığının açıklanmasının gerekli olmadığını savunan görüşe göre, tahkimde finansörün varlığı, finansör ve finansman sağlanan taraf arasındaki özel bir sözleşmeye dayanmaktadır. Tahkim anlaşmasından bağımsız olan bu sözleşmenin, hakemlerin karar vermelerine ilişkin bir etkisi de olmamalıdır. Finansörler sadece kazanacakları davalara yatırım yapacakları için, finansörün

²⁹⁴ Süheyla Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, 1. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 38.

²⁹⁵ Didem Kayalı, “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesinin İngiliz Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı (Rona Aybay’a Armağan)**, C.2, İstanbul, 2014, s. 1485, 13.04.2019; Bağımsızlık bir başka tanımda ise hakemlerle taraflar arasında profesyonel, ekonomik veya kararı etkileyebilecek nitelikte bir değer ilişkisinin olmaması ve buna bağlı olarak da taraflara objektif davranılması olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, **MHB**, Cilt 4, S. 1, 1984, s. 29-30.

²⁹⁶ Görüldüğü üzere bağımsızlık tarafsızlığa göre daha nesnel bir kavramdır. Çünkü tarafsızlık daha çok bilince ilişkindir. Özge Tosun, Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 84, Ağustos 2013, s. 93-95.

²⁹⁷ Kayalı, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, s. 98.

varlığını bilmek hakemlerde “önyargı” oluşturabilir. Bu sebeple finansman sözleşmesinin varlığını açıklamak zorunlu olmamalıdır²⁹⁸.

Karşı görüşe göre ise tahkimde finansörün varlığı hakemlerin bağımsızlığını etkileyebilecek bir durumdur. Finansör ve hakem arasında özellikle ekonomik bir bağlantının olduğu durumlarda hakem kararının “iptali” veya “ıcrasının mümkün olmaması” gibi ağır sonuçlar oluşabilir²⁹⁹. Aynı zamanda tarafsızlık ve bağımsızlığa yönelik sorunlar hakemlerin reddi için de bir nedendir. Finansörlerin uygulamada hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına etki etmesi oldukça muhtemeldir. Bu sebeple finansman anlaşmasının varlığının açıklanması zorunludur.

Öncelikle hakemlerin birçoğu aynı zamanda hukuk firmalarında avukatlık mesleğini de icra ederler. Hakemlerin avukat sıfatıyla çalıştıkları başka bir davada ilgili finansörden müvekkilleri için finansman sağlamış olmaları veya sağlamaya çalışmış olmaları muhtemeldir. Finansör ve hakemler arasındaki bu ilişki hakemlerin bağımsızlığını doğrudan etkileyecektir. Yine hakemler ilgili davada çalışmış olmasalar bile, avukat sıfatıyla çalıştıkları hukuk firmalarının finansörle olan ilişkisi hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek nitelikte bir ilişkidir³⁰⁰.

Finansörler finansman sağlamadan önce kapsamlı risk analizleri yapar. Elbette bu risk analizinde deneyimli hakemlerin görüşleri çok değerli olacaktır. Bu yüzden uygulamada birçok finansör hakemlerden yatırım yapacakları davalara ilişkin tavsiyeler alır. Tahkim davasında, hakemler ve finansörler arasında böyle bir mevcut

²⁹⁸ Laurent Lévy ve Regis Bonnan, “Chapter 7. Third - Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings”, **Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor and Antonias Dimolitsa , Volume 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 79.

²⁹⁹ Birçok tahkim merkezi de tarafsızlık ve bağımsızlık için çeşitli yaptırımlar içeren kurallar belirlemişlerdir, bkz. Osmanoğlu, **a.g.m.**, s. 332; Bkz. Londra Tahkim Merkezi Kuralları madde 10 (2) and (3); ICC Tahkim Kuralları, madde 14 (1); UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 12; ICDR Tahkim Kuralları, madde. 8 (1); SIAC Rules 2010, Art. 11 (1); HKIAC Tahkim Kuralları madde. 11 (4); CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) Arbitration Rules Tahkim Kuralları madde 29 (2); Ayrıca bkz. New York Konvansiyonu md. 5/d.

³⁰⁰ Osmanoğlu, **a.g.m.**, s. 334.

veya geçmiş danışmanlık ilişkinin varlığı, yine hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığını etkileyebilecektir³⁰¹.

Finansörler halka açık bir şirket haline gelmiş olabilirler. Böyle bir durumda hakemlerin doğrudan finansörlerin hisselerini edinmiş olmaları mümkündür. Şüphesiz bu durum da hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına gölge düşürecektir³⁰². Daha ciddi bir durum ise finansörlerin halka açık olmadığı durumda, hakemlerin doğrudan finansör şirkette pay ve söz hakkı sahibi olduğu hallerde gündeme gelecektir.

Bir başka tartışılmalı nokta ise bir tarafın üçüncü kişi finansmanından yararlandığı davada, hakemlik yapmış olan kişinin, yeni bir dava için yine aynı finansör tarafından tekrardan hakem olarak belirlenmesinin bağımsızlık ve tarafsızlığa gölge düşürüp düşürmeyeceği meselesidir³⁰³. Böyle bir durumda kanaatimizce yine hakemlerin bağımsızlığı etkilenmiş olacaktır. Hakemlik maddi karşılığa bağlı olarak icra edilen bir meslektir. Bu sebeple önceki davanın giderlerinin finansör tarafından karşılanmış olması hakem ve finansör arasında hukuka uygun da olsa bir ekonomik ilişkinin gerçekleşmiş olduğunu gösterir. Çünkü hakemlerin ücretleri yargılama giderleri arasındadır ve yargılama giderleri geçmiş davada finansör tarafından karşılanmış olacaktır. Bu ekonomik ilişki hakemlerin bağımsızlığını etkileyebilecek bir husustur.

Tahkim davasında finansörlerin varlığının hakemlerin bağımsızlığına etki edeceği durumlara ait örnekleri arttırmamız mümkündür. Görüldüğü üzere finansörlerin davaya dahil olması gerçekten de tarafsızlık ve bağımsızlık üzerine büyük sorunlar doğurabilecektir ve bu durum oldukça muhtemeldir. Bundan dolayı, üçüncü kişi finansmanının varlığının açıklanması zorunlu olarak görülmektedir. Nitekim konuyla ilgili yapılmış bir anket çalışmasına katılanların %76'sı finansörlerin varlığının açıklanmasını zorunlu olarak gördüklerini belirtmişlerdir³⁰⁴.

³⁰¹ Nadia Darwazeh, Adrien Leleu, "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding", **Journal of International Arbitration**, Vol. 33, Issue 2, Kluwer Law International, 2016, s. 132.

³⁰² Osmanoğlu, **a.g.m.**, s. 335.

³⁰³ **A.e.**, s. 334.

³⁰⁴ Konuyla ilgili bkz. **2015 International Arbitration Survey: "Improvements and Innovations in International Arbitration"**, Queen Mary, University of London and White & Case, s. 48, https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmulinternationalarbitration-survey-2015_0.pdf, (Çevrimiçi) 14.05.2019.

Kanaatimizce de tahkim davası başlamadan önce bağımsızlığa ilişkin hususların değerlendirebilmesi için hakemlerin davada kimin finansör olarak yer aldığını öğrenmeleri zorunludur. Nitekim 15 Mart 2019 tarihli ICSID Kural Değişikliği³⁰⁵ Tasarısı madde 13’de tahkimde üçüncü kişi finansmanının açıklanma nedeni hakemlerin sağlıklı bir şekilde bağımsız ve tarafsız olacaklarına dair taahhütte bulunabilmesi olarak belirlenmiştir. Ayrıca tahkim davasında finansmandan yararlanmayan taraf da hakem ve finansörler arasında bir ilişkinin varlığından haberdar olmak isteyecektir. Bu sebeplerden dolayı kanımızca tahkimde verilecek olan kararın icrasının kolaylaşması ve bu kararın güvenilir olması açısından finansman varlığının açıklanması bir zorunluluktur. Aksi takdirde tahkimde verilen karar sağlıklı olamayacaktır ve verilen kararın icra aşamasında sorunlar çıkacaktır. Çünkü finansörlerin davanın tarafsızlık ve bağımsızlığına etki etmiş olma ihtimaline dair şüpheler giderilmemiş olacaktır.

Finansmanın varlığı gönüllü olarak açıklanmak istenebilir. Buradaki amaç tarafların, hakem heyetine ve karşı tarafa finansman bakımından sıkıntı çekmediklerini ve davada ellerinin güçlü olduğunu göstermek olacaktır³⁰⁶. Finansörün varlığından haberdar olan karşı tarafın uzlaşmak istemesi mümkündür. Ayrıca finansörler reklam yapmak³⁰⁷ ve bu sayede yeni davalara finansman sağlamak amacıyla da davalara finansman sağladıklarını duyurmak isteyebilirler³⁰⁸.

Bazen de finansman varlığının açıklanması zorunluluktan kaynaklanır. Örneğin halka arzedilmiş olan finansörlerin böyle bir bilgiyi açıklamaları zorunlu olabilir. Finansör şirketin hisselerine sahip olan kişiler yatırımlarının ne şekilde kullanıldığını görmek isteyecelerdir. Bu yüzden borsada işlem gören finansör şirketlerin, hangi davalarda yatırım yaptıklarıyla ilgili hissedarlarının bilgilendirmeleri gerekecektir. Yine yatırım tahkiminde şeffaflık ilkesi gereği finansörlerin varlığının açıklanması gündeme gelebilir³⁰⁹. Belirtelim ki böyle durumlar genellikle tahkimin gizliliğinin

³⁰⁵ Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments>, (Çevrimiçi) 25.05.2019.

³⁰⁶ Yukarıda da belirttiğimiz üzere finansör şirketler büyük ihtimalle kazanacakları davalara yatırım yapmaktadır.

³⁰⁷ Bentham Imf isimli finansör, websitesi üzerinden hangi davalara finansman sağladığını duyurmaktadır. Bkz. <https://www.imf.com.au/cases> (Çevrimiçi) 18.08.2019.

³⁰⁸ Goeler, **TPF**, s. 127.

³⁰⁹ Bonnan, Levy, **a.g.m.**, s. 78; Goeler, **TPF**, s. 128.

istisnaları arasında görülecektir³¹⁰. Çünkü devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda bazı bilgilerin açıklanmasında kamu yararının gizlilikten önce geldiği belirtilmektedir³¹¹.

Bu durumlar dışında finansman sağlanan şirket ve finansör arasında çeşitli uyuşmazlıklar çıkabilir. Bu uyuşmazlıkların temelinde davayı kimin yöneteceği meselesi, finansman sözleşmesine aykırılık, yargılama sonucundan alınan payın finansöre zamanında ödenmemesi gibi nedenler olabilir. Bu uyuşmazlıklar devlet mahkemelerinde görüldüğü takdirde finansman varlığı da açıklanmış olacaktır³¹². Çünkü devlet mahkemelerinde genellikle “aleniyet prensibi” uygulanır.

Finansman sözleşmesinin tarafları her zaman finansman anlaşmasının varlığını açıklamak konusunda istekli olmazlar. Tarafların finansman anlaşmasını açıklamaları için çeşitli kurallar üretilmiştir. 2014 yılına kadar tahkim kurallarında, doğrudan doğruya finansörün varlığını açıklama zorunluluğunu belirleyen bir yasa yoktur³¹³. Ancak bazı ilgili kurallar sayesinde açıklanma zorunluluğu yine de oluşabilmekteydi. Aşağıda hangi kuralların tahkimde üçüncü kişi finansmanını açıklama zorunluluğuna neden olabileceği tartışılmıştır.

B. Finansman Sözleşmesinin Açıklanmasını Gerektiren Durumlar

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının açıklanmasının “menfaat ihtilaflarını önlemek” (*conflict of interests*) için zorunlu olduğuna dair görüş birliği oluşmuştur. Ancak bu açıklamanın her dava için koşulsuz olacak şekilde mi yoksa sadece hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığının etkilenebileceği durumlarda mı yapılması gerektiği tartışmalıdır. Diğer bir ifadeyle finansmandan yararlanan tarafın, finansmandan yararlandığını sadece hakemler ve finansör arasında mevcut veya geçmiş ilişkinin olduğu durumlar için mi yoksa her koşulda mı açıklanması gerektiği tartışmalıdır.

³¹⁰ Yasan, **a.g.m.**, s. 789.

³¹¹ Tüysüz, **a.g.m.**, s.863.

³¹² Goeler, **TPF.**, s. 128-129.

³¹³ Osmanoğlu, **a.g.m.**, s. 337.

Doktrinde bir görüşe göre³¹⁴ finansör ve davacının isteyeceği en son şey aldıkları kararın icra kabiliyetinin olmaması veya iptal edilmesidir. Bu yüzden taraflar finansman sözleşmesine ilişkin hangi bilgilerin açıklanması gerektiğini ve nelerin bağımsızlık ve tarafsızlığa etki edeceklerini kendileri değerlendirmeli ve bizzat kendileri finansman varlığını açıklayıp açıklamamaya karar vermelidir. Bu görüşe göre finansmandan yararlanan taraf ve finansör hakem hakkında kapsamlı bir araştırma yapacak ve bu araştırmanın sonunda hakemlerle ilişkili olduklarına karar verilerse bu durumu açıklamak zorunda kalacaklardır. Yani hakem ve finansör arasında geçmiş bir etkileşim yoksa finansman varlığının açıklanması da gereksiz olacaktır³¹⁵. Bu düşüncenin altında yatan neden hakemlerin ve davanın karşı tarafının finansmanın varlığını her koşul için değil sadece bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin bir problem olduğu takdirde bilmesi gerekliliğidir. Hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin bir problem yoksa hakemlerin bu finansmandan haberdar olmaması onların davaya daha önyargısız ve tarafsız yaklaşmasını sağlayacaktır. Ayrıca bağımsızlık ve tarafsızlığı gölgeye düşüren bir ilişki olsa bile hakemler bu durumu bilmiyorlarsa hakemlerin bağımsızlığı da etkilenmeyecektir³¹⁶.

Ancak kanaatimizce finansman sözleşmesinin varlığı, finansman sağlanan tarafça herhangi bir ilişkinin varlığı aranmadan açıklanmalıdır. Bu durum tahkim usulüne uygulanacak hukuk kurallarında bir an önce düzenlenmelidir. Böylelikle finansman sözleşmelerinin varlığı sistematik olarak her dava için açıklanabilecektir. Aksi takdirde hakemler finansmanın varlığından haberdar olmayabilirler. Böylelikle bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin bir sorunun olup olmadığını değerlendiremezler³¹⁷. Kanaatimizce bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin değerlendirme sadece finansmandan yararlanan tarafça incelenip karar verilecek bir husus değildir. Bu konuda hakemlerin ve davanın karşı tarafının da araştırma yapmasına izin verilmesi bir zorunluluktur. Bu araştırmanın yapılabilmesi içinse finansörün kim olduğunun bilinmesi şarttır. Kaldı ki finansörler tahkim davasına taraf dahi değildirler. Bu yüzden tahkim kurallarıyla bağlı

³¹⁴ **ICCA Report**, s. 111; *EnroGas inc. And Belmont Resources inc. v. Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/14/14) davasında, davacı kendiliğinden finansman varlığını açıklamıştır, bkz. Kayalı, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, s. 101.

³¹⁵ **ICCA Report**, s. 111.

³¹⁶ **ICCA Report**, s. 112.

³¹⁷ **ICCA Report**, s. 112.

da değildir. Onlardan böylesine önemli bir konuda inceleme yapmalarını ve dürüst davranmalarını beklemek çok güvenilir bir yol olmayacaktır³¹⁸. Zira hakem heyeti finansör aleyhine bir karar verecek güce sahip değildir. Çünkü finansörler tahkim anlaşmasına taraf değildirler. Ayrıca finansmandan yararlanmayan tarafın bağımsızlık ve tarafsızlığa gölge düşürecek bir durumun varlığını değerlendirip hakemin reddini isteyebilmesi gerekir. Ancak finansörün kimliğinden haberdar olmazsa böyle bir incelemeyi de tam olarak gerçekleştiremez. Bu sebeplerden dolayı finansörün açıklanması gerekliliği kanımızca tahkim kuralları tarafından zorunlu kılınmalıdır.

C. Finansman Sözleşmesine Dair Açıklanması Gereken Bilgiler

Finansman sözleşmesine ilişkin hangi bilgilerin açıklanması gerekliliği konusunda bir kesinlik sağlanamamıştır³¹⁹. Kanımızca amacın bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin sorunların çözülmesi olduğu unutulmamalıdır. Bu yüzden konu yargılama giderleri gibi unsurlara ilişkin olmadığı sürece, sadece finansörün varlığının ve kimliğinin açıklanması yeterli olacaktır³²⁰. Finansman sözleşmesinin bütün halinde açıklanması gerekmecektir. Tahkim mahkemeleri de genellikle bu yönde karar vermektedirler³²¹. Örneğin *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*³²² davasında hakem heyetinin başkanı, davacının sadece “isim” finansör şirketi açıklamasının makul olduğunu ifade etmiştir³²³. PCA’de görülen *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivia*³²⁴ davasında ise davalı yargılama giderleri için teminat kararı verilmesi gerektiğini öne sürmüştü ve bu kararın verilmesi için de finansman anlaşmasının koşullarının açıklanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak hakem heyeti davalı tarafın zaten yargılama giderleri için teminat yatırmayı kabul ettiğini belirterek bu talebi reddetmiştir³²⁵. Hakem heyetinin

³¹⁸ ICCA Report, s. 112.

³¹⁹ Osmanoğlu, a.g.m., s. 343.

³²⁰ Stoyanov, Owczarek, a.g.m., s. 175.

³²¹ ICCA Report, s. 106.

³²² *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14 (Çevrimiçi) 08.08.2019.

³²³ Victoria Sahani/Mick Smith/Christiane Deniger, “Third Party Financing in Investment Arbitration”, **Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration**, ed.: Christina L. Behary, Leiden Boston Brill Nijhoff, 2018, s. 43.

³²⁴ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivia* (PCA Case No. 2013-15).

³²⁵ Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.101.

kararından, davacının yargılama giderleri için teminat yatırmayı kabul etmemiş olması durumunda, hakem heyetinin finansman koşullarının açıklanma talebini farklı değerlendirebileceği anlaşılmaktadır.

Gerçekten de finansman anlaşması içerisinde gizliliğe ilişkin bilgiler yer alabilir. Yine ticari bakımdan taraflar için hassas meseleler yer alabilir. Ayrıca finansman sözleşmesi tarafların tahkimde izleyecekleri stratejilere ilişkin bilgileri de barındırıyor olabilir. Örneğin finansman sözleşmesi içerisinde davacının, karşı taraftan alınacak belirli bir miktar karşılığında uyuşmazlığı sona erdirileceğinin belirlenmiş olması mümkündür. Davalı taraf bu bilgiyi öğrendiği takdirde, davacı pazarlık edemez hale gelir. Kanımızca bu yüzden her türlü bilginin açıklanması makul değildir.

PCA’de görülen *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivia*³²⁶ yatırım tahkimi davasında davacı gönüllü olarak finansmandan yararlandığını açıklamıştır. Bolivya Devleti ise davacının, finansörün kimliğini ve finansman anlaşmasını açıklamasını istemiştir. Ancak davacı finansman anlaşmasının ticari bakımdan hassas bilgileri içerebileceğini ve ayrıca mahkemede çeşitli önyargılar oluşturabileceğini belirterek bu talebi reddetmiştir. Hakem heyeti ise finansman sözleşmesinin şartlarının, bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin olmadığını bu yüzden sadece finansörün kimliğinin açıklanması gerektiğine hükmetmiştir. Kanaatimizce de üçüncü kişi finansmanının varlığının dava giderleri hakkında bir etkisi bulunmuyorsa, finansman sözleşmesinin içeriğini açıklamak davacı ve finansör arasındaki anlaşmanın gizliliğini ihlal edecektir. Ayrıca finansman anlaşmasının içeriğinden tarafın davasının zayıf mı güçlü mü olduğu da anlaşılabilir ve bu durum hakem heyetinde bir önyargı oluşturabilir³²⁷.

³²⁶ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivia* (PCA Case No. 2013-15), Procedural Order No. 10 (11 January 2016) para. 13, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>, (Çevrimiçi) 23.06.2019

³²⁷ Christopher P. Bogart, “Third-Party Financing of International Arbitration”, **b-Arbitra Belgian Review of Arbitration**, Vol. 2017, Issue 2, eds.: Annet van Hooft and Jean-François Tossens, Wolters Kluwer, 2017, s. 321.

D. Finansman Sözleşmesinin Açıklanmamasının Yaptırımı

Finansman sözleşmesinin açıklanma zorunluluğu davada uygulanacak tahkim kurallarından kaynaklanabilir. Yine hakemler tahkim kurallarına dayanarak finansman ilişkisinin açıklanması gerektiği yönünde karar verebilirler. Ancak finansman ilişkisinin açıklanmamasının yaptırımı tahkim kurallarında genellikle belirtilmez. Diğer bir deyişle finansman sözleşmesini açıklamayan taraf için doğrudan bir yaptırım belirlenmemiştir. Finansman sözleşmesinin açıklanmama nedenine bağlı olarak bir yaptırım oluşacaktır. Örneğin hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına etkili bir konuda açıklamanın gerekli olmasına rağmen, bu açıklamanın yapılmamış olması, hakemlerin reddi için veya tahkim mahkemesinin kararının iptali için bir neden oluşturabilecektir³²⁸. Burada davanın karşı tarafı finansman anlaşmasının varlığını bir şekilde farkedirse New York Anlaşması madde 5/1/d'ye dayanarak hakem mahkemesinin teşekkülünün tarafların anlaşmasına uygun bir şekilde kurulmadığını ileri sürebilir. Böylelikle davayı kaybeden taraf, hakem kararının tanınmasının ve icra edilmesinin önüne geçebilir.

Finansman sözleşmesinin açıklanması dava sonucunda yargılama giderlerinin davacı aleyhine yükletildiğinde bu ödemenin finansör tarafından yapıp yapılmayacağını anlaşılmaması için de istenebilir. Burada finansman sözleşmesinin koşullarına göre mahkeme bir taraf aleyhine yargılama giderleri için teminat yatırılmasına karar verebilecektir. Mahkemenin bu kararına rağmen davacı finansman sözleşmesini açıklanmadığında hakemler, davacının aleyhinde hükmedilecek yargılama giderlerini karşılayamayacağını varsayabilir ve buna bağlı olarak da yargılama giderleri için teminata hükmedebilir.

Ayrıca hakem heyeti finansman sözleşmesinin açıklanmasının zorunlu olmasına rağmen, bu sözleşmenin varlığını açıklamayan tarafın “iyi niyet ilkesine” aykırı şekilde davranışlar sergilediğini öngörebilir³²⁹. Bu durum Milletlerarası Tahkimde

³²⁸ Goeler, TPF, s.157.

³²⁹ A.e.

Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları'nda³³⁰ da öngörülmüştür. Bu kurallar hakemler ve taraflar için gösterici niteliktedir. İlgili madde 9/7'de "*Hakem Heyeti Taraflardan birinin delillerin ikamesi konusunda iyiniyetli davranmadığına karar verirse; Hakem Heyeti, işbu Kurallara göre alınabilecek diğer her türlü tedbirin yanı sıra, bu durumu, delil ikamesiyle ilgili veya delil ikamesinden doğan masraflar da dâhil olmak üzere, tahkim masraflarına ilişkin karar verirken dikkate alır.*" şeklinde belirlenmiştir. Yani hakem heyeti açıklanma zorunluluğuna rağmen üçüncü kişi finansmanı sözleşmesinin açıklanmaması üzerine, tahkim masraflarına ilişkin karar verirken davacının iyi niyetli davranmadığını gözetebilir.

E. Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Açıklanmasına Yönelik Yol Gösterici Nitelikte Düzenlemeler

1. Menfaat Çatışmaları Hakkında Milletlerarası Barolar Birliği Rehber İlkeleri

2004 yılında Uluslararası Barolar Birliği tarafından oluşturulmuş IBA Rehber İlkeleri'nin³³¹ amacı tahkimde tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin sorunların çözülmesi için ortak bir kurallar birliği oluşturmaktır³³². Rehber niteliğinde olan bu ilkeler bir ölçüde amacına ulaşmıştır. Birçok hukuk firması ve hakemler, bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin sorunlar hakkında nasıl bir yöntem izlemeleri gerektiğinin cevabını bu ilkelerde bulabilmiştir. Hatta öyle ki tahkim mahkemeleri kararlarında ilgili kurallara doğrudan atıflarda bulunmuşlardır³³³. Adından da anlaşılacağı üzere, taraflar

³³⁰ 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC> (Çevrimiçi) 14.08.2019.

³³¹ 22 Mayıs 2004 Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin Uluslararası Barolar Birliği Kılavuz Rehberi için bkz. <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=21D27F55-134B-4791-A01C-F8B6658BAB24>, (Çevrimiçi) 15.06.2019;

Nathalie Voser, Angelina. M. Petti, "The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", **ASA Bulletin**, Volume 33, Issue 1, Association Suisse de l'Arbitrage and Kluwer Law International, s. 8.

³³³ Örnekler için bkz. Alpha Projectholding GMBH v Ukraine ICSID Case No. ARB/07/16; Hrvatska Elektroprivreda v. Slovenia ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on Disqualification (K.t. 6 May 2008).

zorunlu bir şekilde uygulanacağını belirtmediği sürece, bu ilkeler “rehber niteliğinde” olmaktan öteye geçemeyeceklerdir.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının gelişmesi, bağımsızlık ve tarafsızlık hakkında bazı endişeleri arttırmıştır. Bu sebeple, 2014 yılında IBA, kurallarını revize ederek rehber ilkelerini yayımlamıştır. Bu ilkeler tahkimde üçüncü kişi finansmanını konu alan ilk düzenlemelerdir³³⁴. Belirtelim ki bu ilkeler yatırım tahkimi ve ticari tahkim ayrımı gözetilmeksizin ve hakemlerin hukukçu olup olmadığı önemsenmeksizin dikkate alınır.

IBA Rehber İlkeleri iki bölümden oluşur. İlk bölümde tarafsızlık, bağımsızlık ve bildirim yükümlülüklerine ilişkin genel standartlar saptanmışken, ikinci bölümde ise ilgili ilkelerin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı örneklerle ve listelere yer verilmiştir³³⁵.

IBA İlkeleri Genel Standartlar md. 1 ve md. 2’de hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlıkları hakkında şüphe halinde tahkim davasına bakmamaları gerektiği vurgulanmıştır³³⁶. Madde 6’da İlişkiler başlığı altında ise hakemlerin, çalıştıkları hukuk firmalarıyla taraflar arasında potansiyel bir menfaat ihtilafının olup olmadığının her davada ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği söylenmiştir. Burada hakemlerin taraflarla ilişkili olan geçmiş bir davada, görev almış olmasının “doğrudan” bağımsızlığın zedelendiği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Kısacası md. 6’da taraflar ile hakemler arasındaki ilişkinin tek başına bağımsızlık ve tarafsızlığı ortadan kaldırmayacağı ve her davada bu durumun ayrı ayrı incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Davanın taraflarından birinin bir şirket grubunda yer alması ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda da hakemlerin bu şirket grubu içerisindeki diğer şirketlerle ilişkisi

³³⁴ **ICCA Report**, s. 87; Düzenlemenin Türkçe çevirisi için bkz. www.ibanet.org (Çevrimiçi) 14.06.2019; Didem Kayalı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 187-204.

³³⁵ Kayalı, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, s. 99; Margaret L. Moses, **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, 3. Baskı, Cambridge University Press, 2017, s. 160-170.

³³⁶ Maddenin açıklamasına göre buradaki “şüphe” kavramı sadece hakemlerin subjektif değerlendirmeleri bakımından belirlenmeyecektir. Objektif bir üçüncü kişinin bakış açısından hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürecek bir durum varsa, hakemlerin ilgili davayı reddetmeleri veya ilgili davadan el çekmeleri gerekecektir.

onların bağımsızlığını doğrudan zedelemeyecektir. Her ilişki için yine ayrı ayrı bir değerlendirme yapılacaktır³³⁷.

IBA Rehber İlkeleri md. 6/b ise tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile doğrudan ilgilidir. İlgili maddede davada yer alan şirket üzerinde etkin olabilecek kişilerin veya şirketten doğrudan ekonomik çıkar elde edebilecek kişilerin “ taraflarla özdeş olarak ele alınacağı” ve hakemlerle ilişkilerinin buna göre değerlendirileceği belirtilmiştir. Maddeden anlaşılan, davanın bir tarafı üzerinde kontrol edici bir etkisi bulunan veya hakem heyetinin kararından doğrudan menfaat sağlayabilecek olan veya karara bağlı olarak tazminat sorumluluğu doğabilecek olan kişilerin, ilgili tarafla özdeş olarak değerlendirileceğidir³³⁸. Madde gerekçesinde, şirket üzerinde etkin olabilecek kişilerden, şirketin yönetiminde yer alan kişiler, şirket grubu içinde yer alan başka bir şirket gibi ögelerin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Daha sonra 2014’te yapılan yenilikle maddeye “doğrudan ekonomik çıkarı bulunanlar” ibaresi eklenmiştir. İlgili maddenin açıklamasında bu ibareden anlaşılması gerekenin “finansörler ve sigortacılar”³³⁹ olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple IBA Menfaat Çatışmaları Hakkında Rehber İlkeleri md. 6/b gereği hakemlerin bağımsızlığı değerlendirilirken finansörler “ taraflarla özdeş” olarak değerlendirilecektir.

Maddeyle ilgili dikkat edilmesi gereken noktalardan birisi de “doğrudan ekonomik çıkarı bulunanlar” şeklindeki ifadedir. Bu ifadeden “kâr amacı gütmeyen finansörlerin” bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceği anlaşılabılır. Bu sebeple IBA Rehber İlkeleri bakımından kâr amacı gütmeyen finansörlerin açıklanma zorunluluğu da olmayacaktır³⁴⁰.

Ancak belirtelim ki IBA Rehber İlkeleri madde 6/a her ilişkinin açıklanması gerektiğini veya her ilişkinin menfaat ihtilafına neden olacağını belirtmemektedir. Bu bakımdan her dava için tarafların bizzat kendileri tarafından bir değerlendirme

³³⁷ Goeler, **TPF**, s. 259.

³³⁸ Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.102.

³³⁹ Sigortacı ve finansör kavramları maddenin açıklama kısmında doğrudan vurgulanmıştır. Goeler’e göre finansör terimine maddede değil de maddenin açıklama kısmında yer verilmesi “üçüncü kişi finansör” tanımından ne anlaşılması gerektiğinin henüz belirgin olmamasından kaynaklanmıştır. Bkz. Goeler, **TPF**, s. 260.

³⁴⁰ Aynı yönde bkz. **ICCA Report**, s. 90.

yapılması gerektiği belirlenmiştir. Maddenin açıklamasında yer aldığı üzere, taraflar kendilerini makul bir üçüncü kişinin yerine koyarak, durumu değerlendirmeli ve karar vermelidirler. Yani taraflar olabildiğince nesnel davranmaya çalışmalıdırlar. IBA Rehber İlkeleri md. 6/b gereği finansörlerin de hakemlerle olan ilişkileri değerlendirilmeye alınacaktır ve bu değerlendirmede finansörler adeta o davanın tarafıymış gibi düşünülecektir.

IBA 2014 Rehber İlkeleri Genel Standartlar md. 7’de ise taraflara bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin meselelerde bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddeye göre finansörlerin varlığı, bağımsızlık ve tarafsızlığı etkiliyorsa taraflar bu durumu derhal hakeme, hakem heyetine, karşı tarafa ve varsa başka bir atanmış makama bildirmekle yükümlüdürler.

Gerçekten de hakemin üçüncü kişi finansörün varlığını dahi bilmemesi olağandır. Bu yüzden taraflara böyle bir yükümlülük yüklenmesi yerindedir³⁴¹. IBA Rehber İlkeleri md. 7/c ise hakemlerin resen tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin makul bir araştırma yapması gerektiğini belirtir. Maddede doğrudan belirtilmemiş olmasına rağmen, maddenin açıklamasından anlaşılabileceği üzere, hakem bu maddeye dayanarak finansörün varlığının açıklanmasını taraflardan isteyebilir³⁴².

IBA Rehber İlkeleri’nin İkinci Bölümü’nde ise pratikte karşılaşılabilecek çeşitli örnekler verilir listeler oluşturulmuştur. Tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin oluşabilecek problemin ağırlığına göre listelere kırmızı, turuncu ve yeşil renkler verilmiştir. Kırmızı liste, “vazgeçilebilir (*waivable*) kırmızı liste” ve “vazgeçilemez (*non-waivable*) kırmızı liste” şeklinde ikiye ayrılır. Vazgeçilemez kırmızı liste, hiç kimsenin kendi yargıcı olmaması (*nemo judex in sua causa*) ilkesine dayanır. Vazgeçilebilen kırmızı liste ise yine bağımsızlık ve tarafsızlık üzerine “ciddi” problemlerin çıkabileceği durumlar hakkındadır. Hakemler ancak iki tarafın da bu durumu bilmesi ve onaylaması şartıyla bu davalara bakabilir. Turuncu liste ise tarafların durumu açıklamasının gerekli olduğu hallerde söz konusu olur. Burada taraflar veya hakemler durumu açıklarlar ve karşı taraf itiraz etmez ise hakemler

³⁴¹ Osmanoğlu, **a.g.m.**, s. 344.

³⁴² Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 16.

davaya bakmaya devam edebilirler. Yeşil listede ise tarafların açıklamamalarının makul karşılanabileceği ve aslında tarafsızlık ve bağımsızlığa pek de etki etmeyecek meseleler yer alır.

IBA Rehber İlkeleri, yol gösterici nitelikte olup, taraflar arasında bir anlaşma yoksa uygulanmazlar. Ancak mahkemelere de yol göstermesi bakımından IBA Rehber İlkeleri önemlidir. İlgili ilkeler bağlayıcı olmasalar da uygulamada hakemlerin görüşlerini de etkiler. Örneğin Muhammet Çap vs Türkmenistan³⁴³ davasında Türkmenistan devleti finansman varlığının ve koşullarının açıklanmasını talep etmiştir. Mahkeme başlangıçta bu talebi reddetmiştir. Gerekçesinde ise finansman varlığının açıklanması için;

- Üçüncü kişi finansör ve hakemler arasında olası menfaat ihtilaflarının önlenmesi,
- Tahkimde şeffaflığın sağlanması,
- Tahkim davasının gerçek tarafının kim olduğunun anlaşılması,
- Dava sonucunda yargılama giderlerinin ne şekilde paylaşılacağına karar verilmesi,
- Tahkimde teminat yatırılmasına ilişkin bir talebin değerlendirilmesi
- Tahkimde gizli kalması gereken bilgilerin art niyetli kişileri açıklanmadığının anlaşılması³⁴⁴

gibi nedenlerin olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ilgili davada bu nedenlerin olmadığına karar vermiştir. Ancak bu talebin reddedilmesinden 1 yıl sonra (2014 yılında IBA İlkeleri revize edilmişken) Türkmenistan aynı talebi bir kez daha tahkim mahkemesine yöneltmiştir. Mahkeme doğrudan IBA kurallarına atıf yaparak Türkmenistan devletinin talebini bu kez kabul etmiştir³⁴⁵.

³⁴³ Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd Şti v. Tırkmenistan (ICSID Case No. ARB/12/6).

³⁴⁴ **ICCA Report**, s. 107.

³⁴⁵ Kayalı, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, s. 101; **ICCA Report**, s. 107-108.

2. ICC Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanının Açıklanması

IBA Rehber İlkeleri'nin gönüllülük esasına dayandığı ve aslında tarafların kendilerini bu kurallarla uygulamada pek de bağitlamadığı unutulmamalıdır³⁴⁶. Ancak önemli olan nokta şudur ki bu ilkeler tahkim merkezlerine ve dolayısıyla da milli kanunlara örnek oluşturlar. Nitekim IBA Rehber İlkeleri'nin güncelleştirilmesinden yalnızca iki yıl sonra 2016 yılında ICC tahkimde şeffaflığı artırmak istemiş ve bu amaçla Hakemler Tarafından Menfaat Çatışmalarının Açıklanmasına İlişkin Rehber Notu'nu³⁴⁷ yayınlamıştır.

İlgili düzenlemede ICC üçüncü kişi finansmanı tanımını kelimesi kelimesine IBA Rehber İlkeleri'nden almıştır³⁴⁸. Bu notun amacı tahkimde şeffaflığı arttırmak ve hakemlere yol göstermektir. Bu sebeple notta, hakemlerin taraflarla ve onların çalıştıkları hukuk firmalarıyla olan ilişkilerini açıklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Not içerisinde hakemlerin bağımsızlığını ortadan kaldırabilecek çeşitli örneklere de yer verilmiştir. Tıpkı IBA Rehber İlkeleri'nde olduğu gibi, bu notta da finansörlerin de hakemlerin bağımsızlığını etkileyebileceği gerçeği kabul görmüş ve finansörlerin de bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin meselelerde ele alınmaları gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple hakemlerin, finansman varlığının açıklanmasına karar vermesine izin verilmiştir.

Yine IBA Rehber İlkeleri'nin revize edilmesinden hemen bir yıl sonra ICC, "Uluslararası Tahkimde Giderlerle İlgili Kararlar"³⁴⁹ isimli raporunu yayınlamıştır. İlgili raporda bu kez üçüncü kişi finansmanının açıklanma zorunluluğu tahkim giderleriyle ilgili olarak tespit edilmiştir. Üçüncü kişi finansmanının açıklanma zorunluluğu sadece hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin şüphelerden kaynaklanmaz. Mahkeme tahkim giderleri hakkında çeşitli kararlar verirken

³⁴⁶ Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 16-17.

³⁴⁷ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/practice-notes-forms-checklists/>, (Çevrimiçi) 25.06.2019

³⁴⁸ Aren Goldsmith/Lorenzo Melchionda, **The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction**, 2016, Kluwer Blog, (Çevrimiçi), 18.07.2019.

³⁴⁹ **Decisions on Costs in International Arbitration – ICC Arbitration and ADR Commission Report**, (Offprint From Icc Dispute Resolution Bulletin), 2015, Issue 2, s.17, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/20015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>, (Çevrimiçi) 18.05.2019;

finansörün varlığını göz önüne almak isteyebilir. Giderlerin ilgili tarafça mı yoksa finansör tarafından mı ödendiğinin tespiti bir tarafın ödeme güçlüğünde olup olmadığını anlamak bakımından önem arz eder. Ödeme güçlüğünde olmak milletlerarası tahkimde masraflar için teminat yatırılması bakımından göz önüne alınacak etkenlerden biridir³⁵⁰. Bu raporda hakem heyetlerinin “tahkim masraflarının paylaşımı hakkında değerlendirme yapabilmeleri” için finansörün varlığının açıklanması gerektiği tespit edilmiştir³⁵¹.

B. Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Açıklanmasına Yönelik Bağlayıcı Nitelikte Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Tahkimde üçüncü kişi finansmanın açıklanmasını zorunlu kılmak, finansman anlaşmasının gizliliği yerine tahkimde şeffaflığı sağlamaya yönelik bir hukuk seçimidir. Ticari tahkimde taraflara ait bilgilerin gizliliği ön plandayken yatırım tahkiminde “şeffaflık” ön plana çıkar³⁵². Bu sebepten dolayı yatırım tahkiminde, tahkimde üçüncü kişi finansmanının açıklanmasına yönelik bağlayıcı kurallara daha sık rastlanır.

Öncelikle 2017 yılında SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları md. 24/1/1’de³⁵³ hakem heyetine dava giderleri hakkında karar vermek amacıyla, davada finansöre ilişkin bazı bilgilerin açıklanmasını isteyebilme yetkisi verilmiştir³⁵⁴. İlgili maddeye göre hakem heyeti “*tahkimde üçüncü kişi finansmanı sözleşmesinin varlığını ve/veya finansörün kim olduğunu ve gerekli görüldüğü takdirde finansörün dava sonucundan alacağı payı*

³⁵⁰ Born, **a.g.e.**, s. 2496.

³⁵¹ Bu konu oldukça tartışmalı olmakla birlikte masraflar için teminat yatırılması bölümünde incelenecektir.

³⁵² Ataman Fıganmeşe, **a.g.m.**, s. 91.

³⁵³ <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf>, (Çevrimiçi) 12.04.2019.

³⁵⁴ **ICCA Report**, s. 88.

ve/veya üçüncü kişi finansörün yargılama giderlerinin aleyhte hükmedilmesi halinde bu gideri karşılayıp karşılamayacağını açıklamayı isteyebilir.”

Görüldüğü üzere ilgili maddede finansman sözleşmesinin gizliliği sadece “bir ölçüde” korunmak istenmiştir. Çünkü finansman sözleşmesi ancak hakemlerin karar vermesi durumunda açıklanmaktadır. Taraflara hakem kararı olmadan finansman sözleşmesini açıklama zorunluluğu getirilmemiştir. Ayrıca maddenin lafzına göre hakemler hangi bilgilerin “gerekli” olduğunu her dava için takdir ederek finansman sözleşmesinin koşullarının açıklanmasını isteyeceklerdir. Yani ilgili maddede finansman sözleşmesine dair hangi bilgilerin açıklanması gerektiği önceden tespit edilmemiştir.

Ayrıca Singapur 2015 yılında yasa değişikliğiyle birlikte Avukatlık Meslek Kuralları Madde 49/A/1’de³⁵⁵ “*davayla ilgilenen avukatlar, mahkemeye veya hakem heyetine ve davadaki diğer kişilere, davayla ilgili olan finansman sözleşmesinin varlığını ve davaya dahil olan finansörün kimliğini ve adresini açıklamak zorundadır*” maddesini eklemiştir.

Ayrıca ilgili düzenlemede finansman sözleşmesine dair açıklanması gereken bu bilgilerin, finansman davanın başlamasından önce sağlandığı takdirde, dava görülmeye başlamadan önce açıklanması gerektiği belirtilmiştir (madde 49/A/2). Finansmanın dava görülmeye başladıktan sonra sağlandığı durumlardaysa, bu bilgiler finansmanın sağlandığı andan itibaren derhal açıklanacaktır³⁵⁶. Biz de finansman sözleşmesinin varlığının açıklanma zamanı bakımından bu yönde düşünmekteyiz. Çünkü finansman sözleşmesinin açıklanmasının amaçlarından biri de hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığının değerlendirilmesidir. Şüphesiz bu değerlendirme ne kadar erken yapılabilirse o kadar anlamlı olacaktır.

Benzer yönde düzenleme Hong Kong Tahkim ve Arabuluculuk Yönetmeliğinde de yer almaktadır³⁵⁷. Düzenlemenin 98(T) maddesine göre, finansman sözleşmesi

³⁵⁵ Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015, <https://sso.agc.gov.sg/SL/LPA1966-S706-2015#pr49A->, (Çevrimiçi) 19.05.2019.

³⁵⁶ **ICCA Report**, s. 101.

³⁵⁷ Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, <https://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>, (Çevrimiçi) 19.05.2019.

yapılırsa, finansman sağlanan taraf, finansman anlaşmasının yapıldığını ve finansörün kimliğini yazılı olarak bildirmelidir. Düzenlemeye göre bildirim tahkim yargılaması başlangıcında yapılmalıdır. Ancak finansman sözleşmesi tahkim yargılaması başladıktan sonra akdedilmişse, finansman sözleşmesinin akdedilmesinden sonra 15 gün içinde bildirim yapılmalıdır. Bildirim tahkim merkezine ve davanın tüm taraflarına yapılmalıdır. Düzenlemenin 98(U) maddesinde ise finansman anlaşmasının, tahkimin sona ermesi sebebi dışında bir sebeple sona ermesi durumunda, finansman sağlanan tarafın finansmanın sona erdiği günü ve finansmanın sona erdiği bilgisini 15 gün içinde taraflara ve tahkim merkezine bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

2. ICSID Kuralları Değişiklik Tasarısı ve Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı

ICSID yapmış olduğu son değişikliklerden 10 yıl sonra (2016 yılında), kurallarını güncellemek amacıyla üye devletlerin görüşlerini de alarak çalışmalara başlamıştır. Çalışmalarda;

- 650’den fazla görülmüş davadan edinilmiş deneyimlere dayanarak kuralların daha modern hale gelmesi,
- Yatırımcılar ve devletler arasındaki denge gözetilerek, zaman ve para açısından daha efektif çözümler sunulabilmesi,
- Teknolojideki gelişmeler göz önüne alınarak kâğıda dayalı belgelerin azaltılıp elektronik belgelere geçilmesi,

hedeflenmiştir³⁵⁸. Bu kapsamda yapılan ilk çalışma 3 Ağustos 2018 tarihinde, ikinci çalışma ise 15 Mart 2019 tarihinde yayımlanmıştır³⁵⁹. Doktrinde yapılacak olan değişikliklerin ICSID tarihindeki en kapsamlı değişiklikler olacağı

³⁵⁸ <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/About/about.aspx>, (Çevrimiçi) 25.05.2019.

³⁵⁹ Çalışmalar ICSID’in websitesi üzerinden de yayımlanmıştır.

Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments>, (Çevrimiçi) 25.05.2019.

vurgulanmaktadır³⁶⁰. Zira tasarıda tarafların uzlaşması, delillerin değerlendirilmesi, arabuluculuk gibi meseleler ve mevcut kuralların güncelleştirilmesi söz konusudur³⁶¹.

İlk değişiklik teklifinin³⁶² 21. maddesinde, “tahkimde üçüncü kişi finansmanın açıklanması” başlığı altında, üçüncü kişi finansmanının tanımı yapılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, finansmanın savunma veya iddia makamı için sağlanabileceği belirtilmiştir. Aynı fıkra, finansörün davaya taraf olmayan gerçek veya tüzel kişi olabileceği belirtilmiştir. Maddede, finansmanın hibe veya bağışlama amacı taşıyabileceği gibi davanın sonucundan pay alma, (*return for a premium*), ücret alma (*remuneration*) veya geri ödeme (*reimbursement*) şeklinde amaçları olabileceği belirtilmiştir.

İlgili düzenleme teklifinin gerekçesinde belirtildiği üzere amaç hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına gölge düşürebilecek bir durumun olup olmadığının ortaya çıkartılmasıdır. Bu yüzden tanım olabildiğince geniş tutulmaya çalışılmıştır.

15 Mart 2019 tarihli “ikinci tasarıda³⁶³” ise ICSID tahkimde üçüncü kişi finansmanını md. 13’de düzenlemiştir. Madde başlığı, bu kez ilk tasarıdan farklı olarak üçüncü kişi finansmanının açıklanması “*disclosure*” olarak değil üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi “*notice*” olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu yerinde bir düzenlemedir. Çünkü açıklama kelimesi finansman sözleşmesinin içeriğinin de açıklanması gerektiğine dair bir izlenim yaratmaktadır. Oysa burada sadece finansörün ismen “bildirilmesi” söz konusudur.

Diğer yandan Avustralya, Avrupa Birliği Ülkeleri, Güney Kore, Kanada ve bazı diğer devletler tasarıya ilişkin eleştirilerinde, finansörlerin varlığının, masraflar için teminat gösterilmesine dair kararlarda da etkili olabileceğini belirtmişlerdir. Tasarının 13. maddesi ve 51. maddesi birlikte okunduğunda bu eleştirinin haklı olduğu

³⁶⁰ Noah Sosnick, **ICSID Rules Amendments: Two Major Proposed Reforms and Reactions from State and Private Actors**, 2019, http://aria.law.columbia.edu/icsid-rules-amendments-two-major-proposed-reforms-and-reactions-from-state-and-private-actors/#_ftn2, (Çevrimiçi) 25.06.2019.

³⁶¹ A.e.

³⁶² Proposals for Amendment of the ICSID Rules - Working Paper 1, ICSID Secretariat, 2 Ağustos 2018, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf, 25.06.2019.

³⁶³ Proposals for Amendment of the Icsid Rules, Working Paper 2, Mart 2019, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf (Çevrimiçi) 13.08.2019.

görülebilecektir. Zira tasarının 51. maddesinde üçüncü kişi finansmanının varlığının masraflar için teminat gösterilmesine etkili olması gerekliliği belirlenmiştir. Finansman anlaşması teminat gösterilmesine dair karar üzerinde etkili olabileceksse finansman anlaşmasının hakemlere de bildirilmesi gerekir. Dahası finansman anlaşmasının içeriğine ilişkin bazı bilgilerin de öğrenilmesi gerekebilir. Bu sebeple bazı devletler finansörlerin sadece ismen bildirilmesinin yetersiz kalacağını, finansman anlaşmasına ilişkin çeşitli bilgilerin de hakemlerce edinilmesinin önünün açılması gerektiğini vurgulamışlardır³⁶⁴.

Finansman sözleşmesinin içeriğine ilişkin bazı bilgilerin öğrenilmesindeki amaçlardan biri finansman sağlanan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedildiğinde, finansörün bu giderleri karşılayıp karşılamayacağını anlaşılmak istenmesidir. Böylelikle yargılama masrafları için teminat yatırılmasının gerekliliği de takdir edilebilecektir. Ancak Singapur bu eleştirinin aksi yönünde görüş bildirmiştir. Singapur’a göre finansman sözleşmesinin içeriğinin incelenmesi finansman anlaşmasının gizliliğini ihlal edebilir. Ayrıca Singapur’a göre finansmandan yararlanan taraf devlet de olabilir. Devletinse politik nedenlerle finansman anlaşmasının detaylarını açıklamak istememesi olağan karşılanmalıdır³⁶⁵. Ancak biz bu eleştiriye katılmıyoruz. Çünkü hakem heyeti finansman sözleşmesinin içeriğinin tümünün açıklanmasını istemeyebilir. Diğer bir deyişle hakem heyeti, gizliliğe ilişkin bilgilerin açıklanmasını istemeden sadece hakemlerin kararlarını etkileyebilecek konularla sınırlı olarak bazı bilgilerin açıklanmasına hükmedebilir. Bütün bir sözleşmenin açıklanması her zaman gerekmez. Kaldı ki yatırım tahkiminde gizlilik yerine şeffaflığın tercih edilmesi söz konusudur. Bu yüzden devletlerin ticari faaliyetlerine ilişkin bilgilerde gizlilik daha sınırlı olarak korunacak bir husustur.

İlgili tasarıda yer alan madde şöyledir: “18(3)(b) maddesince öngörülmüş olan hakemlerin taahhüdünün tamamlanması amacıyla; tarafların dava dışı bir kişiden, yargılamayla (iddia veya savunma) ilgili olarak tarafın organına veya temsilcisine nakit veya buna eşdeğer destek sağlanmış ise bu durumun yazılı beyanla ibraz edilmesi

³⁶⁴ Bkz. **Compendium of State and Public Comments on WP #2**, June 28 2019, s.63-71. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments> (Çevrimiçi) 13.08.2019.

³⁶⁵ **A.e.**, s. 71-72.

gerekir.”. Teklif edilen maddenin ikinci fıkrasında ise tarafların temsilcilerinin yargılamaya dahil olmayan üçüncü kişilerden sayılmayacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere yeni tasarıda “tüzel kişi veya gerçek kişi” ibaresi kaldırılmıştır. İlk tasarıda “tüzel kişi veya gerçek kişi” ibaresinin kullanılma amacı kapsayıcılığın sağlanacağı düşüncesi idi. Ancak bu ibare kullanılmadan da aynı kapsayıcılık sağlanabilir. Yeni tasarıda geçen “dava dışı bir kişi” ibaresi tüzel kişileri de gerçek kişileri de kapsayabilecek güçtedir. Maddenin sadeleştirilmesi bakımından biz de bu değişikliği yerinde buluyoruz.

Tasarının başlangıcında atıfta bulunulan 18(3)(b) maddesi, hakemlerin bağımsız ve tarafsız kalacaklarına ilişkin taahhütte bulunmalarıyla ilgili olan maddedir. Görüldüğü üzere yeni tasarıda üçüncü kişi finansmanını düzenleme amacı hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına etki edebilecek hususların ortaya çıkarılmasıdır. Ancak Kanada Devleti’nin tasarıya yaptığı eleştiride de belirttiği üzere, tahkimde üçüncü kişi finansmanının varlığının açıklanması sadece bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin değildir³⁶⁶. Nitekim tahkim davasında davanın tarafları aleyhine teminat gösterilmesi gibi konularda da finansörün varlığı etkili olabilir.

Kanaatimizce, ilgili düzenlemedeki “18(3)(b) maddesince öngörülmüş olan hakemlerin taahhüdünün tamamlanması amacıyla” ibaresi de kaldırılmalıdır³⁶⁷. Zira mevcut düzenlemeden anlaşılan yalnızca bizzat hakemlerin, bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin bir değerlendirme yapması ve bu değerlendirme sonrasında da bağımsız olduklarını taahhüt etmesi için üçüncü kişi finansmanının açıklanmasının gerekli olduğudur. Oysa finansman varlığının açıklanması sadece hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığını taahhüt etmeleri amacıyla yapılmamalıdır. Davanın karşı tarafının da üçüncü kişi finansmanından ve finansörün kimliğinden haberdar olma hakkı olmalıdır. Finansörün hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürüp düşürmeyeceğini sadece hakemler değil davanın karşı tarafı da değerlendirebilmelidir. Aksi takdirde karşı taraf finansör ve hakemlerin arasında bağımsızlık ve tarafsızlığı

³⁶⁶ Kanada Devleti’nin, tasarıya ilişkin 10.06.2019 tarihinde yapmış olduğu değerlendirmeler için bkz. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Canada_CommentsWP2_06.10.2019.pdf, (Çevrimiçi) 25.06.2019.

³⁶⁷ A.e., 8.

etkileyebilecek bir bağlantının varlığını anlayamaz. İlgili tasarıda belirtilmiş olan “18(3)(b) maddesince öngörölmüş olan hakemlerin taahhüdünün tamamlanması” amacı ise oldukça sınırlı bir amaçtır.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 13/2’de ise taraf avukatlarının üçüncü kişi finansör olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Uygulamada avukatlar, müvekkileriyle sadece dava sonucuna göre pay aldıkları sözleşmeler yapabilirler. Bu durum aslında davaya finansman sağlanmasıdır. ICSID kurallarında böyle bir sözleşme yapılmasına engel olan bir hüküm bulunmamaktadır. Maddenin gerekçe kısmında her iki tarafın da avukatları bilindiği için avukat müvekkil arasındaki dava sonucuna göre ücrete hak kazanma anlaşmasının varlığının açıklanmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Bu amaçla avukatlar finansör olarak kabul edilmemiştir. Ancak Güney Kore, avukatların finansör olarak sayılmaması durumunu gereksiz bulmuş ve değişmesi gerektiğini savunmuştur³⁶⁸. Bize göre de avukatların dava ücretlerini karşıladığı bir sözleşmenin varlığı, hakemlerin bir tarafın ödeme güçlüğünde olup olmadığına ilişkin karar verirken dikkat edebilecekleri bir husustur³⁶⁹. Bir tarafın ödeme güçlüğünde olması hakemlerin dava giderleri hakkında teminat gösterilmesine karar vermesinde etkili olabilecektir. Ayrıca finansmandan yararlanan taraf davada karşı taraf yüzünden iflas ettiğini ve tahkim giderlerini karşılayamadığını iddia edebilir. Bu noktada ödeme güçlüğüne tespiti yine önem kazanır. Ancak ödeme güçlüğüne gerçekten var olup olmadığını tespit etmek hakemler için zor bir iştir. Bu yüzden hakemler ödeme güçlüğüne varlığını değerlendirirken dava giderlerini avukatın mı yoksa bizzat tarafın mı karşıladığını öğrenmelidir. Bu sebeplerle biz taraf avukatlarının üçüncü kişi finansmanı kapsamının dışında ele alınmasını doğru bulmuyoruz.

Göröldüğü üzere ilgili tasarıda tahkimde üçüncü kişi finansmanının bildirilmemesinin yaptırımının ne olacağı belirtilmemiştir. Finansman sözleşmesi açıklanmadığı için ilgili tarafa doğrudan bir yaptırım uygulanmayacaktır. Her somut olay için açıklanmamanın yaptırımı ayrı ayrı değerlendirilecektir. Örneğin hakemlerin

³⁶⁸ Bkz. **Compendium of State and Public Comments on WP #2**, 2019, s.70. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments> (Çevrimiçi) 13.08.2019.

³⁶⁹ **10.06.2019 Tarihli Kanada Devleti’nin Tasarı Hakkındaki Eleştirileri**, s. 8.

bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin bir şüphenin varlığı halinde, finansman sözleşmesinin açıklanmamış olması, finansmandan yararlanan taraf aleyhine karar verilmesine neden olabilecektir. Böyle bir durumda finansman varlığının anlaşılması üzerine hakemlerin reddi gündeme gelebilecektir. Finansman varlığı tahkim yargılamasının sona ermesinden sonra anlaşılırsa karşı taraf kararın iptali için Genel Sekreterliğe başvurabilecektir. Mevcut ICSID Kuralları madde 52/a’da “*heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı*” gerekçesiyle tarafların Genel Sekreterliği yazılı başvuruda bulunularak kararın geçersiz kılınmasının isteyebileceği belirlenmiştir. Yine ICSID Kuralları madde 52/d gereğince ilgili taraf “*mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğunu*” ileri sürebilecektir³⁷⁰.

Avrupa Birliği ve bazı devletler ICSID Değişiklik Tasarısı’na ilişkin eleştirilerinde finansman varlığının açıklanmamasının, hakemlerin yargılama giderleri hakkında karar verirken göze alabilecekleri bir husus olarak belirlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir³⁷¹. Bu hususun da ICSID kurallarında açıkça yer alması gerektiği düşünülmektedir.

³⁷⁰ ICSID Kuralları için ayrıca bkz, Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, 6. Bası, Beta Yayıncılık, 2016, Ek-4, s.622.

³⁷¹ Bkz. **Compendium of State and Public Comments on WP #2**, s.67.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ YARGILAMA GİDERLERİNE ETKİSİ

I. MİLLETLERARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANIN YARGILAMA GİDERLERİ İÇİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası tahkimde, hakem ücretleri, vekalet ücreti, keşif giderleri, gibi birçok yargılama gideri bulunur. Bu miktarlar davanın tarafları için büyük yük oluşturabilir. Bu yüzden yargılamanın sonucunda tespit edilecek olan dava giderlerinin paylaşımı taraflar için büyük önem arz eder. Tahkimde yargılama giderlerinin taraflar arasında ne şekilde paylaştırılacağına yönelik yeknesak kurallar oluşturulmamıştır. Her davada yargılama giderlerinin neleri kapsadığı ve taraflar arasında ne şekilde paylaşılacağını uygulanan tahkim kuralları ve tahkim yeri hukuku belirleyecektir³⁷². Milletlerarası tahkimde genel olarak yargılama giderlerinin paylaşımı hakkında üç farklı yöntemin izlendiği görülür³⁷³.

³⁷² Süral Efeçınar, **Teminat**, s.37-38

³⁷³ Gustav Flecke-Giammarco, “The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration”, **WTO Litigation, Investment Arbitration**, ed. Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti, Franz X. Stirnimann, Kluwer Law International, Hollanda, 2013 s.408; Goeler, **TPF**, s.369.

Doktrinde Amerikan kuralı (*American rule*)³⁷⁴ olarak da anılan kurala göre, tahkim masrafları taraflar aksi yönde anlaşmamışsa veya yasayla aksi belirlenmemişse, taraflar arasında, usuli işlemler için eşit şekilde paylaştırılır. Kalan masraflar içinse mahkeme pasif kalır ve masraf kimin tarafından gerçekleşmişse onun üzerinde kalır³⁷⁵. Diğer bir deyişle vekalet ücreti gibi yargılamanın usulüne ilişkin olmayan konularda mahkeme bir şeye hükmetmez. Görüldüğü üzere bu sistemde tarafların iddialarının ve yargılama giderlerinin paylaşımı arasında bir bağlantı yoktur.

ABD dışında kalan diğer Anglo-Sakson hukuk geleneğindeki ülkelerde ise davayı kaybedenin aleyhine tüm yargılama giderlerine hükmedildiği görülür³⁷⁶. Üçüncü bir sistemdeyse hakem heyeti yargılama giderlerine tarafların haklılık oranına göre hükmeder. Örneğin, Türk hukukunda MTK md. 16/d'de aksine yönelik bir anlaşma olmadığı takdirde haksız çıkan tarafın yargılama giderlerini ödeyeceği, kısmen haklı olma durumundaysa haklılık oranına göre paylaştırılacağı belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere milletlerarası tahkimde davaya uygulanacak hukuk kuralları veya tarafların anlaşması gereği, dava sonucunda haksız çıkan tarafın yargılama giderlerine katlanması söz konusu olabilir. Dava giderleri davada haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilse bile ilgili tarafın ödeme güçlüğünde olması sebebiyle bu giderleri ödeyememesi ihtimal dahilindedir. Davalının mesnetsiz bir dava yüzünden yargılamayla uğraşması ve bu yargılama sebebiyle büyük zararlara uğraması mümkündür. Bu durumu önlemek için milletlerarası tahkimde de devlet mahkemelerinde olduğu gibi yargılama giderleri için teminat istenilmesi söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası tahkimde yargılama giderleri için teminat yatırma zorunluluğunun amacı, yargılama giderlerine davacının aleyhine hükmedildiği takdirde bu miktarın davacı tarafından ödeneceğinin garanti altına alınmasıdır³⁷⁷. Belirtelim ki aynı durum karşı davalar için de geçerlidir.

³⁷⁴ Christopher Koch, "Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions", **Journal of International Arbitration**, Volume 31, Issue 4, Kluwer Law International, 2014, s.490.

³⁷⁵ Tilbe Birengel, **Tahkim Masraflarının Paylaşımı**, 2018. <http://www.erdem-erdem.av.tr> (Çevrimiçi) 12.08.2019.

³⁷⁶ Koch, **a.g.m.**, s.492.

³⁷⁷ Fabbri, **a.g.m.**, s. 68; Süral Efeçınar, **Teminat**, s. 38.

Yargılama giderleri için teminat gösterilmesi kavramını, tahkimde avans ödenmesinden ayırt etmek gerekir. Yargılama giderleri için teminat gösterilmesi, genellikle taraflardan birisinin talebi üzerine verilir. Burada mahkeme ilgili tarafın haksız bir yargılama sebebiyle uğrayacağı zararların karşılanabilmesi amacıyla bir miktar paranın depo edilmesine karar verir³⁷⁸. Yargılama giderleri için teminat yatırılması bir çeşit geçici hukuki korumadır³⁷⁹. Masraflar için avans yatırılması ise tahkimde hakem ücretleri, keşif ücretleri, bilirkişi ücretleri gibi giderlerin, ilgili tarafça ödeneceğine dair bir miktar paranın henüz yargılama başlamadan depo ettirilmesidir. Tahkimde masraflar için avans yatırılmasına sıklıkla rastlanılır. Avans (*advance*) yatırılmasındaki amaç, hakem ücretleri gibi giderlerin taraflarca ödeneceğinin garanti altına alınmasıdır. Oysa yargılama giderleri için teminat yatırılmasında (*security for costs*) karşı tarafın dava sonucunda uğrayacağı zararın önüne geçmek amaçlanır. Kısacası yargılama giderleri için avans kararı verilirken, hakem heyeti genellikle kendi ücretini ve tahkim merkezinin ücretini gözetir. Oysa teminat genellikle davalı taraf düşünülerek verilir. Yargılama giderleri için avans yatırılmasına yönelik düzenlemeler genellikle tahkim kurallarında açıkça yer alır³⁸⁰. Oysa milletlerarası tahkimde hakemlerin masraflar için teminat yatırılmasına yönelik karar verebilme gücünün olup olmadığı tartışmaya açıktır³⁸¹. Ancak ağırlıktaki görüşe göre, hakemler böyle bir yetkiye sahiptir³⁸².

Hakem heyetinin yargılama giderleri için teminat gösterilmesine hükmetme yetkisi tahkim kurallarında açıkça yer alabilir. Örneğin, LCIA Tahkim Kuralları md. 25/2’de hakem heyetine yargılama giderleri için teminat gösterilmesine karar verebilme yetkisi

³⁷⁸ Georg von Segesser, Christopher Boog, “Chapter 6: Interim Measures”, **International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition)**, ed.: Elliott Geisinger, Nathalie Voser, Kluwer Law International, 2013, s. 115.

³⁷⁹ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 38.

³⁸⁰ Konuyla ilgili MTK md. 16/C’deki ; “*Hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir.*” ICC Tahkim Kuralları Madde 37/1 “*Genel sekreter, tahkim talebini aldıktan sonra, davacıdan, a) Görev Belgesi düzenlenmesine kadar geçen süre için; veya b) Seri Tahkim hükümleri uygulandığında dava yönetimi toplantısına kadar tahkim masraflarını karşılayacak miktarda geçici masraf avansı talep edebilir.*” düzenlemesi örnek olarak verilebilir.

³⁸¹ Umika Sharma, **Third Party Funding in Investment Arbitration: Time to Change Double Standards Employed for Awarding Security for Costs?**, (Kluwer Arbitration Blog), Çevrimiçi 21.08.2019.

³⁸² Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 38-41.

açıkça tanınmıştır³⁸³. Yine, İngiliz Tahkim Kanunu md. 38/3'te hakemlere teminat gösterilmesi hakkında karar verme yetkisi açıkça verilmiştir³⁸⁴.

Bazen de dolaylı olarak hakemlerin bu yetkiye sahip oldukları kabul edilir. Örneğin, ICC Tahkim Kuralları madde 28 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 26'da düzenlenmiş olan hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verme yetkisinin yargılama giderleri için teminat gösterilmesine karar verme yetkisini de kapsadığı kabul görür³⁸⁵.

Yatırım tahkimindeyse, teminat gösterilmesi yönünde kararlara daha az rastlanılır. Ancak hakemlerin böyle bir yetkiye sahip olduğu kabul edilir. Nitekim yatırım tahkiminde davacının yargılama giderleri için teminat yatırması gerektiğine yönelik ilk karar, 2014 tarihli *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*³⁸⁶ davasında görülmüştür³⁸⁷.

Her ne kadar hakemlerin teminat yatırılmasına hükmedebilme yetkisinin olduğu kabul edilse de uygulamada hakemler bu yetkiyi çok sık kullanmazlar. Çünkü teminat yatırılması ödeme güçlüğü içinde olan tarafın adil yargılanma hakkını kısıtlayabilir. Zira tarafın iddiaları, yatırılması gereken teminat miktarı yatırılmadığı için dinlenmeyebilir.

Ayrıca uygulanan hukuk veya tarafların anlaşması gereği hakemlerin dava sonucunda yargılama giderlerine bir taraf aleyhine hükmedebileceği belirlenmemişse, hakemlerin yargılama giderleri için teminata hükmetmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü davanın sonucunda bir taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmeyeceği için yargılama giderlerinin karşı tarafa ödeneceğinin garanti altına alınması anlamsız olacaktır.

³⁸³ Diğer yandan LCIA Tahkim Kuralları'nda davanın görülmesi için avans yatırılmasına ilişkin kural madde 24/1'de belirlenmiştir.

³⁸⁴ A.e., s. 40.

³⁸⁵ A.e., s.41.

³⁸⁶ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 Bkz. <https://www.italaw.com/cases/2706>, (Çevrimiçi) 22.05.2019.

³⁸⁷ Sürat Efeçinar, **Teminat**, s. 45; **ICCA Report**, s. 176.

ICSID 2. Değişiklik Tasarısı madde 51/3'te hakemlerin dava giderleri hakkında teminat gösterilmesine ilişkin karar verirken şu şartları gözetmeleri gerektiği öngörülmüştür;

- İlgili tarafın aleyhinde yargılama giderlerine hükmedildiğinde bu giderleri karşılayabilecek finansal gücünün olup olmadığı,
- İlgili tarafın aleyhinde yargılama giderlerine hükmedildiğinde bu kararı yerine getirmek konusunda ilgili tarafın tutumu, (Bu tutumu anlamak için hakemler ilgili tarafın başka davalarda aleyhine verilen yargılama giderlerine karşı izlediği tutumu gözetecektir.)
- Teminat kararının, ilgili tarafın davasını sürdürmesine etkisinin olup olmayacağını,
- Diğer tüm ilgili durumlar.

Görüldüğü üzere ICSID Kuralları'nda yapılacak yeni değişikliklerle, yargılama giderleri için teminata hükmedilmesi için hakem heyetinin birçok durumu gözetmesi ve hakemlere bu değerlendirmeyi yaparken geniş takdir hakkı tanınması söz konusudur.

Bir görüşe göre, tahkimde üçüncü kişi finansmanının varlığı masraflar için teminat gösterilmesine ilişkin kararda etkili olmalıdır. Çünkü finansmandan yararlanan taraf karine olarak ödeme güçlüğü içerisinde ve teminat yatırılması için gerekli diğer şartlar da gerçekleşmiş ise karşı taraftan bir miktar teminat yatırması talep edilebilmelidir³⁸⁸.

Bu görüşe göre tahkimde üçüncü kişi finansmanının varlığı, taraflar arasındaki finansal açıdan farklılığı değiştirebilir³⁸⁹. Diğer bir ifadeyle finansman varlığı halinde teminat kararı, ödeme güçlüğü içerisinde olan tarafın adalete erişim hakkını kötü yönde etkilemez. Zira finansörün varlığıyla davacı finansal açıdan belki de karşı

³⁸⁸ William Kirtley, Koralie Wietrzykowski, "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?", **Journal of International Arbitration**, Volume 30, Issue 1, 2013, s. 18.

³⁸⁹ Gerçekten de finansör şirketler çok yüksek miktarlarda finansal destek sağlayabilirler. <http://third-party-funding.org/the-economist-third-party-funding-as-investment/>, (Çevrimiçi) 21.05.2019.

tarafından daha güçlü hale gelmiştir ve finansörün desteği ödeme güçlüğü ortadan kaldırmıştır. Böyle bir durumu gözardı etmek “*başını devekuşu gibi kuma sokmak*” anlamına gelecektir³⁹⁰.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanını meşrulaştıran en büyük neden ödeme güçlüğü içerisinde olan taraflara adalete erişim hakkı sağlıyor olmasıdır. Zira ödeme güçlüğü halinde olan şirketler davalarının tahkimde görülmesi için finansörlere uygulamada sıklıkla başvururlar. Bir davacının finansörden yararlanarak kötü niyetli olarak mesnetsiz bir dava açması ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda finansmandan yararlanan davacı aleyhine teminata hükmedilmezse dava sona erdiğinde davalı kazansa bile dava sonunda lehine hükmedilmiş olan yargılama giderlerine erişemeyebilir. Çünkü davacı ödeme güçlüğü içerisinde ve davalı haczettirebileceği bir mal bulamayabilir. Diğer yandan finansör tahkim sözleşmesinin tarafı değildir. Bu sebeple taraf yargılama giderlerini finansörden de tahsil edemez.

Hakemlerin kötü niyeti anlayabilmeleri için finansman koşullarını incelemeleri gerektiği doktrinde vurgulanmıştır³⁹¹. Bu görüşe göre finansman sözleşmesinde, finansörün dava kazanıldığında pay alacağı, ancak dava kaybedildiğinde yargılama giderleri için bir sorumluluğunun doğmayacağı yer alıyorsa, bu durum kötü niyetin bir göstergesidir³⁹². Yine davacının geçmiş davalarında haksız çıkmış olması ve aleyhine hükmedilmiş olan yargılama giderlerini ödememiş olması davacının kötü niyeti için bir belirti sayılabilecektir³⁹³. Doktrinde davacının tahkim yargılamasına başlamadan hemen önce malvarlığını devretmesinin de kötü niyetin bir göstergesi olabileceği belirtilmiştir³⁹⁴. Ancak hakem heyeti teminata karar verirken davacının iddiasında haklı olup olmayacağını değerlendirmemelidir. Çünkü bu durum hakemlerin, yargılamadan önce dava hakkında fikirlerini açıklamalarına neden olur ve bu da hakemlerin “önyargılı” olduğuna dair bir belirti oluşturur³⁹⁵.

³⁹⁰ Goeler, **TPF**, s. 365; Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 43.

³⁹¹ **ICCA Report**, s.176.

³⁹² **A.e.**, s.176; Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 26; Goeler, **TPF**, 350.

³⁹³ Goeler, **TPF**, s.356.

³⁹⁴ Goeler, **TPF**, s.357-358.

³⁹⁵ Goeler, **TPF**, 360.

Davalı yargılama giderleri davacı aleyhine hükmedildiği takdirde zararlarının tazmini için finansöre başvuramaz. Çünkü finansör tahkim anlaşmasının bir tarafı değildir ve mahkeme doğrudan finansör aleyhine dava giderlerine hükmedemez. Finansör, davanın aleyhte sonuçlanması üzerine, hiçbir ödeme yapmadan davacıyla olan ilişkisine son verebilir. Böyle bir durumda yargılama giderleri davalı lehine hükmedilmiş olsa dahi, davalı önceden yatırılmış bir teminat yoksa bu giderleri karşı taraftan tahsil edemeyecektir.

Konuyu somutlaştırmak adına bir örnek verilecek olursa; ödeme güclüğü halinde olan A (davacı) ve F (Finansör) anlaşarak B (davalı) aleyhine tahkime başvurmaktadır. F, davanın tüm giderlerini karşılayacağını taahhüt etmiş karşılığındaysa davanın yalnızca kazanılması durumunda dava sonucundan %25 pay alacağını belirtmiştir. F gerçekten de A'ya ait yargılama giderlerini karşılar. Ancak A'nın iddiaları mesnetsizdir ve A davayı kaybeder. B bu davadan dolayı büyük zarara uğrar ve hakem heyeti yargılama giderlerine A aleyhine hükmeder. B, bu miktarı A'dan tahsil etmek ister; ancak A şirketi ödeme güclüğünde olduğu için B bu miktara ulaşamaz. Finansör ise tahkim anlaşmasının bir tarafı olmadığı için hiçbir şey ödemek zorunda değildir. Bu durumda davada haklı çıkan ve yargılama giderleri lehine hükmedilen B yargılama giderlerini tahsil edemeyecek ve zarara uğrayacaktır.

Doktrinde bu durum “tahkimde vur kaç taktiği (*arbitral hit and run*)” olarak anılır³⁹⁶. Konuyu *RSM Production Corporation v. Saint Lucia* davasında hakemlik yapan Gavin Griffith şöyle izah etmiştir: “*Tahkimde üçüncü kişi finansmanı kumarbazlar (finansörler) için bir cennet oluşturmaktadır. Öyle ki tura gelirse kazanırlar yazı gelirse kaybetmezler*” (*gambler's Nirvana: heads I win and tails I do not lose*)³⁹⁷. Burada vurgulanmak istenen finansörlerin dava kazanılırsa büyük bir miktar kazanması, öte yandan dava kaybedilirse aleyhlerine hükmedilmiş olan yargılama giderlerini ödemek zorunda olmamasıdır. Çünkü hakemler yargılama

³⁹⁶ Aynı yönde bkz. Goeler, **TPF**, s. 357-358; Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 54; Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 26.

³⁹⁷ İlgili dava için bkz. *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, <https://www.italaw.com/cases/2706>, (Çevrimiçi), 21.05.2019.

giderlerine ancak tahkim sözleşmesinin tarafları aleyhine hükmedebilirler. Finansörler ise bu sözleşmenin bir tarafında yer almazlar³⁹⁸.

Finansörlerin tahkimde “vur kaç taktiğini” kullanamamaları ve finansmandan yararlanan tarafın ödeme gücüne sahip olduğu için finansmandan yararlanmış olduğunu kabul etmenin yargılama giderleri için teminat kararı verilmesine etkili olması gerektiği savunulur³⁹⁹.

Aksi yöndeki görüşe göre üçüncü kişi finansmanının varlığı masraflar hakkında teminat gösterme konusunda etkili olmamalıdır⁴⁰⁰. Bu görüşün genel olarak üç dayanağı vardır⁴⁰¹. İlk neden tahkimde üçüncü kişi finansmanının dava sonucunda bir tarafa yüklenen dava giderleri hakkında genellikle etkili olmamasıdır. Yani hakem heyeti davayı karara bağlarken finansörün varlığını gözeterek daha az veya daha çok yargılama giderine hükmetmemektedir. Öyleyse tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayan üçüncü kişinin yargılama giderleri için teminat gösterilmesine de bir etkisi olmamalıdır⁴⁰². Kısacası hakem heyeti tahkim davasının sonucunda yargılama giderlerine karar verirken bu giderlerin finansör tarafından mı yoksa doğrudan davanın tarafının mı karşıladığını gözetmez. Bu sebeple teminat yatırılması konusunda da finansman varlığı etkili olmamalıdır.

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü yargılamanın sonucunda tarafların haklılık oranına göre belirlenen yargılama giderlerini kimin ödeyeceği meselesi, tarafların iddialarının haklı çıkmasına ilişkindir. Bu karar tarafların iddiaları dinlendikten sonra hakem heyetince haklı bulunan taraf lehine verilecektir. Tarafların iddialarıyla finansörün varlığının bir ilgisi olmayabilir. Ancak yargılama giderleri için teminat istenmesi bir ara karar mahiyetindedir. Bu karar ile tarafların haklılıkları doğrudan ilgili değildir. Bu yüzden haklılık oranına göre yargılama giderleri paylaştırılırken finansörün varlığı gözetilmeyebilir. Ama dava giderleri için teminat gösterilmesi

³⁹⁸ Ancak finansörlerin bu noktada hiçbir şey kaybetmediğini iddia etmek gerçekçi değildir. Çünkü finansman sözleşmesi gereğince finansör, finansman sağlanan tarafa ait olan avukat ücretleri ve hakem ücretleri gibi birçok gideri ödemiş olacaktır.

³⁹⁹ Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 26.

⁴⁰⁰ Bkz. Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 21-24; Levy, Bonnan, **a.g.m.**, s. 80; Goeler, **TPF**, s. 337; **ICCA Report**, s. 171.

⁴⁰¹ Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 21.

⁴⁰² Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 21; Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 42; **ICCA Report**, s. 22.

doğrudan haklılık oranıyla ilgili değildir. Burada bir tarafın yargılama giderlerini karşılayabilecek güçte olup olmaması meselesi söz konusudur. Bu durumsa finansman sözleşmesiyle doğrudan ilgilidir. Bu yüzden finansman varlığının, yargılama giderlerine hükmedilirken dikkate alınmayıp yargılama giderleri için teminata hükmedilirken dikkate alınması kanaatimizce doğrudur.

Finansman sözleşmesinin yargılama giderleri için teminat gösterilmesine etkili olmaması gerektiğini savunan görüşün ikinci dayanağı, finansmanın varlığından haberi olan karşı tarafın bu durumu kötüye kullanarak davanın görülmesini uzatmak amacıyla teminat yatırılması talebinde bulunma ihtimalidir⁴⁰³. Böyle bir durumda hakem heyeti karşı tarafın teminat talepleriyle ilginmek durumunda kalacaktır. Bu yüzden davanın görülmesi uzayacak hatta yargılama masrafları için teminat yatırılmadığı için davacının dava etme hakkı dahi elinden alınabilecektir⁴⁰⁴. Çünkü finansör davada teminat yatırılması gerektiğini öğrenince finansman sözleşmesini feshedebilir. Bu yüzden davacı zorlukla bulmuş olduğu finansmanını kaybedebilir. Bu nedenle hakem heyetinin finansman anlaşmasının koşullarını incelemesi ve finansörün yargılama masrafları için gerekli teminatı finansman sağlanan taraf için yatırıp yatırmayacağını ölçmesi davacıya zarar verebilir.

Son nedense, yargılama masrafları için teminat gösterilmesi hakkında finansman varlığını göz önüne almanın, finansmandan yararlanan ve yararlanmayan taraflar arasında bir eşitsizliğe neden olacağı düşüncesidir⁴⁰⁵. Çünkü finansman sağlanmamış olması ihtimalinde, belki de hiç talep konusu dahi edilmeyecek olan teminat miktarı sırf davasına finansman sağladığı için ilgili taraftan istenebilecektir. Yani hakem heyeti davacının sırf finansör tarafından desteklendiğini gözeterek, teminat kararının adalete erişim hakkına zarar vermeyeceğine kanaat getirecek ve teminat yatırılmasına hükmedecektir. Oysa aynı koşullarda olan, fakat üçüncü kişi finansmanının söz konusu olmadığı başka bir davada, hakem heyeti davacının ödeme gücü halinde

⁴⁰³ ICCA Report, s. 171.

⁴⁰⁴ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 43; Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 22.

⁴⁰⁵ Goeler, **TPF**, s. 360.

olmasını gözeterek ve bu yüzden tahkimde hakkını savunabilsin diye belki de teminata hükmetmeyecektir.

Ayrıca üçüncü kişi finansmanının varlığı halinde yargılama giderleri için teminata hükmedilmesinin, davaya devam edilip edilmeyeceği kararını tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan finansöre vermek anlamına gelebilir⁴⁰⁶. Zira teminat kararından sonra finansörün iki seçeneği vardır. Finansör dilerse teminatı yatırır ve dava devam eder. Ya da finansör teminat miktarını çok bularak aleyhine teminat yatırılması kararı verilmiş olan şirketle arasındaki finansman sözleşmesini feshedebilir ve yargılama giderleri için yatırması gereken teminatı karşılayamayan tarafın talepleri tahkim mahkemesince dinlenmeyebilir. Belirtelim ki bu konu tahkim masrafları için avans yatırılmasında da gündeme gelebilir.

Örneğin *S&T Oil v. Romania* davasında⁴⁰⁷ *S&T Oil* şirketi, *Juridicia* isimli finansör şirketle finansman anlaşması yaparak Romanya aleyhine ICSID tahkiminde davasını sürdürmek istemiştir. Finansman anlaşmasına göre dava kazanıldığında finansör hem dava sonucundan belirli bir pay alacak hem de Romanya'daki *S&T Oil* şirketi üzerinden menkul kıymet hissesine hak kazanacaktır⁴⁰⁸. Ancak ICSID mahkemesi davanın iki tarafından da 150.000 dolar avans olarak talep etmiştir. Bunun üzerine finansör şirket tek taraflı olarak finansman sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir⁴⁰⁹. ICSID mahkemesi de yargılamanın durmasına karar vermiştir. Görüldüğü üzere avans kararıyla birlikte finansman sağlanan tarafın hakkını tahkimde arayamaması gündeme gelmiştir. Yine *S&T Oil*'in ödeme güçlüğü içerisinde olması sebebiyle aleyhine dava açılmış olması sebebiyle Romanya'nın uğramış olduğu zararların tazmin edilememesi gündeme gelmiştir⁴¹⁰. Tahkim mahkemesi finansör şirket aleyhine de herhangi birşeye hükmedemeyeceği için Romanya'nın dava açılması sebebiyle uğramış olduğu zararları *Juridicia* şirketinden talep etmesi de

⁴⁰⁶ Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 23.

⁴⁰⁷ *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/07/13)

⁴⁰⁸ Çalışkan, **a.g.m.**, s.655.

⁴⁰⁹ **A.e.**, s.655-656.

⁴¹⁰ **A.e.**

mümkün değildir. Benzer bir durum yargılama giderleri için teminata hükmedilmesinde de gündeme gelebilir.

B. Ticari Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Yargılama Giderleri İçin Teminat Yatırılmasına Dair Etkisi

Milletlerarası ticari tahkimde teminat yatırılmasına ilişkin şartları içeren yeknesak kurallar oluşturulamamıştır⁴¹¹. Konu aslında mevzuatlarda da detaylı olarak yer almamaktadır. Konunun kazuistik bir yolla düzenlenmemiş olmasının nedeni hakemlerin takdir hakkına sahip olmasını sağlamaktır. Nitekim Türk hukukunda da teminat konusu MTK’da düzenlenmemiştir. Ancak MTK madde 6’da hakemlere ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verebilme yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin davanın görülmesi için hakemlerin teminat kararı vermesini de kapsadığı düşünülebilir⁴¹².

Hakem heyetleri uygulamada çeşitli kriterleri göz önüne alarak yargılama masrafları için teminat yatırılması gerekliliğine ilişkin kararlar vermektedir. Teminat yatırılmasına ilişkin belirlenmiş yeknesak kurallar olmasa da doktrin, davalar ve enstitü kuralları yine de teminat konusunda genel çerçeve çizebilmektedir⁴¹³. Birleşik Hakemler Kurulu (CIARB) da konu hakkındaki boşluğu görerek Milletlerarası Tahkimde Teminat Uygulanması Hakkında Rehber Kurallar⁴¹⁴ isimli çalışmasında teminat hakkında dikkat edilmesi gereken hususları ortaya koymuştur.

Tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra davacının finansal durumunda ticari olarak öngörülemez bir şekilde kötüye gidişin gerçekleşmiş olması muhtemeldir⁴¹⁵. Ekonomik durumu iyi olmayan tarafın dava sonucunda aleyhine bir karar verildiğinde bu kararı yerine getirememesi muhtemeldir. Bu sebeple bir tarafın ödeme güçlüğü

⁴¹¹ Goeler, **TPF**, s. 336; Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 48.

⁴¹² Süral Efeçinar, **Teminat**, s.56.

⁴¹³ Goeler, **TPF**, s.336.

⁴¹⁴ 2016 International Arbitration Practice Guideline Applications for Security for Costs, <https://www.ciarb.org/media/4196/guideline-5-security-for-costs-2015.pdf>, (Çevrimiçi) 24.06.2019. Milletlerarası tahkimde hakemlerin teminata hükmetme yetkilerinin olduğu kabul görmüştür. Ancak bu kararı verirken nasıl davranmaları gerektiği tahkim kurallarında genellikle yer almaz. Bu sebeple CIARB rehber niteliğindeki kurallarını yayımlamıştır.

⁴¹⁵ Süral Efeçinar, **Teminat**, s.49.

halinde olması durumunda yargılama masrafları için teminat gösterilmesine ihtiyaç olduğu düşüncesi hasıl olmaktadır. Ancak bir tarafın salt ödeme güçlüğü halinde olması, onun teminat yatırması gerektiği anlamına gelmemelidir. Hakem heyetinin yargılama giderleri için teminat gösterilmesi kararı vermesi için davacının ödeme güçlüğünde olması dışında başka şartlar da gerekmektedir. Nitekim bu durum Uluslararası Tahkim Kurulu (CIARB) Milletlerarası Tahkimde Teminat Uygulanması Hakkında Rehber Kurallar madde 3'ün açıklamasında yer almıştır. Aksini kabul etmek tarafların adalete erişim hakkını zedeler. Çünkü davalı hukuka aykırı fiilleriyle davacının ödeme güçlüğüne düşmesine neden olabilir. Böyle bir durumda ise davacının yargılama masrafları için göstermesi gereken teminatı karşılayamaması sebebiyle hakkını tahkim mahkemesinde arayamamasına neden olabilir. Bu gibi durumların önüne geçmek için salt ödeme güçlüğünde olmak yargılama masrafları için teminat gösterilmesine neden olmamalıdır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre finansörün varlığı ilk görüşte (*prima facie*) finansmandan yararlanan kişinin ekonomik durumunun kötüye gitmiş olduğunun bir belirtisi olarak kabul edilmelidir⁴¹⁶. Ancak bu kabulün aksi finansmandan yararlanan tarafça ispatlanabilecektir. Finansmandan yararlanan taraf yıllık gelirlerini, bilançolarını, malvarlığını ve yatırımlarını tahkim mahkemesine sunarak ödeme güçlüğü halinde olmadığını ispatlayabilir⁴¹⁷.

Doktrinde aksi görüş finansman başvurusunun her zaman için ödeme güçlüğü halinde bulunan tarafça yapılmadığına dikkat çekmektedir⁴¹⁸. Bu görüşe göre tahkimde üçüncü kişi finansmanı şirketlerin kendi işlerini yürütebilmek amacıyla gerekli olan nakit para ihtiyaçlarından ve davanın kaybedilmesi riskini paylaşmak

⁴¹⁶ Aynı yönde görüşler için bkz. Born, **a.g.e.**, s. 2496; Kirtley, Wietrzykowski, **a.g.m.**, s. 28. Doktrinde Scherer da bu durumun gerekli olduğunu ve buna bağlı olarak finansman varlığının da açıklanması gerektiğini savunmuştur, bkz. Maxi Scherer, "Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?", **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor ve Antonias Dimolitsa, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013 s. 96.

⁴¹⁷ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 50.

⁴¹⁸ **A.e.**, 58.

istemelerinden de kaynaklanabilir⁴¹⁹. Bu görüşteki yazarlar finansörün varlığının teminat yatırılması konusunda etkili olmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce finansörün varlığı finansmandan yararlanan tarafın mali durumunun kötüye gitmiş olduğunun bir “belirtisidir”. Zira uygulamada finansörler dava sonucundan % 20-40 alarak dava gelirinden yüksek miktarlar elde etmektedir⁴²⁰. Finansörler finansman olarak sağladıkları miktarın 7-8 katına kadarını kısa sürede almaktadırlar. Örneğin Burford Capital 12.8 milyon dolarlık yatırımının karşılığını 107 milyon dolar olarak geri almıştır⁴²¹. Böylesine büyük kazançların olduğu bir piyasada mecbur kalmadıkça şirketler dava giderlerini kendileri karşılayacak ve milyon dolarlar tutatabilecek miktarları da üçüncü kişilerle paylaşmak istemeyeceklerdir. Elbette nakit ihtiyacı dışında, risk paylaşımı gibi gerekçelerle finansman sağlanabilir. Ancak bize göre üçüncü kişi finansmanından yararlanmış olmak ödeme güçlüğüne “kabul edilmesi” değil ödeme güçlüğüne olduğunun sadece bir “belirtisidir”. Finansmandan yararlanan taraf ödeme güçlüğüne olmadığını ispat ederse teminata zaten hükmedilmeyecektir.

Ayrıca ilgili taraf ödeme güçlüğü içerisinde olsa dahi, bu durum onun teminat yatırması için tek başına yeterli bir sebep olmayacaktır. Öncelikle teminatın istenebilmesi için ekonomik durumu kötü olan tarafın tahkim anlaşması akdedilirken ödeme güçlüğüne olmaması gerekir. Doktrinde ileri sürülen görüşe göre⁴²² tahkim anlaşması akdedildiği esnada zaten bir taraf ekonomik açıdan kötü durumdaysa diğer tarafın teminat isteme hakkı olmamalıdır. Çünkü basiretli tacir ödeme güçlüğü halinde olan tarafla tahkim anlaşması yaparken uyuşmazlık yaşama riskinin olduğunun farkındadır. Bir tarafla ticaret anlaşması yapan basiretli tacir bu riskleri araştırmış olmalıdır. Bu sebeple ödeme güçlüğüne olan tarafın ekonomisindeki bu bozulma öngörülemez şekilde ve tahkim anlaşmasından sonra ortaya çıkmış olmadıkça teminat kararı verilmemelidir. Aksini kabul halinde, bir şirketin ödeme güçlüğü

⁴¹⁹ **ICCA Report**, s. 180.

⁴²⁰ Çalışkan, **a.g.m.**, s. 647.

⁴²¹ <https://www.burfordcapital.com/newsroom/burfordsellsteinverinvestment107million736return/>. (Çevrimiçi) 23.06.2019.

⁴²² Aynı yönde bkz. **ICCA Report**, s.168; Süral Efeçınar, **Teminat**, s. 51.

olduğunu bilen taraf, tahkim anlaşması akdederek olası uyuşmazlıklar için bu şirketin dava açmasını engelleyebilir. Doktrinde finansörün varlığının ödeme güçlüğüne sonradan oluştuğunu göstermeyeceği de belirtilmiştir⁴²³. Biz de bu görüşe katılıyoruz çünkü finansman anlaşması uyuşmazlıktan sonra yapılmış olsa dahi, taraf uyuşmazlık öncesinde ödeme güçlüğü halinde olabilir.

Ödeme güçlüğü ve bu güçlüğü sonradan beklenmeyecek şekilde gerçekleşmesi dahi hakemler için teminat yatırılması yönünde karar vermek adına yeterli olmayabilir⁴²⁴. Çünkü hakemler burada tarafların adalete erişim haklarını ölçerek hakkaniyetli davranmak yükümlülüğü altındadırlar. Ayrıca hakemler tarafların kötü niyetli olup olmadıklarını da ölçmelidirler. Bu durum CIARB Rehber Kuralları madde 4/1’de hakemlerin yargılama giderleri için teminat kararı vermeden önce, ilgili tüm durumları değerlendirmesi ve bu değerlendirmenin sonucunda ancak gerekli görürse yargılama giderleri için teminat gösterilmesine hükmetmesi gerektiği şeklinde belirlenmiştir.

Ödeme güçlüğüne tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra beklenmeyecek şekilde ortaya çıkması ve tahkimde üçüncü kişi finansmanının zorunluluktan dolayı sağlanmadığının ispat edilememesi durumunda finansman anlaşmasının şartlarının açıklanma durumu gündeme gelebilecektir.

Doktrinde bir görüş hakem heyetlerinin dava giderleri için teminat yatırılması gerektiğine karar vermesi için finansman sözleşmesinin koşullarının tamamının değil, sadece dava giderleri için teminat yatırılmasıyla ilişkili olan kısmının açıklanması yönünde kararlar verebileceklerini belirtmiştir⁴²⁵. Kanımızca teminat yatırılması konusunda finansmanın varlığı göz önüne alınacaksa finansman sözleşmesindeki en önemli konulardan birisi olan tarafların sözleşmeyi feshetme hakları da incelenmek zorundadır. Aksi takdirde sırf teminat talep edildi diye belki de finansör fesih hakkını kullanacak ve finansman sağlanan taraf teminatı karşılamadığı için talepleri dinlenmeyecektir. Bu da tarafların adalete erişim hakkını zedeleyen bir duruma sebep

⁴²³ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 51; Goeler, **TPF**, s. 345.

⁴²⁴ Teminat yatırılması hakkında diğer kriterler için bkz. Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 53-58.

⁴²⁵ Goeler, **TPF**, s. 340.

olacaktır. Bu sebeple finansman sözleşmesi incelenirken sadece finansörün hangi giderleri karşılayacağı değerlendirilmemeli, bunun yanında finansörün sözleşmeyi hangi koşullarda feshedebileceği de incelenmelidir.

Ayrıca bu inceleme yapılırken bilgiler finansör ve finansman sağlanan taraf arasında görüşülüp anlaşarak getirilecektir ve bu bilgilerin ne ölçüde gerçeği yansıttığı yine ayrı bir probleme sebep olacaktır. Burada tahkimde etik kuralları ve belgede sahtecilik gibi konular gündeme gelebilir.

Finansman sözleşmesinin koşullarından, finansörün finansman sağladığı tarafın aleyhine karar verilmesi durumunda, yargılama giderlerini karşılamayacağı anlaşılırsa burada artık teminat söz konusu olmalıdır. Yoksa finansörlerin “tahkimde vur kaç taktiğini” uygulamalarının önü açılacaktır.

C. Yatırım Tahkimi Bakımından Üçüncü Kişi Finansmanının Yargılama Masrafları İçin Teminat Gösterilmesine Etkisi

1. Genel Olarak

Yabancı yatırımcıların ticari olmayan risklere karşı korunması amacıyla⁴²⁶ tarafların devlet mahkemelerine oranla daha eşit olabileceği bir sistem olan yatırım tahkimi geliştirilmiştir. Yatırım tahkiminin amacı, yabancı yatırımcıları ev sahibi devletlerin egemen sıfatıyla gerçekleştirecekleri eylemlere karşı korunması için iki tarafın da eşit olduğu bir yargılama faaliyeti yürütmektir⁴²⁷. Gerçekten de yabancı bir ülkede yatırım yapan bir tarafın, egemen devletin faaliyetleri yüzünden büyük zararlara uğraması mümkündür. Böyle bir durumda zarar etmiş olan yatırımcının davasının görülmesi için teminat ödemesini beklemek adil olmayabilir. Bu nedenle

⁴²⁶ Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, 24. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 280.

⁴²⁷ Goeler, **TPF**, s. 337; Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 4, 2008, s.151.

yatırım tahkiminde sadece istisnai olarak davacıdan teminat talep edilebilmelidir⁴²⁸. Nitekim Türkiye'nin de davalı sıfatıyla yer aldığı bir davada ICSID mahkemesi teminat yatırılmasının ancak bir tarafın telafi edilemeyecek nitelikte ciddi bir zarara uğrama tehlikesi içinde olması gibi uç durumlarda mümkün olabileceğini belirtmiştir⁴²⁹.

Yatırım tahkiminde davacının yargılama giderleri için teminat yatırması gerektiğine yönelik ilk karar 13 Ağustos 2014 tarihli *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*⁴³⁰ davasında görülmüştür⁴³¹. Mahkeme davacıdan teminat yatırmasını isterken, kararında açıkça bu durumun sıradışı olduğunu ve yatırım tahkiminde ancak nadiren görülebileceğini belirtmiştir⁴³². Bu davada davacı masraf avansını ödemekte zorlanmıştı. Mali durumunun kötü olduğunu kabul etmiş ve üçüncü kişi finansmanından yararlandığını açıklamıştır. Mahkeme burada davacının salt ekonomik durumunun kötü olması nedeniyle veya üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor olması nedeniyle teminata hükmetmemiştir. Mahkeme diğer kriterlerle birlikte bu kriterlere de kararında yer vermiştir. Fakat bu davada yargılama masrafları için teminat gösterilmesine hükmedilmesinin altında yatan asıl sebep, davacının daha önceki davalarda aleyhine hükmedilmiş olan dava giderlerini ödememiş olmasıdır⁴³³. Zaten mahkeme kararında herhangi bir şekilde üçüncü kişi finansmanı anlaşmasının koşullarının açıklanmasını talep etmemiştir. Doktrinde de tahkim mahkemesinin on beş sayfalık kararında, sadece bir paragrafta üçüncü kişi finansmanına değinilmiş olunması vurgulanmıştır⁴³⁴. İlgili paragrafta tahkim mahkemesi, yargılama giderlerinin davalı lehine hükmedilmesi durumunda, üçüncü bir kişi tarafından bu giderlerin karşılanıp karşılanmayacağını bilinmezliğine dikkat çekmiştir⁴³⁵. Bu dava

⁴²⁸ Goeler, **TPF**, s. 337.

⁴²⁹ Bkz. Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues 23 Haziran 2008; Süral Efeçinar, **Teminat**, s.42.

⁴³⁰ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, dava için bkz. <https://www.italaw.com/cases/2706>, (Çevrimiçi) 22.05.2019; Davanın teminata ilişkin bölümü için ayrıca bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.

⁴³¹ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 45; **ICCA Report**, s. 176.

⁴³² **ICCA Report**, s. 176.

⁴³³ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 46.

⁴³⁴ **ICCA Report**, s. 177.

⁴³⁵ Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.106.

üçüncü kişi finansmanının teminat yatırılmasına dair etkisinin az da olsa tartışıldığı ilk davadır.

Konu ICSID dışındaki yatırım tahkimi davalarında da tartışılmaya başlamıştır. Örneğin PCA’da görülen *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*⁴³⁶ davasında tahkimde üçüncü kişi finansmanı varlığının teminat yatırılması için bir neden olduğu Bolivya Devleti’nce ileri sürülmüştür. Tahkim mahkemesi ICSID’de görülmüş olan *RSM* davasına atıf yaparak ancak çok istisnai durumlarda yatırımcıdan yargılama giderleri için teminat yatırmasının istenebileceğini vurgulamıştır. Tahkim mahkemesine göre “sadece” üçüncü kişi finansmanından yararlanılmış olması teminat yatırılması için gerekli olan istisnai durumları oluşturmaz⁴³⁷. Tahkim mahkemesi aksini kabul etmenin, davacıların adalete erişim hakkı açısından sorunlar yaratabileceğini belirtmiştir⁴³⁸. Yine tahkim mahkemesine göre davada finansör varlığı davacının iddialarında haklılık olabileceğine delalet etmektedir⁴³⁹. Gerçekten de finansörün yargılama giderleri için teminat yatırılması gerektiği yönündeki karar üzerine finansman sözleşmesini feshetmesi ve davacının kararda belirtilen miktarı karşılayamaması mümkündür.

İlgili davalardan anlaşılacağı üzere yatırım tahkiminde davacının yargılama giderleri için teminat yatırması yönünde karar verilmesi için bir tarafın sadece ödeme güçlüğünde olması yeterli görülmemiştir. Aynı zamanda davacının daha önceki davalarda aleyhine hükmedilmiş olan kararları yerine getirmemiş olması şartı aranmıştır⁴⁴⁰. Nitekim *EuroGas Inc. v. Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*⁴⁴¹ davasında hakem heyeti bu iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamıştır. Başka bir ifadeyle bu davada hakem heyeti yatırım tahkiminde

⁴³⁶ İlgili dava için bkz. <https://www.italaw.com/cases/2121>, (Çevrimiçi) (28.06.19).

⁴³⁷ **ICCA Report**, s.178, *South American Silver Limited Bolivia v. The Plurinational State of Bolivia*, (PCA Case No.2013-15), Usule İlişkin 10 nolu karar (11 Ocak 2016) bkz. <https://www.italaw.com/cases/2121>, (Çevrimiçi) 22.05.2019.

⁴³⁸ **ICCA Report**, s. 178.

⁴³⁹ Ceyda Süral Efeçinar, Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.118.

⁴⁴⁰ **A.e**, s. 177-178.

⁴⁴¹ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, (ICSID Case No. ARB/14/14), Usule İlişkin 3 Nolu Karar (23 Haziran 2015), (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/cases/documents/6233> 22.06.2019.

davacıdan teminat yatırılmasını istemek için davacının hâlihazırda ödeme güçlüğü içinde olması şartına ilaveten daha önceki davalarda aleyhine verilmiş olan kararları yerine getirmemiş olmasının da aranacağını belirtmiştir⁴⁴².

2. Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanının Teminat Yatırılmasına Dair Etkisinin Genişletilmesi Gerekliği

a. Genel Olarak

Genel olarak üçüncü kişi finansmanının, teminat gösterme üzerine etkisi çok kısıtlı olarak göz önüne alınsa da finansörlerin “vur kaç” taktiğini uygulayarak bazı davalarda kötü niyetli davranabilmeleri mümkündür⁴⁴³. Bu nedenle yerleşik uygulamanın değiştirilmesi gerekliliği doktrinde ileri sürülmüştür⁴⁴⁴.

Ayrıca finansörler kötü niyetli olarak da bir devlet aleyhine davalar açılmasını isteyebilirler. Bunun arkasındaki nedenler politik olabileceği gibi ekonomik de olabilir. Zira finansörlerden bazıları halka arz edilmiş durumdadırlar ve borsada çeşitli manipulasyonlar yapabilmek amacıyla da bazı davalar açılabilir.

Örneğin Oxus isimli bir madencilik şirketi, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (-UNCITRAL- *United Nations Commission on International Trade Law*)’de Özbekistan aleyhine dava açmak istemiştir. Bu amaçla *Calunius Capital* isimli şirket aracılığıyla davasına finansman sağlamıştır. Oxus şirketi bu finansmanın sağlandığını açıkladığı gün borsadaki değeri %30’dan fazla artmıştır⁴⁴⁵. Oxus Şirketi’nin borsadaki bu yükselişi birkaç ay devam etmiş ve borsadaki değerini %200’e kadar artırarak Londra Borsası’nın en hızlı artan hisse senedi haline

⁴⁴² ICCA Report, s. 178.

⁴⁴³ Darwazeh, Leleu, **a.g.m.**, s. 142.

⁴⁴⁴ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 48.

⁴⁴⁵ Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award, Dec. 17, 2015, <https://www.italaw.com/cases/781>, (Çevrimiçi) 23.05.2019.

gelmiştir⁴⁴⁶. Bu durum ise finansörlerin manipülasyon yapabilme ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Zira finansman varlığı açıklanmadan önce finansör tarafından, Oxus Şirketi'ne ait hisselerin edinilmiş olması da mümkündür⁴⁴⁷. Halka açık şirketlerin kendileriyle işlem yapma yasağı anlamına gelen *insider trading* suçu ispatı en zor olan suçlardan birisidir. Kaldı ki burada işlemi yapacak olan bizzat şirketin kendisi değil finansördür. Doktrinde bu durumun önüne geçmek için finansörlere ilişkin kapsamlı düzenlemeler yapılması önerilmektedir⁴⁴⁸. Finansörlerin borsada etkili olabilmesi bu şirketlerin spekülasyonlara neden olabileceklerine dair endişeleri de ortaya çıkarmıştır. Kanımızca borsada yer alan finansörlerin, hangi davalara yatırım yaptıklarını açıklamaları şeffaflık açısından bir gerekliliktir. Yapılabilecek manipülasyonlar ise devletlerin sermaye piyasasına ilişkin mevzuatları aracılığıyla önlenmelidir.

Yatırım tahkiminde genel olarak davacıdan davasını sürdürmesi için teminat yatırması istenmez. Ancak üçüncü kişi finansmanının varlığı halinde finansörler borsada spekülasyon yapabilmek için bir devlet aleyhine davalar açılmasına neden olabilir. Yatırım tahkiminde masraflar için teminat yatırılması yönünde kararlara da pek rastlanılmadığı için dava kaybedildiğinde finansörün karşı tarafın zararlarını ödememesi ve “vur kaç” taktiğini uygulaması söz konusu olabilir. Bu gibi durumların önüne geçilmesi için yerleşik bir uygulama haline gelen yatırım tahkiminde teminat istenmemesi halinin değiştirilmesi gerekliliği gündeme gelmiştir.

Nitekim hâlen görülmekte olan iki yatırım tahkimi davasında yerleşik uygulamanın değişeceği yönünde izlenim yaratılmıştır. PCA'de Venezuela'ya karşı açılmış olan davada⁴⁴⁹ henüz Haziran 2018'de mahkeme davacının teminat yatırması

⁴⁴⁶ Bachir Georges Affaki, “A Financing is a Financing is a Financing...”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed. Bernardo M. Cremades, Sanz-Pastor, Antonias Dimolitsa, Vol. 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 12-13.

⁴⁴⁷ Affaki, **a.e.**, s. 13; Üçüncü kişi finansmanının, halka açık şirketlerin kendisiyle işlem yapması yasağına (*insider trading*) etkisine ilişkin endişeler hakkında ayrıca bkz. Selwyn Seidel, Sandra Sherman, “Corporate Governance Rules Are Coming to Third Party Financing of International Arbitration”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed.: Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, Vol. 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 32-49.

⁴⁴⁸ Seidel, Sherman, **a.g.m.**, s.43.

⁴⁴⁹ Manuel García Armas et al. V. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf, (Çevrimiçi) 22.06.2019.

gerektiği yönünde karar vermiştir⁴⁵⁰. Hem dava sonuca bağlanmadığı için hem de karar henüz yeni olduğu için halihazırda doktrinde bu dava hakkındaki çalışmalar sınırlıdır⁴⁵¹.

Armas davası olarak da anılan bu davada mahkeme davacıdan yargılama sonucunda, haksız bulunursa giderleri karşılayabilecek şekilde malvarlığına sahip olduğunu kanıtlamasını istemiştir⁴⁵². Davacı da gönüllü olarak üçüncü kişi finansmanından yararlandığını mahkemeye açıklamıştır. Bunun üzerine mahkeme finansörün, dava sonunda davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi halinde bu miktarı karşılayıp karşılamayacağını anlamak amacıyla finansman koşullarının açıklanması gerektiği yönünde karar vermiştir⁴⁵³.

Finansman sözleşmesinde finansörün tazminatları karşılayacağına yönelik bir madde olmadığı için Venezuela Devleti kararın davacı aleyhine verildiği takdirde davacının giderleri ödeyemeceğini ileri sürmüş ve teminat olarak 5 milyon dolar yatırılmasını talep etmiştir⁴⁵⁴. Tahkim mahkemesi de yatırım tahkiminde *RSD* davasından sonra ikinci defa yatırımcı devletin teminat yatırması yönünde karar vermiş ve 1.5 milyon doların teminat olarak yatırılmasına hükmetmiştir⁴⁵⁵.

Görüldüğü üzere tahkim heyeti bu davada, *RSD* davasında olduğu gibi, yatırımcı şirketin daha önce kendi aleyhinde verilmiş olan kararları yerine getirip getirmediğini incelememiştir. Yerleşik uygulamada belirtilmiş olan yatırımcı aleyhine teminat yatırılmasına hükmetmenin istisnai olması gerektiği düşüncesi yine varlığını sürdürmüştür. Ancak bu kural bir ölçüde esnetilmiştir. Mahkeme finansman

⁴⁵⁰ Chiara Cilento, Benjamin Guthrie, **Is Investor-State Arbitration Warming up to Security for Costs?**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/18/is-investor-state-arbitration-warming-up-to-security-for-costs/> (Çevrimiçi) 22.06.2019.

⁴⁵¹ Elvezio Santarelli, Monica Selvini, **Under what circumstances may a tribunal grant security for costs in investment treaty arbitration?** (Manuel García Armas v Venezuela), LexisNexis, 2018, <http://www.wfw.com/wpcontent/uploads/2018/09/Underwhatcircumstancesmayatr-ibunal-grant-security-for-costs-ininvestmenttreatyarbitrationManuelGarcia-Armas-v-Venezuela.pdf>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.

⁴⁵² Ayrıca tahkim mahkemesi, vereceği kararın icra edilebileceğini görmek amacıyla malvarlığının nerede bulunduğunun da bildirilmesini talep etmiştir, bkz. **ICCA Report**, s. 179.

⁴⁵³ Cilento, Guthrie, **a.g.e** (Kluwer Blog)

⁴⁵⁴ **ICCA Report**, s. 179.

⁴⁵⁵ Cilento, Guthrie, **a.g.e** (Kluwer Blog)

sözleşmesinin koşulları dahil birçok araştırmayı yapmış ve davalı devletin mağdur olabileceğine karar vermiştir.

Yerleşik uygulamanın esnetilerek uygulanacağını tahmin edildiği bir başka örnek ise ICSID tahkiminde hâlen görülmekte olan *Sehil İnşaat v Türkmenistan* davasıdır⁴⁵⁶. Nitekim bu davada mahkeme finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanması yönünde karar vermiş ve davalının teminat yatırılması talebinde bulunabileceğini belirtmiştir⁴⁵⁷.

Kanımızca da finansörlerin davaya dâhil olması davanın tarafları arasındaki finansal farklılığı değiştirir. İlk bakışta yatırımcıların ekonomik açıdan devletlere göre zayıf olduğu fikri oluşabilir ve bu nedenle yatırımcıların korunması gerektiği düşüncesi gelişebilir. Ancak finansörlerin devletlerden dahi daha güçlü ekonomik koşullara sahip olabilmesi mümkündür. Hatta geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi finansmanına göre davada devletlerin de bir başka devlet aleyhine yatırımcıyı finansör olarak desteklemesi mümkündür. Kısacası finansörlerin varlığıyla birlikte yatırımcının ekonomik açıdan davalı devlete göre finansal açıdan zayıf olması durumu tersine dönebilir. Nitekim yatırımcı şirketin teminat yatırması gerektiğine yönelik verilmiş olan her iki kararda da Venezuela ve Saint Lucia gibi ekonomisi diğer devletlere oranla daha kötü durumda olan ülkeler söz konusudur. Bu sebeple tahkim mahkemelerinin davanın zayıf tarafını korumak istemesi amacıyla davalı konumda olan bu devletlere karşı sempati duymuş olması kanaatimizce de olağandır.

⁴⁵⁶ Sürat Efeçinar, **Teminat**, s. 48; Dava için bkz. Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, 12.06.2015 tarihli ve 3 Nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>. (Çevrimiçi) 22.06.2019; Dava hakkında bir inceleme için bkz. Dietmar W. Prager, Ina C. Popova, Amanda Lee Wetzel, **Muhammet Çap and Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan (Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty)**, ICSID Case No. ARB/12/6, 13 Şubat 2015', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International, Çevrimiçi (22.06.2019).

⁴⁵⁷ Sürat Efeçinar, **Teminat**, s. 48.

Finansörler yatırım tahkimine oldukça ilgi duymaktadırlar çünkü yatırım tahkiminde verilecek kararların hem icra edilebilirliği kolaydır hem de bu davalar ticari davalara göre daha yüksek tazminatlarla sonuçlanmaktadır⁴⁵⁸.

Doktrinde Frank Garcia finansörlerin milletlerarası yatırım tahkiminin düzenleme boşluğu içeren yönlerinden yararlandığını ve bu durumun bir tür sistematik sömürüye dönüşebileceğini söylemektedir. Zira yazara göre dava sonucunda ödenecek olan miktarlar ekonomik açıdan zor durumda olan devletlerin vatandaşlarının ödedikleri vergilerle ödenmektedir ve bu vergiler finansörlerce sömürülmektedir⁴⁵⁹. Finansörler zayıf devletlere karşı dava açılmasını sağlamakta ve bu devletlerin vatandaşlarına ait olan nakde dolaylı olarak sahip olmaktadır. Yazar daha da ileri giderek *Burford Capital* gibi finansör şirketlerin lobicilik faaliyeti yaparak akademide yapılan bazı çalışmalara sponsor olduklarını⁴⁶⁰ hatta Singapur gibi tahkimde üçüncü kişi finansmanını yasallaştıran çalışmalarda gereğinden fazla aktif olduklarını savunmaktadır⁴⁶¹.

Yazara göre yatırım tahkiminde taraflar arasında büyük bir eşitsizlik vardır. Çünkü yatırım tahkiminde yatırımcının korunmasına yönelik kararlar verilmektedir ve yatırımcının korunması için önlemler alınır, diğer yandan ev sahibi devletin yatırımcıya karşı korunmasına pek rastlanılmaz. Örneğin, ev sahibi devletin karşı dava açarak dava sonucunda aleyhine verilecek kararı azaltma şansı pek yoktur. Finansörler bu sebeplerden dolayı yatırım tahkiminde yatırımcıya finansman sağlamayı istemektedirler⁴⁶².

Milletlerarası tahkim Avrupa ve Abd’de geliştirilmiş bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu sebeple milletlerarası tahkimde bu ülkelerin egemenliği ön plandadır.

⁴⁵⁸ Frank Garcia, Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, **Boston College Law School Faculty Papers**, S.59, 2018, s. 5- 6, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2129&context=lsfp>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.

⁴⁵⁹ Garcia, **a.g.m.**, s. 10.

⁴⁶⁰ Yazarın eleştirdiği çalışma belirtelim ki belki de konuyla ilgili en kapsamlı çalışma olan ICCA Report’tur.

⁴⁶¹ Garcia, **a.g.m.**, s. 20.

⁴⁶² **A.e.**, s.8-9.

Örneğin *Chambers&Partners*’in websitesi üzerinde görüldüğü üzere⁴⁶³ milletlerarası tahkimde önde gelen hakemlerin büyük çoğunluğunu beyaz Amerikalı veya Avrupalılar oluşturmaktadır⁴⁶⁴. Uygulamada da gelişmekte olan ülkeler yatırım tahkiminde birçok davayı kaybetmiştir⁴⁶⁵. Gelişmekte olan ülkelerin tahkim davalarını genellikle kaybetmeleri⁴⁶⁶ onların yatırım tahkiminde gelişmiş ülkelere göre daha zayıf bir konumda olduğunu gösterir. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, gelişmekte olan ülkelerin yatırım tahkimindeki zayıf durumunu daha da kötüleştirmektedir. Şöyle ki finansörlerin ABD, Batı Avrupa ülkeleri ve Avustralya gibi kapitalist ülkelere yer alan şirketler olduğu bilinmektedir. Finansörlerin destekleri sayesinde yatırımcılar tahkim davalarını gelişmekte olan ülkelere karşı kazanmaktadır. Böylelikle gelişmekte olan ülkelere ait olan, sermaye üçüncü kişi finansmanı sayesinde ABD ve Avrupa Ülkeleri gibi gelişmiş ülkelere akmaktadır. Örneğin *Teinver* davasında *Burford Capital* isimli finansör, çok kısa bir sürede 94.2 milyon dolar kâr elde etmiştir. Bu kârını ekonomik anlamda zor günler geçiren Arjantin’den, dolaylı olarak da Arjantin halkından tahsil edecektir⁴⁶⁷.

Üçüncü kişi finansmanının yargılama giderlerine dair etkisinin az olması finansörler tarafından da istenilen bir durumdur⁴⁶⁸. Çünkü yargılama giderleri için teminat gösterilmesi kararı verildiğinde, finansörler yatırım sağladıkları tarafın

⁴⁶³ <https://chambers.com/guide/global?publicationTypeId=2&practiceAreaId=1245&subsectionTypeId=1&locationId=15649> (Çevrimiçi) 17.08.2019

⁴⁶⁴ Lucy Greenwood, “Chapter 6: Moving Beyond Diversity Toward Inclusion in International Arbitration”, **Stockholm Arbitration Yearbook 2019**, ed. Axel Calissendorff, Patrik Schöldstrom, Stockholm Arbitration Yearbook Series, Volume 1, Kluwer Law International, 2019, s.93-94.

⁴⁶⁵ Mauro Rubino-Sammartano, “The Problems Faced by Developing Countries in International Arbitration, Part 1”, **Asian Dispute Review**, Volume 9, Issue 1, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2007, s. 34.

⁴⁶⁶ Doktrinde bu durumun üç nedeni olduğu belirtilmiştir. İlk olarak gelişmekte olan ülkelere tahkim konusunda uzmanlaşmış yeterince hukukçu yoktur. İkinci olarak tahkim yargılaması masraflı bir yargılamadır ve gelişmekte olan ülkeler bu masrafları karşılayacak güçte olamayabilirler. Son olarak ise ABD gibi ülkelerin politik ve ekonomik üstünlüğünün, gelişmekte olan ülkelerin kendilerini tahkimde savunmak konusunda zayıflattığı öne sürülmüştür. Gregory Shaffer, “**The Challenges of WTO Law: Strategies for Developing Country Adaptation**” Loyola University Chicago, 2006, s.1, <http://www.worldtradelaw.net/articles/shafferdc.pdf.download> (Çevrimiçi), 27.07.2019.

⁴⁶⁷ Garcia, **a.g.m.**, s.6.

⁴⁶⁸ Darwazeh, Leleu, **a.g.m.**, s. 140; Önde gelen finansör şirketlerden Burford Capital’in Ceo’su Christopher Bogart bir yazısında hakemlerin *RSM vs. Saint Lucia* davasında teminat gösterilmesi gerektiği yönündeki görüşünü ağır bir dille eleştirmiştir, bkz. Christopher P. Bogart, *RSM v. St. Lucia: Why the majority got it wrong on security for costs*, 2014, <https://www.burfordcapital.com/bl-og/rsm-v-st-lucia-majority-got-wrong-security-costs/>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.

yargılama giderlerini üstlendikleri için bu miktarı bizzat karşılamaları gerekebilecektir. Dava kaybedildiğinde “vur kaç taktiği” sayesinde finansman sağlanan tarafı yalnız bırakamayacaklardır. Çünkü davalının zararları daha önceden depo ettirilmiş olan teminattan karşılanacaktır.

Finansörlerin “vur kaç” taktikleriyle milyonlarca dolar zarar verebileceği gelişmekte olan bu ülkelerin gerçekten de bazı durumlara karşı korunması zorunluluktur. Örneğin Venezuela ekonomik anlamda günümüzde zor zamanlar geçirmektedir⁴⁶⁹ ve *Armas* davasında teminat gösterilmemiş olsaydı ekonomik açıdan bu denli zor günler geçiren ülkenin halklarına ait olan paralar tahkim yargılamasının sonucunda boşa harcanmış olabilecekti. Çünkü teminat yatırılmadığı için yargılama giderleri Venezuela Devleti’nin lehine hükmedilse dahi *Armas* şirketi ödeme güçlüğü içinde olduğu için Venezuela Devleti bu kararı icra edemeyebilecekti. Ayrıca *Armas* şirketinin finansman anlaşmasından, davanın kaybedilmesi sonucunda hükmedilecek olan yargılama giderlerinin finansör şirketçe karşılanamayabileceği anlaşılmıştır. Bu sebeplerden dolayı Venezuela Devleti davayı kazansa dahi yargılama giderleri için teminat gösterilmesi yönünde kararı verilmemiş olsaydı büyük zarara uğrayabilecekti.

Bizim de katıldığımız görüşe göre yatırım tahkiminde, ev sahibi devlet, davacının dava sonucunda aleyhine hükmedilebilecek olan yargılama giderlerini ödemeyebileceğine yönelik, emareler ortaya koyarsa ve finansörün de bu yargılama giderlerini ödemediği davayı bırakabileceği anlaşıyorsa artık yatırımcı şirket aleyhine teminat kararı verilebilmesi makuldur⁴⁷⁰. Üçüncü kişi finansmanının yaygınlaşmasıyla birlikte yatırım tahkimine ilişkin kurallarda bu konuya yer verilmesi kanımızca bir zorunluluk haline gelmiştir.

ICSID Konvansiyon’u madde 47 ve ICSID Tahkim Kuralları madde 39 kırk yılı aşkın bir süre önce kaleme alınmıştır. O günlerde tahkimde üçüncü kişi finansmanı

⁴⁶⁹ Ergin Yıldızoglu, Venezuela Krizi: Ülke Nasıl Bu Duruma Geldi?, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47019657> (Çevrimiçi) 23.06.2019.

⁴⁷⁰ Santos, **a.g.m.**, s. 926; Doktrinde Gary Born, tahkim davasının bir tarafı, dava sonucunda aleyhine olarak belirlenecek olan yargılama giderlerini ödeyebilecek güçte değilken, davasını bir finansör aracılığıyla sürdürüyorsa bu durum ilk bakışta (*prima facie*) finansman sağlanan tarafın teminat yatırması gerektiği anlamına gelmelidir” diyerek aynı yönde görüş bildirmiştir, bkz. Born, **a.g.e.**, s. 2496.

imkânı yoktur ve bu nedenle ICSID Kuralları'nda teminat yatırılmasına ilişkin bir bilgiden bahsedilmemiş olması doğaldır⁴⁷¹. Ancak bu kuralların güncellenmesi gerekmektedir.

b. Teminat Konusunda ICSID Kurallarının Yeniden Düzenlenmesi

Mevcut ICSID kurallarında hakemlerin teminat yatırılmasına ilişkin karar verebileceklerine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ICSID kurallarını güncellemektedir ve yeni tasarıda üçüncü kişi finansmanının teminat yatırılmasına etkili olması gerektiği düşüncesi de mevcuttur.

ICSID Kuralları değişiklik tasarısı md. 51/1'de "*bir tarafın istemi üzerine hakem heyetinin dava veya karşı davalar için teminat yatırılması yönünde karar verebileceği*" bu kez açıkça belirtmiştir. Daha önce ICSID Tahkim Kuralları'nda doğrudan mahkemeye yargılama giderleri için teminat yatırılmasına yönelik karar verme gücü verilmemişti, ama çok nadir de olsa hakemler bu yönde karar vermekteydi. Bu maddeyle birlikte yargılama giderleri için teminat yatırılması yönünde karar verme gücü, hakemlere açıkça tanınmıştır⁴⁷².

Yukarıdaki davalarda da değindiğimiz gibi yatırım tahkiminde genellikle ev sahibi devlet yargılama masrafları için yatırımcının bir miktar teminat yatırmasını ister. Ev sahibi devletlerin teminat istemesi kanaatimizce anlaşılabilir. Çünkü yatırımcılar aleyhinde kararlar verildiğinde devletler bu kararlarda belirtilen miktarları tahsil etmekte zorlanmaktadırlar⁴⁷³. Öyle ki bir araştırmada devlet lehine verilmiş olan 22

⁴⁷¹ Yasmin Mohammad, **A partial commentary of the RSM Production Corporation v. Saint Lucia decision on Security for Costs**, <http://emailing.iccwbo.org/events/Yasmin-Mohammad.pdf>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.

⁴⁷² Asaf Niemoj, **Here Comes the Revolution? Here Comes the Revolution! Provisional Measures Under the New Proposed ICSID Arbitration Rules: Where Are We Heading Now?**, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/19/herecomestherevolutionherecomestherevoluti-on-provisional-measures-under-the-new-proposed-icsid-arbitration-rules-where-are-we-heading-now/>, (Çevrimiçi) 23.06.2019.

⁴⁷³ **ICCA Report**, s. 222.

karardan sadece 14'ünün yatırımcı tarafından gönüllü bir şekilde ödendiği ortaya çıkmıştır⁴⁷⁴.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51/3'de hakemlerin yargılama masrafları için teminat yatırılmasına yönelik kararlar verirken neleri göz önüne alacağını belirlemiştir. ICSID'in ilk değişiklik çalışmasında doğrudan *Armas* kararına atıf yapılmasa da md. 51/3'ün yazılış nedeninin bu kararla bağlantılı olduğu doktrinde savunulmaktadır⁴⁷⁵. Nitekim İkinci Değişiklik tasarısında, maddenin açıklama kısmında doğrudan *Armas* kararı anılmıştır. Madde 51/3/a'ya göre mahkeme karşı tarafın aleyhinde bir karar verdiğinde bunu ilgili tarafın yerine getirip getirmeyecek pozisyonda olduğunu ölçecektir. Bu maddenin açıklamasında, tahkim mahkemesinin, yargılama giderlerinin üçüncü bir kişi tarafından ödenip ödenmeyeceğinin kontrol edeceği açıkça belirlenmiştir. Bu da tahkimde üçüncü kişi finansmanının “açıklanma zorunluluğunu” gündeme getirir. Aksi takdirde hakem heyetinin finansmanın varlığından haberi dahi olmayabilir.

Nitekim ilgili değişiklik tasarısının 13. maddesinde üçüncü kişi finansmanının açıklanma zorunluluğu belirlenmiştir. Bu iki maddeyi birlikte okuduğumuzda ve maddenin açıklaması incelendiğinde artık ICSID hakemlerinin yargılama giderleri için teminat yatırılmasına ilişkin kararlar verirken finansörlerin varlığını da göz önüne alacaklarının ICSID kurallarıyla da yakın zamanda belirleneceğini söylememiz mümkündür⁴⁷⁶. Diğer yandan Tasarı'nın 51. maddesinde “tahkimde üçüncü kişi finansmanı” teriminin doğrudan kullanılmamış olması, bazı devletlerce eleştirilmiş ve bu terimin ilgili maddeye eklenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Judith Gill QC, Matthew Hodgson, “Costs Awards – Who Pays?”, 10 Global Arbitration Review (15 September 2015, Issue 4, (**ICCA Report** aracılığıyla atıf yapılmıştır.).

⁴⁷⁵ Alexander G. Leventhal, **The 2018 Proposals for Amendments of the ICSID Rules: ICSID Enters the Era of Trump, Populism, and State Sovereignty**, 2019, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/15/2018proposalsamendmentsicsidrulesicsidenterseratmp-populism>, (Çevrimiçi) 25.06.2019.

⁴⁷⁶ Sam Luttrell, “Observations on the Proposed New ICSID Regime for Security for Costs”, **Journal of International Arbitration**, ed. Maxi Scherer, Volume 36, Issue 3, Kluwer Law International, 2019, s. 395.

⁴⁷⁷ Konuyla ilgili bkz. **Compendium of State and Public Comments on WP #2**, 2019, s.132-140, <https://icsid.worldbank.org/en/amendments>, (Çevrimiçi) 13.08.2019.

⁴⁷⁷ **10.06.2019 Tarihli Kanada Devleti'nin Tasarı Hakkında Eleştirileri**, s. 8.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51’de belirtilmiş olan yargılama giderleri için teminat yatırılması kararı taraflar için bağlayıcıdır. Çünkü ilgili madde hakemlerin önereceğini değil hükmedeceğini belirtmiştir. Öyleyse yargılama giderleri için teminat yatırılmaması, davanın tahkim mahkemesince görülmemesine neden olabilecektir⁴⁷⁸.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51/3/b’de hakemlerin teminat yatırılması yönünde karar verirken, ilgili tarafın aleyhinde verilecek olası bir kararı yerine getirmek konusunda istekli olup olmayacağını değerlendirmeye tabi tutmaları gerektiği belirtilmiştir. Nitekim *RSM v. Saint-Lucia* davasında hakem heyeti davacının daha önceki kararları uygulamadığını gözeterek teminata hükmetmişti. Burada uygulamanın kurala dönüştüğü görülmektedir.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51/3/c’de ise hakemlerin yargılama giderleri için teminat gösterilmesine ilişkin karar verirken bu kararın tarafların davalarına devam etmelerine olan etkisinin inceleneceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre hakemler teminata ilişkin karar verirken tarafın adalete erişim hakkını zedelemeyecek şekilde davranmaları gerekecektir.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51/3/d’de ise yargılama giderleri için teminat gösterilmesine ilişkin karar verilirken tarafların davranışlarının gözönüne alınacağı belirtilmiştir. Yani mahkeme burada davacının kötü niyetli olup olmadığını ve davasının temelinin gerçekten olup olmadığını gözetecektir. Kanımızca mahkeme kötü niyet incelemesi yaparken, davacının aleyhine verilmiş olan eski kararları yerine getirmiş olup olmadığını inceleyebilir. Yine mahkeme davacının tahkim yargılamasına başvurmadan önce malvarlığını devretmek için bir girişimde bulunup bulunmadığını incelemek isteyebilir. Ayrıca finansörün geçmiş davalarda, finansman sağladığı taraf aleyhine hükmedilmiş olan yargılama giderlerini ödemiş olması kötü niyetin bir belirtisi olabilir. Finansman sözleşmesinden, finansörün aleyhte hükmedilecek olası bir yargılama giderleri için sorumluluğunun olmaması yine kötü niyetin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Üçüncü kişi finansmanın gereksiz yere açılacak davaları arttıracığı endişesi⁴⁷⁹ burada bir ölçüde azaltılmaya çalışılmıştır.

⁴⁷⁸ Leventhal, **a.g.e.** (Blog Yazısı).

⁴⁷⁹ **ICCA Report**, s.203.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51/3/e ise davayla ilişkili diğer tüm durumların da değerlendirileceğini belirtmiştir. Aslında bu maddenin amacı hakem heyetine olabildiğince takdir hakkı sağlamaktır. Yukarıda belirttiğimiz kriterlerin hiçbiri tek başına yargılama giderleri hakkında teminat gösterilmesi için bir gerekçe değildir. Bu bent ile hakemlere geniş bir takdir hakkı tanınarak, davanın tüm koşullarını değerlendirmeleri ve bu kararlarında hiçbir fıkayla “kesin olarak” bağlı kalmamaları sağlanmak istenmiştir.

Kanaatimizce de bir tarafın “sadece” üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor olması teminat gösterilmesi için bir neden oluşturmamalıdır. Zira davacı sahip olduğu nakdi kendi işlerinde kullanmak amacıyla da üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor olabilir. Böyle bir durumda ödeme güclüğü söz konusu olmadığı için yargılama giderleri için teminat yatırılmasına üçüncü kişi finansmanından yararlanılmış olunması etkili olmamalıdır⁴⁸⁰. Bize göre üçüncü kişi finansmanından yararlanılmış olması yargılama giderleri için teminat gösterilmesi için incelenmesi gereken kriterlerden sadece birisidir.

ICSID Değişiklik Tasarısı madde 51/6’da ise taraflardan yargılama giderleri için teminat gösterilmesi kararında etkili olabilecek değişiklikleri derhal açıklamaları istenmiştir. Kanımızca finansörle olan ilişkilerdeki değişiklikler yargılama giderleri için teminat yatırılmasına doğrudan etkilidir ve böyle değişikliklerin de açıklanması gerekecektir.

Son olarak madde 51/7’de hakemlerin kendi başlarına veya taraflardan birinin talebi üzerine vermiş oldukları teminat kararını değiştirilebileceği veya kaldırılabilmesi hükmüne bağlanarak hakemlere kararlarında esnek davranabilme imkânı tanınmıştır.

⁴⁸⁰ Süral Efeçinar, **Teminat**, s.58.

II. TAHKİM MAHKEMESİNİN BİR TARAF ALEYHİNE FİNANSMAN GİDERLERİNE HÜKMETMESİ

Milletlerarası tahkimde birçok gider kalemi bulunur. Tahkim davasına uygulanacak olan hukuk kuralları yargılama sonucunda yargılama giderlerinin ne şekilde paylaşılacağını da belirleyecektir⁴⁸¹.

Yargılama giderlerinin dava sonucunda hakemler tarafından paylaştırılmasına tahkim kurallarında sıklıkla rastlanılır. Türk hukukunda MTK madde 16/d aksine bir anlaşma olmadığı takdirde haksız çıkan tarafın yargılama giderlerini ödeyeceğini belirtmiştir. Kısmi haklılık durumundaysa hakem mahkemesi taraflar arasında giderleri haklılık oranına göre paylaştıracaktır⁴⁸². Tahkim davasının sonucuna göre bir tarafın giderleri kısmi olarak veya tamamen ödemesine başka ülkelerin mevzuatlarında da sıklıkla karşılaşılmaktadır⁴⁸³. Yine UNCITRAL md. 40/1 tahkim mahkemesinin yargılama giderlerine bir taraf aleyhine hükmedebileceğini belirtmiştir⁴⁸⁴.

Burada önemle tartışılması gereken nokta ise tahkim mahkemesinin yargılama giderlerine bir tarafın aleyhine hükmetmesi durumunda, mahkemenin finansörün varlığını ve davanın kazanılması durumunda finansman sağlanan taraftan alacağı payı gözönüne alıp almayacağı meselesidir. Ülkelerin mevzuatlarında konuyla ilgili herhangi bir doğrudan düzenlemeye henüz rastlanılmamıştır⁴⁸⁵. Tahkim merkezleri arasından sadece Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi

⁴⁸¹ Süral Efeçinar, **Teminat**, s. 37-38.

⁴⁸² Konuyla ilgili bkz. Akıncı, **a.g.e.**, s. 328.

⁴⁸³ “Örneğin Avusturya, Almanya, İngiltere, Hong Kong, İspanya, Brezilya ve Portekiz gibi ülkelerin mevzuatlarında doğrudan doğruya hakemlere bir tarafın giderleri kısmi veya tam olarak ödemeye mahkûm edebilme yetkisi verilmiştir. Nkz. Austrian Code of Civil Procedure Section 609; German Code of Civil Procedure Section 1057/1 English Arbitration Act 1996 Section 61; Hong Kong Arbitration Ordinance 2011, Section 72 (4); Portugal, Art. 42 of Law 63/2011; Brazil, Art. 27 of Law 13.129 Öte yandan Fransa, İsviçre ve ABD mevzuatlarında konu düzenlenmemiştir. Ancak yine de hakemler bir taraf aleyhine tahkim giderlerine hükmedebilmektedirler.” Stavros L. Brekoulakis, Jonas von Goeler, “**The Arbitration Agreement and Arbitrability, It’s all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration**”, Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, ed.: Christian Klausegger ve Peter Klein, Avusturya, 2017, s. 4-5.

⁴⁸⁴ Aynı yönde kurallara, tahkim merkezlerinde de rastlanılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. 2017 ICC Tahkim Kuralları, md. 38/1; 2014 LCIA Tahkim Kuralları md. 28/3; CIETAC Rules 2014. Art. 52/2.

⁴⁸⁵ **ICCA Report**, s. 149.

Kuralları'nda düzenleme mevcuttur.⁴⁸⁶ Düzenlemenin 35. maddesine göre tahkim mahkemesi yargılama giderlerine hükmederken üçüncü kişilere yapılacak ödemeleri de göz önüne alabilir⁴⁸⁷.

Burada finansörün yapmış olduğu yatırım miktarı ile finansörün kazancını birbirinden ayrı tutmak gerekmektedir. Yargılama giderleri hakkında karar verirken tahkim mahkemesi, giderlerin finansör tarafından veya doğrudan davanın taraflarınca ödenmiş olması arasında bir fark gözetmeyecektir. Diğer bir deyişle tahkim mahkemesi, finansörün ödemiş olduğu hakem giderleri, avukat giderleri, keşif ücretleri gibi giderleri bir yargılama gideri olarak görmeli ve olaya uygulanacak hukuk izin veriyorsa bir taraf aleyhine bu giderlere hükmedebilmelidir⁴⁸⁸.

Zira ICSID tahkim mahkemesi de aynı yönde karar vermiştir⁴⁸⁹. Enerji uyuşmazlığından çıkmış olan davada ICSID mahkemesi dava giderlerine Gürcistan Devleti aleyhine hükmetmiştir. Gürcistan devleti ise yargılama giderlerinin çok fazla olduğunu çünkü davacının üçüncü kişi finansmanından yararlandığını belirtmiştir. Bu giderlerin ise “geri alınabilir” olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak mahkeme burada yargılama giderlerine hükmedilirken, bu giderlerin finansör tarafından ödenip ödenmediğinin gözetileceğine dair bir prensibin olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla yargılama giderlerine hükmedilirken, giderlerin finansör tarafından veya doğrudan davacı tarafından karşılanması konusunda bir ayırım gözetilmemiştir⁴⁹⁰. Konu ICSID’de görülen bir başka davada⁴⁹¹ da gündeme gelmiştir. Davada Türk yatırımcı finansörden yararlanmıştır. Davalı konumundaki Ürdün Devleti yargılama giderlerinin finansör tarafından karşılanmış olmasının, yargılama giderlerine hükmedilirken gözetilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak mahkeme *Ioannis Kardassopoulos and*

⁴⁸⁶ A.e., s. 149.

⁴⁸⁷ SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları'nın Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Akif Özsoy, Gökhan Sönmez, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi Kuralları, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 37, C. 2, 1. Basım, 2017, s. 925-962.

⁴⁸⁸ Sebastian Mejia, “Recovering the Costs of Third-Party Funding: From Impossible to Plausible”, **40 under 40 International Arbitration**, ed. Carlos Gonzalez-Bueno, 2018, s.480.

⁴⁸⁹ Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Cases Nos. ARB/05/18 ve ARB/07/15, 3 Mart 2010 tarihli karar.

⁴⁹⁰ Çalışkan, **a.g.m.**, s. 657.; Işık, Pat, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, **Sempozyum**, s.95.

⁴⁹¹ Ata Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/08/02, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding, July 11, 2011.

Ron Fuchs v. The Republic of Georgia davasına atıf yaparak, yargılama giderlerinin finansör tarafından ödenmiş olmasıyla davacı tarafından ödenmiş olması arasında bir fark gözetmemiştir⁴⁹².

Ancak burada tartışılması gereken asıl nokta, finansman sağlanan tarafın davayı kazandığında finansörün yatırımının karşılığı olan miktarın davayı kaybeden tarafa yükletilebilip yükletilemeyeceği meselesidir⁴⁹³. Finansörler genellikle sadece başarıya bağlı olarak finansmanın karşılığını alacakları kredi (*non-recourse loan*) sözleşmeleri yapmaktadır ve bu karşılık yatırımlarının 7-8 katına kadar varabilmektedir. Bu miktar avukat ücretleri, hakem ücretleri, keşif ücretleri gibi yargılama giderlerinin hepsinden çok daha fazla olabilecektir⁴⁹⁴. Böyle bir miktarın akıbetinin ne olacağı önemli bir meseledir.

Bir görüşe göre böyle bir durumda davayı kaybeden tarafa, finansörün dava sonucundan alacağı miktar hiçbir surette ödettirilmemelidir. Çünkü tahkimde üçüncü kişi finansmanı için yapılmış olan anlaşma kaybeden taraftan tamamen bağımsız yapılmıştır ve bu durumda bu anlaşma kaybeden tarafa ne zarar vermeli ne de bir fayda sağlamalıdır⁴⁹⁵.

Ancak bu görüş ICC’de görülmüş olan *Norscot Rig Management Pvt Ltd v. Essar Oilfield Services Ltd* davası ile sarsılmaya başlamıştır⁴⁹⁶. Tek hakemli olarak görülmüş olan bu davada, hakem *Essar* şirketinin davalı *Norscot* şirketinin ödeme güçlüğüne olduğunu bildiğini, hatta *Norscot* şirketinin bu duruma düşmesine çeşitli eylemleriyle sebebiyet verdiğini tespit etmiştir⁴⁹⁷. Davanın hakemine göre *Essar* şirketi, *Norscot*

⁴⁹² Çalışkan, **a.g.m.**, s.658.

⁴⁹³ Finansörün davaya doğrudan maddi çıkar sağlamak için finansman sağlamadığı hallerde bu durumun tartışılması gereksizdir. Çünkü burada finansör lehine karar verilmesi anlamsız olacaktır. Nieuwveld, Sahani, **a.g.e.**, s. 264, Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation, SCC Arbitration No. 24/2007, Award of July 20 2012.

⁴⁹⁴ John Fellas, Can Arbitrators Award Third-Party Funding Costs, **New York Law Journal**, S.257, No 125, 2017, <https://s3.amazonaws.com/hhr-web/files/Can-Arbitrators-Award-Third-Party-Funding-Costs.pdf>, (Çevrimiçi) 03.03.2019.

⁴⁹⁵ Goeler, **TPF**, s. 410.

⁴⁹⁶ Gorjão Henriques, **The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the ‘Full-Disclosure-Wingers’ of TPF in International Arbitration**, 2016, Çevrimiçi (Kluwer Blog) 25.06.2019.

⁴⁹⁷ **English Court Upholds Arbitrator’s Decision To Award Claimant The Costs Of Third Party Funding**, 2016, <https://hsfnotes.com/arbitration/2016/10/03/english-court-upholds-arbitrators-decision-to-award-claimant-the-costs-of-third-party-funding/> (Çevrimiçi) 14.07.2019.

şirketinin ödeme güçlüğünde olduğunu bildiği için, *Norscot* şirketinin tahkimde hakkını arayamacağını düşünmektedir⁴⁹⁸. Bu sebeple finansal açıdan zor durumda olan *Norscot* şirketi, finansöre mecburiyetten dolayı başvurmuş ve finansöre ödeyeceği karşılığı da mecburiyetten dolayı taahhüt etmiştir.

Norscot şirketi 647.000 sterlin değerindeki finansmanı bu davada üçüncü kişiden sağlamıştır. Finansman sözleşmesine göre, davanın kazanılması halinde finansör dava sonucunun %35'ine veya daha yüksek olması halinde yatırmış olduğu miktarın 3 katına hak kazanacaktır⁴⁹⁹. Dava sonucunda ise finansör, finansman anlaşması gereği 1.94 milyon sterline hak kazanmıştır.

Tek hakemli olan davada hakem, ICC Tahkim Kuralları'na ve İngiliz Tahkim Yasası'na dayanarak, yargılama giderlerini kaybeden taraf olan *Essar* şirketine yüklemiştir ve bu giderleri hesaplarken finansörün “kazancı” olan 1.94 milyon sterlini de göz önüne almıştır⁵⁰⁰. Hakem davada *Norscot* şirketinin bu finansmandan yararlanmasaydı tahkime gidemeyeceğini ve finansman sözleşmesinin zorunluluk dolayısıyla akdedildiğini vurgulamıştır⁵⁰¹. *Essar* şirketi bu kararı İngiliz Yüksek Mahkemesi'ne taşıyarak iptal ettirmek istemiştir. *Essar* şirketi burada tahkim mahkemesinin İngiliz Tahkim Yasası'nın 68/2/b bendine aykırı davrandığını ileri sürmüştür⁵⁰². İlgili düzenlemeye göre tahkim mahkemesi yetkisini aşarak “*ciddi anlamda olağan olmayan bir karar verdiği zaman*” devlet mahkemeleri bu kararı iptal edebilecektir. Mahkeme ICC hakeminin vermiş olduğu kararda ciddi anlamda bir bozukluğun (*irregularities*) olmadığına hükmetmiştir⁵⁰³. Mahkeme ayrıca kararında İngiliz Tahkim Yasası 59(1) gereği tahkim mahkemesinin “yargılamaya ilişkin diğer

⁴⁹⁸ Christine Sim, “Using Costs Orders to Regulate Third Party Funding”, *Asian Dispute Review*, ed. Romesh Weeramantry, John Choong, Vol. 20, Issue 1, 2018, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), s. 17.

⁴⁹⁹ Fellas, **a.e.**

⁵⁰⁰ ICC Arbitration Rules 2012, Article 37(1), Arbitration Act 1996, Section 59.

⁵⁰¹ Mejia, **a.g.m.**, s. 483.

⁵⁰² Wolfgang Kühn, Hanneke van Oeveren, “The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?”, *Journal of International Arbitration*, ed. Maxi Schrer, Volume 35, Issues 3, Kluwer Law International, 2018, s. 311.

⁵⁰³ İngiliz Yüksek Mahkemesi burada tahkim kararlarının, hakemlerin yetkilerini açacak şekilde kararlar vermeleri nedeniyle bozulmasının çok istisnai hallerde gerçekleşmesi gerektiğini de vurgulamıştır. Mahkemeye göre salt yetkinin aşılmış olması tahkim kararını bozmak için yeterli değildir bu kararın bozulması için tahkim mahkemesinin kasıtlı olarak yetkisini aşması ve bir tarafı ciddi anlamda zor durumda bırakması gereklidir.

giderlere” de hükmedebileceğini ve finansöre ödenecek payın diğer giderler içinde yer aldığını vurgulamıştır⁵⁰⁴. Böylelikle İngiliz mahkemesi, tahkim mahkemesinin bu kararını haklı bulmuştur⁵⁰⁵. Bu karar elbette tahkimde üçüncü kişi finansmanının olduğu her dava için emsal oluşturacak nitelikte bir karar değildir. Ancak bu karar sayesinde artık finansmandan yararlanarak tahkim davasını kazanan birçok davacı finansörün payına tahkim mahkemesince hükmedilmesini talep edecektir⁵⁰⁶. Böylelikle bu gidere katlanacak olan davacı değil davalı olabilecektir.

Tahkimin seçilme nedenlerinden biri de tahkim mahkemelerinin, devlet mahkemelerine oranla daha esnek bir yapıya sahip olmasıdır. Bir görüşe göre bu sebeple tahkim mahkemeleri yukarıda bahsetmiş olduğumuz davada olduğu gibi davalı tarafın kötü niyetli olarak, davacının ödeme güçlüğünden yararlandığı ve bu sebeple de davacıyı üçüncü kişi finansmanından yararlanmak zorunda bıraktığı durumlarda finansörün kazancına davacı adına hükmedilebilmelidir⁵⁰⁷. Burada davalının kötü niyetli olup olmadığı, tarafların iddiaları dinlendikten sonra, yargılamanın sonunda hakemler tarafından yargılama giderlerine hükmedilirken takdir edilecektir. Bu görüşe göre her somut olayda hakemler “makullük testinde” bulunmalıdır⁵⁰⁸. Eğer ki davalı taraf davacının ödeme güçlüğünden yararlanmayı planlıyorsa ve finansmana başvurmak davacı açısından zorunluluktan kaynaklanıyorsa, tahkim mahkemesi finansörün kazanacağı miktar makulse, bu gidere bir yargılama gideri olarak hükmedilebilmelidir⁵⁰⁹.

Belirtelim ki hakemlerin finansörün alacağı payı yargılama gideri olarak belirleyebilmesi için, yargılamaya uygulanacak hukukun dolaylı da olsa buna izin vermesi gerekir. Hakemlerin bu yetkiye sahip olup olmadığı iki aşamada incelenmelidir. İlk aşamada uygulanacak tahkim kurallarının, hakemlerin yargılama

⁵⁰⁴ Mejia, **a.g.e.**, s. 483.

⁵⁰⁵ **ICCA Reports**, s. 152.

⁵⁰⁶ Kadhim, **a.g.e.**, (Kluwer Blog).

⁵⁰⁷ **ICCA Report**, s.157-160.

⁵⁰⁸ Yargılama giderlerine hükmedilerken bunun makul bir miktar olması gerekliliği tahkim merkezlerinin kurallarında doğrudan yer alabilir. Örnek için bkz. **ICC Kuralları** md. 38/1.

⁵⁰⁹ **ICCA Report**, s. 128-130.

giderlerini paylaşmasına izin vermesi gerekir.⁵¹⁰ İkinci aşamadaysa bu kurallarda hakemlerin dava sonucundan finansöre yapılacak ödemeyi, yargılama gideri olarak takdir edebilmesine ilişkin bir hüküm olmalıdır. Belirtelim ki böyle hükümlere tahkim kurallarında sıklıkla rastlanır. Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 40/2/e’de “*hakem mahkemesi tarafından miktarların makul olduğunun kabul edilmesi şartıyla tarafların tahkimle ilgili temsil masrafları ve yaptıkları diğer masraflar*”⁵¹¹ hükmü yer almaktadır. Maddede geçen “*diğer masraflar*” ibaresi hakemlere takdir hakkı vermektedir. Bu sebeple hakemler finansörün alacağı payı “*diğer masraflar*” içerisinde görebilir.

ICC Kuralları madde 38’de “*Tahkim masraflarına; tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte olan barem cetveli uyarınca hakemlerin ücretleri ve harcamaları ve Divan tarafından belirlenen MTO idari masrafları ve hakem kurulu tarafından tayin olunan bilirkişilerin ücretleri ve masrafları ile tarafların tahkim için yapmış olduğu hukuki ve diğer makul masraflar dâhildir*” denerek yargılama giderlerinin neler olabileceği belirlenmiştir. Buradaki “*diğer makul masraflar*” ibaresinin hakemlere yargılama giderlerine hükmederken, finansöre ödenecek miktara da hükmedebilme yetkisi verdiği savunulabilir. Nitekim ICC raporunda⁵¹² da bu durum açıkça belirtilmiştir. Rapora göre burada hakemlerin bir takdir hakkı vardır. Hakemler, davalının kötü davranışlarla, davacının ödeme güçlüğüne olmasına neden olduğu ve davacı bakımından finansmandan yararlanmanın mecburiyet olduğu durumlarda, finansman sözleşmesinden dolayı finansöre ödenmesi gereken “makul bir miktar” için davalı aleyhine yargılama gideri olarak hükmedebilmelidir⁵¹³.

Diğer yandan MTK madde 16/b’de yargılama giderleri yedi adet olarak belirlenmiştir; Maddeye göre yargılama giderleri terimi;

⁵¹⁰ Birçok tahkim merkezi kurallarında davanın kazananının yapmış olduğu yargılama giderlerinin telafi edilebileceğine dair kurallar bulunur. Bkz. **Icc Commission Report Decisions on Costs in International Arbitration** (Offprint From Icc Dispute Resolution Bulletin 2015), Issue 2, 2015, s.4. <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/> (Çevrimiçi) 13.08.2019.

⁵¹¹ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılı Revize Edilmiş Şekliyle), Çeviren: Ergun Özsunay, İhlas Gazetecilik A.Ş., 2014, s.25.

⁵¹² **Icc Commission Report Decisions on Costs in International Arbitration**, s.17.

⁵¹³ A.e, s.17.

- Hakemlerin ücretini,
- Hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları,
- Hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvurulmuş diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini,
- Hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları,
- Hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgarî ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücretini,
- Bu Kanuna göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçlarını,
- Tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerini

kapsar. Görüldüğü üzere ilgili maddede hakemlere finansöre yapılacak ödemeleri yargılama gideri olarak görebilmeleri konusunda takdir hakkı sağlayacak bir ibare bulunmamaktadır. Bu sebeple MTK'nın uygulandığı bir davada, hakemlerin finansöre ödenecek miktara hükmetmeleri yetkilerini aştıkları anlamına gelecektir. Bu durumda MTK madde 15/1/e gereği hakem kararı iptal edilebilecektir. Yine MTK md. 15/1/f'de *“Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu.”* diye belirlenmiş olan “usule aykırılık” nedeniyle hakem kararının iptali gündeme gelebilecektir.

Belirttiğimiz nedenlerden dolayı *Norscot vs Essar* davasında da hakemlerin finansörün payını da yargılama gideri olarak görmesinin yetkilerinin dışına çıkmaları anlamına gelmediğini anlamaktayız. Çünkü İngiliz Tahkim Yasası 59(1) ve ICC Kuralları madde 38 gereğince hakemler bu yönde karar verebilmeleri için gerekli yetkiye sahiptirler.

Belirtelim ki hakemlerin yargılama giderlerine karar verirken finansörlerin kazançlarını da göz önüne almaları finansörler tarafından da benimsenmek istenir⁵¹⁴. Çünkü finansörlerin kazancı yargılama giderleri içerisinde ele alınırsa, davanın kazanılması halinde, bu miktar doğrudan davanın kaybedeni tarafından karşılanabilecektir. Diğer bir ifadeyle finansman sağlanan taraf yargılama sonucunda iddiasının haklı bulunması nedeniyle lehine hükmedilen miktardan bir payı finansöre ödemeyecektir. Hakemlerin “ayrıca” hükmetmiş olduğu “finansörün kazancını” finansöre ödeyecektir ki bu miktar yargılama giderleri içerisinde finansman sağlanmayan tarafça “ekstra” olarak ödenecektir. Yani davada finansman sağlanan taraf lehine hükmedilecek miktar artmış olacaktır. Bu da tahkimde üçüncü kişi finansmanına olan başvuruları arttıracaktır. Çünkü finansmandan yararlanan taraf, finansmandan yararlanırsa da yararlanmasa da dava sonucunda aynı miktarı elde etmiş olacaktır.

Yargılama giderleri tahkim davasının sürdürülebilirliğini sağlamak amacıyla yapılan giderlerdir⁵¹⁵. Burada finansörlerin sağlamış olduğu avukat ücretleri ve hakem ücretleri gibi giderler yargılama gideridir ve tahkim mahkemesinin buna hükmetmesi mümkün olmalıdır⁵¹⁶. Ancak finansörlerin sağlamış olduğu bu giderler karşılığında elde edeceği kazancın tahkimin sürdürülebilirliğiyle “doğrudan” bir ilgisi yoktur⁵¹⁷. Zira üçüncü kişi finansmanından sadece ödeme güçlüğünde olan taraflar yararlanmaz. Diğer bir ifadeyle, davacı davasını “sürdürebilecek” maddi koşullara finansmandan yararlanmazsa dahi sahip olabilir. Böyle bir durumda finansöre yapılacak olan ödemeler yargılama gideri olarak ele alınmamalıdır.

Finansman sözleşmesi yapmak davacı için sadece davanın “sürdürülebilmesi için gerekli” olduğu takdirde, finansörün dava sonucundan alacağı payın yargılama gideri olarak kabul edilmesi gündeme gelebilmelidir. Ancak finansöre yapılacak ödemenin yargılama gideri olarak kabul edilmesi dahi bu giderin davayı kaybeden taraf aleyhine

⁵¹⁴ Bkz. <http://woodsfordlitigationfunding.com/arbitration-funding/arbitration-fee-respondentfunding/>, (Çevrimiçi) 14.02.2019.

⁵¹⁵ Kühn, **a.g.m.**, s. 315.

⁵¹⁶ Avukat ücretleri için genellikle hukuk büroları her ayın sonunda belirli bir faturayı finansöre gönderir ve finansör de ödemeyi gerçekleştirir. **ICCA Report**, s. 155.

⁵¹⁷ Kühn, **a.g.e.**, s. 316.

hükmedilmesi için yeterli sebep oluşturmamaktadır. Bu giderin karşı tarafa yükletilebilmesi “istisnai” olmalıdır⁵¹⁸. Aksi takdirde üçüncü işi finansmanının olduğu her davada, davalı taraf açısından büyük bir risk oluşur. Zira davayı kaybedecek olan taraf üçüncü kişi finansmanının olduğu her davada çok yüksek miktarda belirlenmiş olan finansörün payını ödemek zorunda bırakılma tehlikesiyle kalır ki bu da adil yargılanma hakkıyla bağdaşmaz⁵¹⁹. Mevcut düzenlemelerde bu durumun önüne geçebilecek hükümler bulunmaktadır. Örneğin, ICC Tahkim Kuralları madde 38’de “makul diğer giderler” ibaresi yer almaktadır. Böylelikle hakemler finansöre ödenmesi gereken payın, davalı aleyhine hükmedilmesinin “makul” olup olmadığını her dava için ölçeceklerdir. Yine UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 40/2’de “*Hakem mahkemesi tarafından miktarların makul olduğunun kabul edilmesi şartıyla tarafların tahkimle ilgili temsil masrafları ve yaptıkları diğer masraflar*” ifadesi yer almaktadır. İlgili maddeye göre de finansöre ödenecek payın davanın kaybedeni aleyhine hükmedilmesi için hakemlerce “makul” bulunması gerekecektir.

Hakemler finansöre ödenecek payın karşı taraf aleyhine hükmedilmesinin makul olup olmadığına her dava için ayrı ayrı karar vermelidirler. Örneğin *Norscot v. Essar* davasında *Essar* şirketinin karşı tarafı adeta tahkimde üçüncü kişi finansmanına mahkûm etmiş olması ve amacının *Norscot*’un finansal zayıflığından yararlanmak olması, finansörün dava sonucundan alacağı payın *Essar* şirketinin aleyhine hükmedilmesi için makul bir sebep olarak görülmüştür. Bu miktara hakkaniyet gereği⁵²⁰ katlanması gereken taraf *Norscot* şirketi değil *Essar* şirkettir. Tahkim hakeminin burada finansörün alacağı payı *Essar* şirketine yüklemesi kanımızca da adil olmuştur.

Bir görüşe göre finansöre yapılacak ödemeler yargılama gideri olarak ele alınmamalıdır. Burada finansöre yapılacak ödeme *Essar* şirketine maddi hukuka dayanılarak “tazminat” başlığı altında ödetilmelidir⁵²¹. Tahkim anlaşmasında taraflar arasında sözleşmeye aykırılıktan doğacak uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi

⁵¹⁸ ICCA Report, s.157.

⁵¹⁹ Goeler, a.g.e., s. 395.

⁵²⁰ ICCA Report, s. 157.

⁵²¹ Kühn, a.g.e., s. 320-328.

gerektiği kararlarştırılmışsa hakemler, bu miktara sözleşmeden doğan dolaylı zararlar olarak hükmedebilirler.⁵²².

Finansöre yapılacak ödemenin yargılama gideri olarak değil, sözleşmeden kaynaklı dolaylı zarar olarak görülmesi pratik anlamda da farklılığa neden olacaktır. Finansörün kazancının sözleşmeden kaynaklı tazminat olarak talep edilebileceğini kabul ettiğimizde, taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmede, “dolaylı zararların dava edilemeyeceğine” dair bir madde yer alıyorsa, bu durumda finansörden yararlanmak zorunda kalan taraf, finansörün kazancını karşı taraftan tazmin edemeyecektir. Ancak finansörün kazancını yargılama gideri olarak kabul edersek maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olacağı için bu gidere hakemler yine hükmedebilecektir.

Ayrıca belirtelim ki tahkim anlaşmasında hakemlere hakkaniyete göre karar verme (*ex aequo et bono*)⁵²³ yetkisi verilmişse, hakemler finansörün dava sonucundan alacağı payı “hakkaniyet gereği” dava sonucunda bir tarafa yükleyebilir⁵²⁴.

Sonuç olarak kanaatimizce finansörün “yargılamanın sürdürülmesi” için yapmış olduğu giderler, davacı veya davalı tarafından yapılmış yargılama giderlerinden farksız olarak ele alınmalı ve tahkim kuralları izin veriyorsa bir taraf aleyhine hükmedilebilmelidir. Ancak finansörün dava sonucundan alacağı pay, sadece istisnai durumlarda yargılama gideri olarak görülmelidir. Aksi takdirde, finansman sözleşmesi finansman sağlanan taraf için hiçbir risk oluşturmaz. Bu durumda finansman sağlanan taraf açısından finansörün payının fahiş olarak belirlenmesinin hiçbir sakıncası olmaz. Çünkü finansman sağlanan taraf davayı kaybederse zaten giderlere katlanacak olan taraf finansördür. Kazanacağı durumdaysa finansöre ödeyeceği payı ödeyecek olan tahkim davasını kaybeden tarafı olacaktır. Bunun sonucundaysa son derece fahiş

⁵²² Goeler, **a.g.e.**, s. 395.

⁵²³ Hâkime verilen hakkaniyete göre karar verme yetkisiyle (*ex aequo et bono*), hâkimin somut olayda hukuk kuralları ve sözleşmeyle katı bir şekilde bağlı olması yerine, adalet duygusuyla kararlar verebilmesi için daha esnek bir alana sahip olması amaçlanır. Tolga Ayoğlu, “Milletlerarası Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, İstanbul 2011, s. 124.

⁵²⁴ Kühn, **a.g.e.**, s. 322.

oranlarla finansman sözleşmelerinin akdedilmesinin önü açılır⁵²⁵ ve davalıların bu miktarları ödemesi onlar açısından büyük risk oluşturur.

Biz finansörün payının, finansman sağlanan tarafça ödenmesini prensip olarak kabul ediyoruz. Ancak Essar davasında olduğu gibi davacı tarafın kötü niyetli olarak ödeme güçlüğüne düşen tarafı dava etmesi ve bu durumda davalının finansöre gitmesinin zorunlu olduğu sözleşmelerde tahkim kuralları izin veriyorsa hakemler yargılama gideri olarak bu miktarı karşı tarafa yükleyebilirler. Bu nedenle hakemler davayı incelerken üçüncü kişi finansmanı sözleşmesine, davalının eylemleriyle sebebiyet vermiş olup olmadığını da takdir etmelidir. *Norscot v. Essar* davasında hakemler Essar şirketinin ödeme güçlüğü sebebiyle Norscot şirketinin hakkını savunamayacak olduğunu bildiğini, bu sebeple de Norscot şirketinin haklarından vazgeçeceğini umduğunu tespit etmiştir. Kanaatimizce de böyle bir tespit olmadığı sürece hakemlerin, finansörün dava sonucundan alacağı payı, davalı aleyhine hükmetmesi “makul” olmayacaktır. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı geliştikçe konuyla ilgili kanunlaşma hareketleri de gelişecektir. Olası bir düzenleme konu hakkında öngörülebilirliği sağlayacaktır.

⁵²⁵ Kühn, **a.g.e.**, s. 325-326.

SONUÇ

Hangi hallerde tahkime gidileceğinin kanunlarla düzenlenmesi anlamına gelen mecburî tahkim dışında kalan hallerde tahkim ihtiyarîdir. Ancak bu ihtiyarilik tarafların tahkim anlaşmasıyla kendilerini bağitleyinceye kadar devam etmektedir. Tahkim anlaşmasının varlığı halinde taraflar haklarını tahkim mahkemelerinde aramak mecburiyetindedirler.

Her ne kadar milletlerarası tahkim sürat ve masraf bakımından fayda sağlasa da özü itibariyle paralı ve özel bir yargılama metodur. Ekonomik güçlük içerisinde bulunan taraflar tahkim anlaşmasının varlığına rağmen bu paralı yöntemde haklarını aramakta güçlük çekerler. Bu durumun farkında olan yatırımcılar, kendileri için yeni bir yatırım alanı oluşturmuşlardır. Bu yeni sistemde yatırımcılar detaylı analizler yaparak, davaların kazanılma ihtimalini ölçüp, yalnızca davanın kazanılması durumunda ücrete hak kazanacakları finansman anlaşmaları sağlamaktadırlar.

Tahkim alanında kendini yeni göstermeye başlasa da aslında davalara finansman sağlanması yüzyıllar öncesinde başlamış bir çaredir. Ancak üçüncü kişi finansmanı yöntemi etik olmadığı gerekçesiyle İngiliz hukukunda benimsenmiş olan dava sonucundan pay alma yasağı (*maintenance ve champerty doktrini*) aracılığıyla uzunca yıllar yasaklanmıştır. Uyuşmazlıklara finansman sağlanmasının etik bulunmama nedeni üçüncü kişinin uzlaşma ihtimali olabilecek kişileri kışkırtmasıdır. Ancak milletlerarası ticaret hayatına bu durum pek de uymaz. Nitekim taraflar kışkırtılsın veya kışkırtılmasın, milletlerarası ticaretin doğası gereği öncelikle ekonomik çıkarlarını düşünürler. Bu nedenle birçok ülkede dava sonucundan pay alma yasağı (*maintenance ve champerty doktrini*) milletlerarası tahkim hukukunda etkinliğini yitirmektedir.

Üçüncü kişi finansmanının hukuka uygun bulunmaya başlamasıyla birlikte finansör şirketlerin sayısında artış yaşanmıştır. Bu artışa rağmen üçüncü kişi finansmanı yatırımcılar için çok kârlı bir iş olmayı sürdürmektedir. Zira sadece yüksek

ihtimalle kazanacakları davalara yatırım yapan finansör şirketler, bu yatırımlarının karşılığını kısa bir süre içerisinde 7-8 katına kadar alabilirler.

Adalete erişim hakkı sağladıkları için varlıkları mazur görülen finansörler, aslında birçok tartışmaya da sebebiyet vermişlerdir. Öncelikle finansörlerin finansman sözleşmeleri aracılığıyla yatırım yaptıkları davalar üzerinde aşırı şekilde kontrol gücüne sahip olmaları mümkündür. Bu durumun önüne geçmek içinse şu an için Anglo-Sakson hukuk sistemindeki ülkelerde kamu düzeni ve dava sonucundan pay alma yasağı, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki ülkelerdeyse kamu düzeni gibi argümanlar finansörlere karşı kullanılmaktadır.

Üçüncü kişi finansmanının tartışmaya yol açtığı bir diğer mesele ise finansman varlığının tahkimde hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki etkisidir. Finansörler, avukatlarla ve hakemlerle sıklıkla birlikte çalışırlar. Buna bağlı olarak hakemlerin tarafsızlığını gölgeye düşürebilecek birçok muhtemel senaryo oluşmaktadır. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı gölgeye düştüğünde, tahkim mahkemesince verilen karar iptal edilebilir. Bu tarz sorunların önüne geçmek için finansörlerin varlığının açıklanması gerekliliği düşünülmektedir. Zira bu sebeple ilk düzenlemeler IBA Rehber İlkeleri'nde yol gösterici kurallar aracılığıyla oluşturulmuştur. IBA Rehber İlkeleri üçüncü kişi finansmanının açıklanmasına yönelik diğer düzenlemelere öncülük etmiştir. ICSID dâhil birçok tahkim merkezi ve devlet bu konuda hâlihazırda düzenlemelerde bulunmaktadır.

Üçüncü kişi finansmanının yargılama masrafları için teminat gösterilmesine ve yargılama giderlerinin paylaşımının etkisi de bir diğer tartışmalı meseledir. Bizim görüşümüz finansmandan yararlanıyor olmanın ödeme güçlüğü'nün bir belirtisi olarak kabul edilmesi yönündedir. Zira finansörler çok yüksek gelirler elde etmektedir ve taraflar ödeme güçlüğüne düşmedikçe bu miktarları davayla organik bağı olmayan kişilere ödemek istemeyeceklerdir. Ayrıca finansörler tahkim anlaşmasının bir tarafı olmadıkları için tahkim kararıyla bağı olmayacaklardır. Bu nedenle yargılama masrafları için teminat gösterilmediği takdirde, davalı taraf dava sonucunda lehine hükmedilmiş olan miktarı ödeme güçlüğü içerisinde olduğu için davacıdan alamayacağı gibi, tahkim sözleşmesine taraf olmadığı için finansörden de

alamayacaktır. Ancak üçüncü kişi finansmanının varlığı tek başına yargılama giderleri için teminat gösterilmesine neden olmamalıdır. Aksi takdirde tarafların adalete erişim hakları zedelenebilir. Tahkimde üçüncü kişi finansmanının varlığı yargılama masrafları için teminat gösterilmesine ilişkin ICSID'in tutumunu da değiştirmeye başlamıştır. ICSID kurallarını güncellemektedir ve teminat konusu da doğrudan bu kurallar içerisinde yer alacaktır.

Son olarak finansöre başvurulması bazen mecburiyetten doğmaktadır. Tıpkı *Norscot v. Essar* davasında olduğu gibi, davacı taraf ödeme güçlüğüne davalının eylemleri sebebiyle düşürülmüş olabilir. Yine davalı tarafından yargılama masrafları için teminat yatırılması gerekliliği ileri sürülerek ekonomik anlamda zorluk çeken davacının hak arama özgürlüğü engellenebilir. Bu durumda davacı, finansör aracılığıyla davasını milletlerarası tahkimde savunabilecektir. Ancak dava lehine sonuçlansa dahi yüksek bir miktarı finansman sözleşmesi gereği, finansörle paylaşmak mecburiyetinde kalacaktır. Bu durumun önüne geçilmesi için davada üçüncü kişi finansmanı varlığının dava gideri olarak ele alınması gerekliliği savunulmaktadır. Hakemlerin bu yönde karar verebilmeleri için davaya uygulanacak olan hukukun, hakemlere yargılama masraflarını taraflar arasında paylaşırabilme yetkisi vermiş olması gerekir. Ayrıca bu kurallarda hakemlere nelerin yargılama gideri olabileceğine dair karar vermek konusunda bir takdir hakkı tanınmış olmalıdır. Ancak bu yetkiye sahip olsalar dahi, hakemler her dava için finansörün alacağı payı yargılama gideri olarak karşı tarafa yüklememelidir. Aksi takdirde davayı kaybedecek olan taraf, her davada kendisinden bağımsız olarak çok yüksek miktarda belirlenmiş olan finansörün payını ödemek zorunda bırakılma tehlikesiyle kalır ki bu da adil yargılanma hakkıyla bağdaşmaz.

KAYNAKÇA

- Affaki, Bachir Georges : “A Financing is a Financing is a Financing...”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, Antonias Dimolitsa, Vol. 10, Kluwer Law International ve International Chamber of Commerce (ICC), 2013, 10-16.
- Akıncı, Ziya : **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Kamil / Yıldırım, Nevhis Deren : **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Allen Prince, Natalie / Hooker, William / David Turner : How Can Arbitrators Best Protect Their Deliberations from Disclosure: New Challenges and Opportunities in England”, ed. Maxi Scherer, **Journal of International Arbitration**, Volume 36, Issue 2, Kluwer Law International, 2019, 259-275.
- Alonso, Trinidad : **Third-Party Funding’s Older Sibling: Legal Costs Insurance and The Issue Of Regulation**, 2017, Kluwer Arbitration Blog, (Çevrimiçi) 23.08.2019.

Alrashid, Meriam /

Wessel, Jane /

Laird, John

: “Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration”, **Dispute Resolution International**, S. 6, No 2, October 2012, 101-129.

Ataman-Figanmeşe, İnci

: “Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 1, C. 31, 2011, s. 91-152.

Ayoğlu, Tolga

: “Milletlerarası Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, İstanbul, 2011, 121-141

Balkar Bozkurt, Süheyla

: “Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 129-130, C. 10, 2015, s.121-222.

Balkar Bozkurt, Süheyla

: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, 1. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Birengel, Tilbe

: **Tahkim Masraflarının Paylaşımı**, 2018. <http://www.erdem-erdem.av.tr> (Çevrimiçi) 12.08.2019.

- Barlas, Nami : **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4.bs, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Bao, Chian : “Third Party Funding in Singapore and Hong Kong”, **Journal of International Arbitration**, ed.: Maxi Scherer, Kluwer Law International, Vol.34, Issue 3, 2017, 387-400.
- Barker, George : “**Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe**”, Journal of Law, Economics & Policy 8 J.L. Econ. & Pol'y, 2011, Issue 1, Heinonline, 2012, s.451-524.
- Barrington, Louise : “Third-Party Funding and the International Arbitrator”, **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer**, ed.: Patricia Shaughnessy and Sherlin Tung, Kluwer Law International, 2017, s.15-24.
- Beisner, John /
Miller, Jessica /
Rubin, Gary : “Selling Law Suits Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States”, **US Chamber Institute for Legal Reform**, 2009, <https://www.instituteforlegalreform.com/> (Çevrimiçi) 07.06.2019.
- Bilgehan, Yeşilova : “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, **TBB Dergisi**, S. 76, 2008, s. 83-164.

- Bogart, Christopher : “Third-Party Financing of International Arbitration”, **b-Arbitra Belgian Review of Arbitration**, ed.: Annet van Hooft, Jean-François Tossens, Vol. 2017, Issue 2, ed.: Annet van Hooft and Jean-François Tossens, Wolters Kluwer, 2017, s. 315-325.
- Bogart, Christopher : RSM v. St. Lucia: **Why the majority got it wrong on security for costs**, 2014, <https://www.burfordcapital.com/blog/rsm-v-st-lucia-majority-got-wrong-security-costs/>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.
- Born, Gary : **International Commercial Arbitration**, Second Edition, Kluwer International Arbitration, 2014.
- Boom, Willem Van : **Third-Party Financing in International Investment Arbitration**, 2011, <https://ssrn.com/abstract=2027114>, (Çevrimiçi) 28.06.2019.
- Brekoulakis, Stavros L./
Goeler, Jonas von : **The Arbitration Agreement and Arbitrability, It’s all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration**”, Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, ed.: Christian Klausegger ve Peter Klein, Avusturya, 2017, 1-21.

- Çalışkan, Yusuf : “Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 3, C. 22. 2016, s. 645-658.
- Cliento, Chiara/
Benjamin Guthrie : **Is Investor-State Arbitration Warming up to Security for Costs?**, 2019, Kluwer Blog, (Çevrimiçi) 24.06.2019.
- Çal, Sedat : “Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 4, 2008, s. 135-190.
- Çelen, Serhat : **Third Party Funding in Arbitration: Everyone Deserves A Chance**, 2012, s. 20, <https://www.academia.edu/> (Çevrimiçi), 09.04.2019.
- Çelikel, Aysel /
Öztekin Gelgel, Günseli : **Yabancılar Hukuku**, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.
- Çelikel, Aysel /
Erdem, B. Bahadır : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017.
- Darwazeh, Nadia /
Leleu, Adrian : “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding”, **Journal of International**

- Arbitration**, Vol. 33, Issue 2, S. 33, Kluwer Law International, 2016, s. 125-150.
- Dos Santos, Caroline : “Third-party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep’s Clothing?”, **Association Suisse de l'Arbitrage**; Kluwer Law International, Vol. 35, Issue 4, ed. Mathias Scherer, 2017, s.918-936.
- Eken, Can : Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, **Dokuz Eylül Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018.
- Ekşi, Nuray : **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış)**, 5. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2018.
- Esen, Emre : “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atâ Sakmar’a Armağan**, C.8, S.1, 2011, s. 355-380.
- Fabbri, Mauricio Pestilla : “Inapplicability of the Arbitration Agreement Due to the Impecuniosity of the Party”, **Revista Brasileira de Arbitragem**, ed.: João Bosco

- Lee, Daniel de Andrade Levy, Kluwer Law International, Vol. 15, Issue 57, 2018, s. 67-96.
- Fellas, John : “Can Arbitrators Award Third-Party Funding Costs,” **New York Law Journal**, S.257, No 125, 2017, <https://s3.amazonaws.com/hhr-web/files/Can-Arbitrators-Award-Third-Party-Funding-Costs.pdf>, (Çevrimiçi) 03.03.2019.
- Flecke-Giammarco, Gustav : “The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration”, **WTO Litigation, Investment Arbitration**, ed. Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti, Franz X. Stirnimann, Kluwer Law International, Hollanda, 2013 s. 389-421.
- Garcia, Frank : “Third Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System, Boston College Law School”, **Boston College Law School Faculty Papers**, S. 59, 2018.
- Giray, Kerem : “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 2, İstanbul 2015, 63-120.
- Goeler, Jonas Von : “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, **International Arbitration Law Library**, Vol. 35, Kluwer Law International, 2016 (TPF olarak kısaltılmıştır).

- Goeler, Jonas Von : **“The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Directio”**, Kluwer Blog, 2016.
- Goeler, Jonas Von : **“Show Me Your Case and I’ll Show You the Money – How to Balance Conflicts Between Third-Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings,”** 2016, (Kluwer Arbitration Blog) (Çevrimiçi) 07.07.2019
- Goldsmith, Aren /
Melchionda, Lorenzo : **“The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”**, 2016, Kluwer Blog, (Çevrimiçi), 18.07.2019.
- Greenwood, Lucy : **“Chapter 6: Moving Beyond Diversity Toward Inclusion in International Arbitration”**, **Stockholm Arbitration Yearbook 2019**, ed. Axel Calissendorff, Patrik Schöldstrom, Stockholm Arbitration Yearbook Series, Volume 1, Kluwer Law International, 2019, s.93-103.
- Haggerty, Kang : **Be Careful Before Relying on the Common Interest Doctrine**, 2016, <https://www.khflaw.com/news/careful-relying-common-interest-doctrine/> (Çevrimiçi) 07.07.2019
- Hendel, Clifford : **"Third Party Funding", Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje**, Volume 2010, Issue 9, Wolters Kluwer, İspanya, 2010 s. 67-81.

- Henriques, Duarte Gorjão : “Third-Party Funding: A Protected Investment?”, **Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje**, Vol. 2017, Issue 30, Wolters Kluwer España, 2017, s. 101-141.
- Henriques, Duarte Gorjão : “**The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the ‘Full-Disclosure-Wingers’ of TPF in International Arbitration**”, 2016, Çevrimiçi (Kluwer Blog) 25.06.2019.
- İnal, Emrehan : **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Jarvin, Sigvard /
Nguyen, Corinne : **Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents**, Kluwer Law International, 2017.
- Kaplan, Charles : “Chapter 6. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor and Antonias Dimolitsa, Volume 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 70-78.

- Kadhim, Noor : “**Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration**”, 2017, Kluwer Blog, (Çevrimiçi) 21.10.2018.
- Kayalı, Didem : “Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, Derleyen: Nuray Ekşi, S. 1, C. 8, 2019, s.83-117.
- Kayalı, Didem : “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesinin İngiliz Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Özel Sayı (Rona Aybay’a Armağan), C.2, İstanbul, 2014, s. 1483-1513.
- Kayalı, Didem : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Kirtley, William / Wietrzykowski, Koralie : "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?", **Journal of International Arbitration**, Volume 30, Issue 1, 2013, s. 17-30.
- Kröll, Stefan : “The Incapable of Being Performed Exception in Article II (3) of the New York Convention”, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice**, ed. Emmanuel Gaillard vd. 2008, s.323-353.

- Koch, Christopher : “Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions”, **Journal of International Arbitration**, Volume 31, Issue 4, Kluwer Law International, 2014 s.485-497.
- Kuru, Baki : **Hukuk Muhakameleri Usulu**, 6. Baskı, C. 6, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.
- Kuru, Baki : **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı** (Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı), Adalet Basım Yayım Dağıtım San. Ve Tic. Ltd. Şti., 2013.
- Kühner, Detlev : “The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany”, **Journal of International Arbitration**, Kluwer International Law, Vol. 31, Issue 6, 2014, 807-818.
- Kühn, Wolfgang /
Oeveren, Hanneke van : “The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?”, **Journal of International Arbitration**, ed. Maxi Schrer, Volume 35, Issues 3, Kluwer Law International, 2018, s. 307-328.
- Lau, Victor : “**Arbitration Proceeds Despite a Failure to Pay Advance on Costs**”, 2014,

<https://www.claytonutz.com/knowledge/2014/september/arbitration-proceeds-despite-a-failure-to-pay-advance-on-costs>,
(Çevrimiçi) 03.05.2019.

Lefevre, Françoise /
Callens, Peter /
Croisant, Guillaume

: “Legality of Third-Party Funding Mechanisms Under Belgian Law”, ed.: Annet van Hooft, Jean Francois Tossens, **Belgian Review of Arbitration**, Wolters Kluwer, Vol. 2017 Issue 1, 2017.

Leventhal, Alexander

: **The 2018 Proposals for Amendments of the ICSID Rules: ICSID Enters the Era of Trump, Populism, and State Sovereignty**, 2019, www.asil.org, (Çevrimiçi) 22.06.2019

Levy, Laurent /
Bonnar, Regis

: “Chapter 7. Third - Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings”, **Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor and Antonias Dimolitsa , Volume 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 78-95.

Livschitz, Tamir

: “Third Party Funding in Arbitration”, **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Second Edition)**, ed.

- Manuel Arroyo; Kluwer Law International, Second Edition, 2018, s.2615-2632.
- Lutrell, Sam : “Observations on the Proposed New ICSID Regime for Security for Costs”, **Journal of International Arbitration**, ed. Maxi Scherer, Volume 36, Issue 3, Kluwer Law International, Kluwer Law International 2019, s. 385-399.
- Mejia, Sebastian : “Recovering the Costs of Third-Party Funding: From Impossible to Plausible”, **40 under 40 International Arbitration**, ed. Carlos Gonzalez-Bueno, 2018, s.479-488.
- Mohammed, Yasmin : **A partial commentary of the RSM Production Corporation v. Saint Lucia decision on Security for Costs**, <http://emailing.iccwbo.org/events/Yasmin-Mohammad.pdf>, (Çevrimiçi) 22.06.2019.
- Moses, Margaret : **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, Third Edition, Cambridge University Press, 2017.
- Moyano, Juan Pablo : “Impecuniosity and the Courts’ Approach to the Validity of the Arbitration Agreement”, **Journal of International Arbitration**, ed.: Maxi Scherer, Kluwer Law International, Vol. 34, Issue 4, 2017, s. 631-652.

Ng, Jern-Fei : **“UK: The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration”**,
<http://www.mondaq.com>
Çevrimiçi (12.04.2019)

Nieuwveld, Lisa Bench /
Sahani, Victoria Shannon : **Third-Party Funding in International Arbitration, Second Edition**, 2nd Edition,
Kluwer Law International, 2017.

Nieomaj, Asaf : **Here Comes the Revolution? Here Comes the Revolution! Provisional Measures Under the New Proposed ICSID Arbitration Rules: Where Are We Heading Now?**, 2019, Kluwer Blog, (Çevrimiçi) 25.06.2019.

Nomer, Ergin /
Ekşi, Nuray /
Öztekin Gelgel, Günseli : **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 5. Basım, C. 1, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

Nomer, Ergin / : **“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”**, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt. 4, S. 1, 1984, s.29-31.

Onele, Joseph : **“Third Party Funding for Arbitration in Nigeria: Yea or Nay?”**, Kluwer Blog, 2018, (Çevrimiçi), 23.04.2019.

Osmanoğlu, Burcu : “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, **Journal of International Arbitration**, ed.: Maxi Scherer, S. 32, 2015, s.325-349.

Ovacık, Mustafa : **İngilizce – Türkçe Hukuk Sözlüğü (English – Turkish Law Dictionary)**, 3. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2000.

Özdemir-Kocasakal, Hatice : “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Möhük m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.30, S.1-2, 2010, 27-62.

Özsoy, Mehmet Akif. / Sönmez, Gökhan : “Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi Kuralları,” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 37, C. 2, 1.Basım, 2017, 1052-1089.

Park, William W. / Rogers, Catherine : “The Arbitration Agreement and Arbitrability, Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, ed.: Christian Klausegger , Peter Klein,v.d., **Austrian Yearbook on International Arbitration**, 2015.

Pascucci, Daniel T. / Fallas, Edward

: “**Are Third-Party Funding Costs Recoverable in Arbitration**”, 2018, (Blog Yazısı) <https://www.lexology.com/> (Çevrimiçi) (25.05.2019).

Pekcanitez, Hakan /
Yeşilırmak, Ali

: **Medeni Usul Hukuku**, 15. Basım, C. 3, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Roman, Bernardo Cremades

: “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, **Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje**, Wolters Kluwer España, 2012, Vol. 2012, Issue 13, s.155-187.

Rubino-Sammartano, Mauro

: “The Problems Faced by Developing Countries in International Arbitration,”, **Asian Dispute Review**, Volume 9, Issue 1, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2007, s. 34-37.

Petit, Sherina /
Jacobs, Daniel

: “Maintenance and Champerty; An End To Historic Rules Preventing Third-Party Funding?”, **International Arbitration Report**, ed.: Mark Baker, Pierre Bienvenu, 2016.

Pürselim, Hatice Selin

: “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.20 S.2, 2014, s.3-21.

Santarelli, Elvezio

Selvini, Monica

: **“Under what circumstances may a tribunal grant security for costs in investment treaty arbitration?”** (Manuel García Armas v Venezuela), Lexis Nexis, 2018.

Segesser, Georg von /

Christopher Boog

: “Chapter 6: Interim Measures”, **International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition)**, ed.: Elliott Geisinger, Nathalie Voser, Kluwer Law International, 2013.

Shaffer, Gregory

: **“The Challenges of WTO Law: Strategies for Developing Country Adaptation”** Loyola University Chicago, 2006
<http://www.worldtradelaw.net/articles/shafferdc.pdf>.download (Çevrimiçi), 27.07.2019.

Shahdadpuri, K. Hashu

: “Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, ed.: Michael Pryles/Philip Chan, **Asian International Arbitration Journal**, Kluwer Law International, Vol. 12, Issue 2, 2016, s.77-106.

Sharma, Umika

: **“Third Party Funding in Investment Arbitration: Time to Change Double Standards Employed for Awarding Security for Costs?”**, (Kluwer Arbitration Blog), (Çevrimiçi) 21.08.2019.

Sim, Christine : “Using Costs Orders to Regulate Third Party Funding”, **Asian Dispute Review**, ed. Romesh Weeramantry, John Choong, Vol. 20, Issue 1, 2018, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), s.12-19.

Stoyanov, Marie /
Owczarek, Olga : “Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?”, **BCDR International Arbitration Review**, Vol. 2, Issue 1, Kluwer Law International, 2015, s.171-199.

Sahani, Victoria Shannon : “Judging Third-Party Funding”, **63 UCLA L. Rev.** **388**, 2016, s.1-54.

Sahani, Victoria Shannon : **Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration**, 2017 (Blog Yazısı) <https://oxia.oupplaw.com/> (Çevrimiçi) 23.03.2019.

Sahani, Victoria Shannon /
Smith, Mick /
Deniger, Christiane : “Third Party Financing in Investment Arbitration”, **Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration**, ed.: Christina L. Behary, Leiden Boston Brill Nijhoff, 2018, s. 27-56.

Scherer, Maxi /
Goldsmith, Aren

- Flechet, Camille : “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 - Funders' Perspectives”, **International Business Law Journal**, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 164/2013, 2012, s. 207- 220.
- Scherer, Maxi : “Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)**, ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor ve Antonias Dimolitsa, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 10, Kluwer Law International ve International Chamber of Commerce (ICC), 2013 s. 95-101.
- Seidel, Selvyn : Snapshot Contemporary Litigation Finance, Lap Lambert Academic Publishing, (Henüz yayımlanmadı), 2019.
- Seidel, Selvyn : “Third-party Investing in International Arbitration Claims to Invest or Not to Invest? A Daunting Question”, **Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)**, ed.: Bernardo M. Cremades, Sanz-Pastor ve Antonias Dimolitsa Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2013.
- Seidel, Selvyn / Sandra Sherman : “Corporate Governance Rules Are Coming to Third Party Financing of International

Arbitration (and in General) July 8, 2013”,
Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, ed.: Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, Vol. 10, Kluwer Law International and International Chamber of Commerce (ICC), 2013, s. 32-49.

Shahdadpuri, K Hashu

: “Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”, **Asian International Arbitration Journal**, ed.: Michael Pryles, Philip Chan, Vol. 12, Issue 2, Kluwer Law International, 2016, s.77-106.

Silver, Charles

: “Litigation Funding versus Liability Insurance: What’s the Difference?”, **DePaul Law Review: A Brave New World: The Changing Face of Litigation and Law Firm Finance**, S.63, C.2, 2014, s. 617-654.

Sosnick, Noah

: **ICSID Rules Amendments: Two Major Proposed Reforms and Reactions from State and Private Actors**, 2019,
http://aria.law.columbia.edu/icsid-rules-amendments-two-major-proposed-reforms-and-reactions-from-state-and-private-actors/#_ftn2, (Çevrimiçi) 25.06.2019

- Steinitz, Maya : “Whose Claim Is This Anyway- Third-Party Litigation Funding”, **Minnesota Law Review**, Vol. 95, No. 4, 2011, s.1239-1268.
- Süral Efeçinar, Ceyda : “Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, s.33-62.
- Şanlı, Cemal : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, 6. Bası, Beta Yayıncılık, 2016.
- Şanlı, Cemal/
Esen, Emre/
Ataman-Figanmeşe, İnci : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Tüysüz, Cemre : “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 37, Issue 2, İstanbul, 2017, s.846-873.
- Tüysüz, Cemre : **Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar**, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2017.
- Veljanovski, Cento : “Third-Party Litigation Funding in Europe”, **Journal of Law, Economics & Policy**, ed.: Larry Pounds vd. S. 8, C. 3, 2011.

Waincymer, Jeffrey : **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012.

Voser, Nathalie /
Petti, Angelina. M : “The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, **ASA Bulletin**, Volume 33 Issue 1 Association Suisse de l'Arbitrage ve Kluwer Law International, s. 6-36.

Yasan, Candan : “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, ed. Emine Eylem Aksoy Retornaz vd. S.1, C.8, 2011, s.777-806.

Yıldızoğlu, Ergin : Venezuela Krizi: Ülke Nasıl Bu Duruma Geldi?,
<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya/47019657> (Çevrimiçi) 23.06.2019.

Zivkovic, Patricia : “Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts Practice”, **Croatian Arbitration Yearbook**, Vol. 23, 2016, s. 33-52.

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

Black's Law Dictionary, (10th ed. 2014), ed: Chief Bryan A. Garner Thomson Reuters West Law Edge.

Compendium of State and Public Comments on WP #2, 2019,
<https://icsid.worldbank.org/en/amendments> (Çevrimiçi) 13.08.2019.

Decisions on Costs in International Arbitration – ICC Arbitration and ADR Commission Report, (Offprint From Icc Dispute Resolution Bulletin), Issue 2, 2015, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads> (Çevrimiçi) 18.05.2019;

“Fürstlicher Oberster Gerichtshof”, Liechtenstein – 04 CG.2007.225, Kündigung der Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit einer Partei, Supreme Court of Justice of Liechtenstein, 04 CG.2007.225, 7 August 2008' **German Arbitration Journal**, ed.:Jörg Risse, Kluwer Law International; Vol. 6 Issue 6, 2008, s. 306 – 307.

ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, <https://www.arbitrationicca.org/media> (Çevrimiçi) 27.01.2019.

Kanada Devleti’nin ICSID İkinci Değişiklik Tasarısı’na İlişkin Eleştirileri, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Canada_CommentsWP2_06.10.2019.pdf, (Çevrimiçi) 25.06.2019.

Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Working Paper, 3, 2018 https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf, (Çevrimiçi) 27.06.2019

The Economic Research January 2019, Insolvency Outlook, s. 12-13 https://www.eulerhermes.com/content/dam/onemarketing/euh/eulerhermes_com/erd/publications/pdf/Global-Insolvencies-Jan19.pdf, (Çevrimiçi) 13.02.2019.

The History of Litigation Funding, <https://tauruscapital.co.za/2016/09/11/the-history-of-litigation-funding>, 2016, (Çevrimiçi) 09.05.2019.

Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı, Ed.: Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılı Revize Edilmiş Şekliyle), Çeviren:Ergun Özsunay, İhlas Gazetecilik A.Ş, 2014

2015 International Arbitration Survey: “Improvements and Innovations in Intemational Arbitration”, Queen Mary, University of London and White & Case, <https://www.whitecase.com/publications/> (Çevrimiçi) 14.05.2019.

2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, (Çevrimiçi) 29.07.2019.

<http://third-party-funding.org/the-economist-third-party-funding-as-investment> (Çevrimiçi) 09.05.2019.

<https://iccwbo.org/publication/informationtechnologyinternationalarbitrationreporticc> commissirbration-adr/ 18.04.2019.

<https://imf.com.au/cases> (Çevrimiçi) 18.08.2019.

<http://siac.org.sg/our-rules/62-our-rules/rules/504-siac-ia-rules-2017> (Çevrimiçi) 09.05.2019.

<https://ccbc.org.br/camccbccentroarbitragemmediacao/en/administrativeresolutions/r> a182016finmento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/ (Çevrimiçi) 18.08.2019.

<https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/About/about.aspx> (Çevrimiçi) 11.08.2019.

https://icsid.worldbank.org/en/amendments_(Çevrimiçi) 18.08.2019.

https://arbitrationicca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_p rint__april.pdf (Çevrimiçi) 24.07.2019

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (Çevrimiçi)

24.07.2019

<http://statutes.agc.gov.sg> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<http://gia.info.gov.hk> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<https://www.ibanet.org> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017> (Çevrimiçi) 27.01.2019.

<http://associationoflitigationfunders.com/litigation-finance/> (Çevrimiçi) 13.07.2019

<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>

http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf
(Çevrimiçi) 13.07.2019

<http://ikonion.net/index.php/tahkim/mevzuat/30-uncitral-tahkim-kurallari-2010-revizesi-ile> (Çevrimiçi) 09.05.2019.

<https://istac.org.tr/> (Çevrimiçi) 09.05.2019.

http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status

http://uncitral.org/pdf/english/commissionessions/51stsession/acn9935clean_submitted_ADVANCE_COPY.PDF (Çevrimiçi) 09.05.2019.

<https://arbitration-icca.org/> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<https://italaw.com/cases/2121>(Çevrimiçi) 24.07.2019

<http://burfordcapital.com/eu/customers/risk-management-eu/> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<https://omnibridgeway.com/services/> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<https://vannin.com/downloads/fif6-articles/fif6-third-party-terms.pdf> (Çevrimiçi)
24.07.2019

<http://arbitration.qmul.ac.uk/> (Çevrimiçi) 24.07.2019

<http://ketencilaw.com/litigation-finance.html> (Çevrimiçi) 24.07.2019

https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2018/01/DRAFT-Litigation-Funding-Agreement-final-full-version_v1.pdf (Çevrimiçi) 25.08.2019

<http://burfordcapital.com/wpcontent/uploads/2018/03/2018.03.13BurfordsellsTeinverInvesment-for-107-million-FINAL.pdf> (Çevrimiçi) 11.04.2019

<http://third-party-funding.org/statutes-cases-and-literature/>, (Çevrimiçi) 27.05.2019.

<https://mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2008/07/personal-injury-solicitor-and-recovery-agent-charge>, (Çevrimiçi) 11.04.2019

<https://www.longfordcapital.com/media/law-firm-portfolio-investment-august-27-2018> (Çevrimiçi) 27.02.2019

<http://bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html> (Çevrimiçi) 11.04.2019

<http://newyorkconvention.org/countries> (Çevrimiçi) 21.04.2019

<https://courtlister.com/opinion/1555024/abu-ghazaleh-v-chaul>
(Çevrimiçi) 12.06.2019

<https://chambers.com/guide/global?publicationTypeId=2&practiceAreaId=1245&subsectionTypeId=1&locationId=15649> (Çevrimiçi) 25.07.2019

<http://neilkaplan.com/wpcontent/uploads/2013/08/CannonwayConsultantsLimitedvKenworthEngineering-Limited-HCCT5-of-1994.pdf> (Çevrimiçi) 25.07.2019

<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/bf0fd6fe/maintenanceandhamperty>, (Çevrimiçi) 01.08.2019.

<https://economist.com/finance-and-economics/2018/01/25/venezuelas-currency-plumbs-unknown-depths> (Çevrimiçi) 16.08.2019