

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

ULUSLARARASI TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ TARAF
FİNANSMANI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kenan YILMAZ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İlhan YILMAZ

AĞUSTOS 2022

ÖNSÖZ

“Uluslararası Tahkimde Üçüncü Taraf Finansmanı” adlı bu tez çalışması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır

Uluslararası Tahkimde Üçüncü Taraf Finansmanı konulu yüksek lisans tez çalışmamda danışmanım olmayı kabul eden, konumuzun belirlenmesi aşamasındaki süreçten bugüne, tecrübe ve engin fikirleriyle destek ve yardımlarını bir an olsun esirgemeyen saygıdeğer danışman hocam Doç. Dr. İlhan Yılmaz’a en içten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım. Yüksek lisans ders aşamasında kendisinden almış olduğum derste anlattıklarıyla uluslararası uyuşmazlıklara bakışındaki ufkumu ve vizyonumu etkilemiş, hiç şüphesiz bu tezin yazımı aşamasındaki gayret ve çabanın sonuca ulaşabilmesinde en büyük etken olmuştur.

Tez jürimde yer almayı kabul ederek beni onurlandıran, sayın Doç. Dr. Süheyla Balkar’a ve sayın Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning’e teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Tez yazım aşamasında ihtiyacım olan kaynakların temin edilmesi konusunda yardımcı olan başta Huriye Çelebi olmak üzere Galatasaray Üniversitesi Kütüphanesi çalışanlarına ve özellikle online kaynakların erişimimize sunulmasında emeği geçen herkese ayrıca teşekkür etmek isterim.

Son olarak, fedakarlığın ve sabrın ne olduğunu öğrendiğim bugünlere gelmemde kelimelere sığmayan emekleri olan annem Nazan Yılmaz’a, dürüstlüğü ve bana olan inancıyla yüksek lisansa devam edebilmemdeki en büyük desteği veren Fatih Kumbar’a, çalışmanın hazırlanması aşamasındaki ağır yükü kaldırabilmemde destekleri ve fikirleriyle katkı sunan Av. Ahmet Furkan Dam’a ve Av. Anıl Burak Gül’e teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT	xvii
ÖZET.....	xxvi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	6
1. GENEL OLARAK TAHKİM	6
1.1. Tahkim Anlaşması ve Tahkime Elverişlilik	8
1.1.1. Tahkim Anlaşması	8
1.1.2. Tahkime Elverişlilik	12
1.2. Olay Bazlı Tahkim – Kurumsal Tahkim Ayrımı	13
1.2.1. Olay Bazlı Tahkim	14
1.2.2. Kurumsal Tahkim.....	15
1.3. Yatırım Tahkimi – Ticari Tahkim Ayrımı.....	17
1.3.1. Yatırım Tahkimi.....	17
1.3.2. Ticari Tahkim.....	19
1.4. Uluslararası Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları	20
1.4.1. Uluslararası Tahkimin Avantajları.....	20
1.4.2. Uluslararası Tahkimin Dezavantajları ve Bunlara İlişkin Çözüm Yöntemleri	22
2. KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANACAK HUKUK.....	23
2.1. Benzer Finansman Modellerinden Farkları.....	24
2.2. Tanımı.....	28
2.3. İlkesel Temeli: Adalete Erişim.....	36
2.4. Hukuki Niteliği	42

2.4.1.	Tipik Sözleşme.....	44
2.4.1.1.	Adi Ortaklık Sözleşmesi	44
2.4.1.2.	Gizli Adi Ortaklık Sözleşmesi.....	46
2.4.1.3.	Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi.....	49
2.4.1.4.	Factoring Sözleşmesi.....	50
2.4.1.5.	Alacağın Temlik Sözleşmesi.....	51
2.4.1.6.	Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşme.....	53
2.4.2.	Kendine Özgü Sözleşme.....	56
2.5.	Esasa Uygulanacak Hukuk	57
2.5.1.	Genel Olarak	57
2.5.2.	Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmış Olması.....	59
2.5.3.	Hukuk Seçiminin Bulunmaması	63
2.5.3.1.	Ulusal Mahkemeler Tarafından Belirlenmesi	63
2.5.3.2.	Hakem Heyeti tarafından Belirlenmesi.....	66
2.6.	Sözleşmenin İçeriği.....	69
2.6.1.	Tarafları	71
2.6.1.1.	Finansörler.....	71
2.6.1.2.	Finansmandan Yararlananlar.....	74
2.6.2.	Gizlilik ve Münhasırlık.....	76
2.6.3.	Sözleşme Öncesi Davanın Değerlendirilmesi.....	78
2.6.4.	Finansman Teklifi	80
2.6.5.	Tarafların Hak ve Yükümlülükleri.....	85
2.6.5.1.	Mali Konular	86
2.6.5.2.	Davanın Kontrolü Konuları.....	88
2.6.6.	Fesih	91
2.7.	Kazanılan Tutarın İlgililer Arasında Paylaşılması: Paylaşım Sözleşmesi	93
	İKİNCİ BÖLÜM.....	95
3.	ÜÇÜNCÜ TARAF FİNANSMANIN YARATTIĞI SORUNLAR.....	95
3.1.	Finansmanın Varlığının Açıklanması.....	95
3.1.1.	Finansmanın Varlığı.....	95
3.1.2.	Finansmanın Açıklanması İhtiyacı.....	99
3.1.2.1.	Çıkar Çatışması	100
3.1.3.	Açıklanmamasının Yaratabileceği Sorunlar	103
3.1.4.	Açıklanmasının Zorunlu Olmasını Eleştiren Görüşler.....	104
3.1.5.	Açıklanmasının Zorunlu Olması Gerektiği Yönündeki Görüşler ve Açıklama Zorunluluğunun Kapsamı	106
3.1.6.	Finansmanın Varlığının Açıklanmasına İlişkin Düzenlemeler.....	111
3.1.6.1.	İki veya Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları	111
3.1.6.2.	Kurumsal Tahkim Merkezleri Tarafından Yapılan Düzenlemeler.....	112
3.1.6.3.	Özel Olarak ICSID ve UNCITRAL Düzenlemeleri.....	117
3.1.6.4.	Ulusal Düzenlemelerin Öncüleri: Singapur ve Hong Kong.....	123

3.2. Gizlilik	124
3.2.1. Tahkim Yargılamasında Gizlilik.....	124
3.2.2. Tahkim Yargılamasında Gizliliğin Kapsamı	126
3.2.3. Üçüncü Taraf Finansörün Varlığının Tahkimde Gizliliğe Olan Etkisi ..	127
3.2.3.1. Finansör ile Paylaşılan Bilgi ve Belgeler Kapsamında Gizlilik Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Sorunu	127
3.2.3.2. Gizlilik Yükümlülüğünün İstisnaları Kapsamında Finansör ile Paylaşılan Bilgi ve Belgelerin Yeri	129
3.2.3.3. Finansör ile Paylaşılan Bilgi ve Belgeler Kapsamında Avukatın, Müvekkiline Karşı Gizlilik Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Sorunu	131
3.3. Yargılama Giderleri	134
3.3.1. Genel Olarak Yargılama Giderleri	134
3.3.2. Yargılama Giderlerinin Paylaştırılması.....	137
3.3.2.1. Sonuca Bağlı Masraf Paylaşımı	138
3.3.2.2. Orantılı Paylaşım	139
3.3.2.3. Amerikan Kuralı	140
3.3.3. Üçüncü Taraf Finansmanın Etkisi.....	141
3.3.3.1. Finansörün Masrafları.....	142
3.3.3.2. Finansman Ücreti.....	144
3.3.3.3. Finansörün Sorumluluğu.....	153
3.3.3.4. Durum Tespiti Giderleri.....	157
3.4. Teminat Gösterilmesi	158
3.4.1. Genel Olarak	158
3.4.2. Hakem Heyetinin Teminat Gösterilmesine Karar Verme Yetkisi	159
3.4.3. Uygulanacak Kriterler	161
3.4.3.1. Uluslararası Ticari Tahkim Bakımından.....	162
3.4.3.2. Uluslararası Yatırım Tahkimi Bakımından.....	162
3.4.4. Üçüncü Taraf Finansmanın Etkisi.....	165
3.4.4.1. Üçüncü Taraf Finansmanın Dikkate Alınmaması Gerektiği Yönündeki Düşünceler	165
3.4.4.2. Üçüncü Taraf Finansmanın Dikkate Alınması Gerektiği Yönündeki Düşünceler.....	168
3.4.4.3. Finansman Anlaşmasının Uluslararası Ticari Tahkimde Teminat Kararı Verilmesine Etkisi	172
3.4.4.4. Finansman Anlaşmasının Uluslararası Yatırım Tahkiminde Teminat Gösterilmesi Kararına Etkisi.....	174
SONUÇ.....	184
BİBLİYOGRAFYA	191
ÖZGEÇMİŞ	223

KISALTMALAR

AAA-ICDR	: American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (Amerikan Tahkim Birliği – Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)
AIAC	: Asian International Arbitration Centre (Asya Uluslararası Tahkim Merkezi)
ALF	: Association of Litigation Funders (Dava Finansörleri Birliği)
BM	: Birleşmiş Milletler
bkz.	: Bakınız
CAM-CCBC	: Centre for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada (Brezilya-Kanada Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)
CIAM	: Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (Madrid Uluslararası Tahkim Merkezi)
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission (Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Komisyonu)
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
dn.	: Dip Not
Delos	: Independent Arbitral Institution in Paris (Paris Bağımsız Tahkim Kurumu)
GSÜ SBE	: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HKIAC	: Hong Kong International Arbitration Center (Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi)
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
IBA	: International Bar Association (Uluslararası Barolar Birliği)

IDSC	: International Dispute Settlement Center (CIETAC tarafından tahkim başvurularını kabul eden Beijing’de mukim tahkim merkezi)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
md.	: Madde
MTK	: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÖHUK	: Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NAI	: Netherlands Arbitration Institute (Hollanda Tahkim Enstitüsü)
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SCC	: Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü)
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4237 Sayılı Türk Medeni Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNIDROIT	: The International Institute for the Unification of Private Law (Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü)
UNDP	: United Nations Development Programme (Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı)
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
VIAC	: Vienna International Arbitration Center(Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi)
yy.	: Yüzyıl

RÉSUMÉ

Dans notre étude, le financement par des tiers dans l'arbitrage international est discuté. Le financement par un tiers se produit lorsqu'un tiers qui n'est pas partie à l'arbitrage procède en apportant un soutien économique à l'une des parties à la procédure d'arbitrage pour couvrir les frais de l'arbitrage. Si la partie dont le financeur a pris en charge les frais obtient gain de cause, le financeur aura droit à une indemnité au taux déterminé sur l'avantage économique obtenu à l'issue du procès en contrepartie des frais et dépens qu'il a pris en charge, et ne pourra faire valoir aucun droit en cas d'échec à l'essai. En d'autres termes, le bailleur de fonds devra couvrir gratuitement les frais d'arbitrage de la partie financée.

Le financement par des tiers a d'abord été mis en pratique par le financement d'affaires devant les juridictions nationales. Dans ce contexte, bien que le financement des litiges soit principalement utilisé dans les affaires devant les juridictions nationales, dans notre étude, le financement par des tiers n'a été traité qu'en termes de procédure d'arbitrage et, le cas échéant, des comparaisons ont été faites en incluant les différences entre celui-ci et le contentieux. Dans ce contexte, notre thèse, qui traite du financement par des tiers dans l'arbitrage international, a été divisée en sections avec 3 titres principaux et des sous-titres liés à ces titres. Dans la première grande partie de notre étude, les concepts de base de l'arbitrage et du financement par des tiers dans l'arbitrage international sont expliqués. Par la suite, les avantages et les inconvénients de la procédure d'arbitrage ont été exposés et une introduction a été faite à la question du financement par des tiers, qui s'est développé face aux «coûts excessifs», considéré comme l'un des inconvénients de l'arbitrage. Dans la deuxième grande partie, la définition du tiers financement, son historique, sa nature juridique, la loi applicable au fondement du contrat et les éléments du contrat sont examinés. Dans la troisième grande partie qui suit, les problèmes que l'on peut rencontrer dans la mise en œuvre du tiers financement sont tentés d'être examinés en les concrétisant. Dans ce contexte, premièrement, l'obligation de divulguer le financement par des tiers aux parties arbitrales ou au tribunal arbitral a été examinée. Suite à ce titre, la question de la confidentialité du financement par un tiers est discutée en termes de financier, de bailleur de fonds, d'avocat de la partie financée et de l'autre partie à la procédure d'arbitrage. Ensuite, le rôle du financier est expliqué en exprimant comment et de

quelle manière la responsabilité des frais de l'arbitrage se produira à la suite de l'arbitrage. Enfin, en termes de frais d'arbitrage, les décisions du tribunal arbitral concernant la garantie du demandeur sont discutées, et l'effet de l'accord de financement sur la garantie du demandeur est discuté.

La raison d'expliquer les concepts de base de l'arbitrage et de l'arbitrage international dans la première partie de notre étude est de mieux comprendre le financement par des tiers. Parce que l'effet du financement par un tiers diffère en termes de cause, d'effet et de contenu selon les concepts de base expliqués ici. Ici, tout d'abord, les concepts d'arbitrage et d'arbitrage international sont mentionnés et leurs significations sont essayées pour être transmises. Ensuite, dans notre premier sous-titre, la convention d'arbitrage, qui est l'élément fondateur de l'arbitrage, est expliquée dans le cadre de la proportionnalité de la procédure arbitrale. S'il existe une convention d'arbitrage entre les parties, aucune des parties ne pourra plus saisir les juridictions nationales en cas de litige pouvant survenir entre elles. Car, en cas de litige devant les juridictions nationales, l'autre partie peut déposer une objection à l'arbitrage et peut empêcher que l'affaire soit entendue devant les juridictions nationales. Dans ce contexte, il semble possible pour les demandeurs, qui sont dans une situation financière précaire et qui se sont liés par une convention d'arbitrage, de faire valoir leurs droits uniquement auprès d'un tiers financement. Après les explications concernant la convention d'arbitrage, la question de l'arbitrabilité a été brièvement évoquée. Tout en expliquant ce sujet, des explications sont données sur la base de l'arbitrabilité objective et de l'arbitrabilité subjective, qui sont généralement utilisées dans la doctrine. Puis, dans le deuxième sous-titre, la distinction entre arbitrage institutionnel et arbitrage ad hoc est expliquée. Si les parties choisissent d'arbitrer en faveur de centres d'arbitrage institutionnels, le règlement d'arbitrage de ce centre devient courant quant au fonctionnement de la procédure d'arbitrage. Divers aspects du financement par des tiers sont réglementés par certains centres d'arbitrage institutionnels. Cependant, comme il n'y a pas de règles globales préétablies dans l'arbitrage ad hoc, les problèmes concernant le financement par des tiers seront résolus sur la base du choix des parties concernant le droit matériel et procédural. Dans notre troisième sous-titre, les différences entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement sont discutées. Alors que certains privilèges sont prévus pour le demandeur dans l'arbitrage d'investissement, il n'y a pas une telle séparation entre les parties dans l'arbitrage

commercial. Ces privilèges envisagés dans l'arbitrage des investissements sont également importants en termes de financement par des tiers. Par exemple, il ne serait pas faux de dire qu'il y a de sérieux avantages pour le demandeur dans l'arbitrage d'investissement à fournir une garantie en termes de frais d'arbitrage. Car dans ce type d'arbitrage, la liberté de l'investisseur de rechercher des droits est plus importante, et la fourniture de garanties est généralement soumise à des conditions beaucoup plus difficiles que l'arbitrage commercial. Dans notre dernier sous-titre, les avantages et les inconvénients de l'arbitrage sont donnés.

Dans la deuxième partie de notre étude, après avoir donné lieu à la définition du tiers financement et à son évolution historique, ses fondements sont évoqués en principe. Par la suite, la nature juridique du contrat a été incluse et comparée à des contrats types. Ensuite, la loi à appliquer à la base est donnée et les parties du contrat de financement par tiers sont expliquées et tentées d'être examinées dans le cadre de ses principaux éléments. Enfin, l'accord de priorités, qui est un cas particulier, est inclus. Sous le titre de tiers financement, qui est notre deuxième titre principal, le contrat de tiers financement a été expliqué en termes généraux et comparé à des institutions similaires. Dans ce contexte, sur la base de la distinction entre financement par un tiers au sens large et financement par un tiers au sens étroit, qui est admise dans la doctrine, les assurances de protection juridique de la partie potentielle à la procédure d'arbitrage sont fondées sur le succès- des contrats d'honoraires d'avocat (honoraires conditionnels, honoraires conditionnels) financés par un tiers qui n'est pas partie au litige. (ATE, BTE), les contrats de prêt et leurs différences avec l'aide juridictionnelle sont précisés.

Après cette détermination, la définition et l'historique du tiers financement et la première application de la convention de financement au sens moderne sont évoqués dans le premier sous-titre. Dans notre deuxième sous-titre, le principe d'accès à la justice, qui constitue le fondement de principe du financement par des tiers, est expliqué. Dans cette section, les interdictions d'entretien et de champerty imposées au financement par des tiers dans l'Angleterre médiévale sont expliquées et le processus menant à la levée de ces interdictions conformément au principe d'accès à la justice est expliqué. Parce que la partie en situation économique insuffisante, qui s'est liée par la convention d'arbitrage, ne peut pas recourir à l'arbitrage parce qu'elle ne peut couvrir

ses frais, et lorsqu'elle s'adresse aux juridictions nationales, elle ne peut faire valoir ses droits sur aucune tribune parce qu'elle fait face à une objection d'arbitrage. Le tiers financement permet à des personnes fortement convaincues d'avoir raison, mais dont la situation économique est mauvaise, de faire valoir leurs droits. Dans notre troisième sous-titre, la nature juridique du contrat de financement par un tiers est expliquée. Ici, tout d'abord, les principaux actes des parties au contrat de financement ont été tentés d'être révélés. Ensuite, les performances essentielles du contrat de tiers financement et du contrat de partenariat ordinaire, du contrat de partenariat ordinaire confidentiel, du contrat de prêt conclusif, du contrat d'affacturage, du contrat de cession de créances et les résultats des accords basés sur la chance et le hasard sont examinés de manière comparative. Bien que la convention de financement ait des points communs avec la quasi-totalité des conventions susmentionnées, à l'exception de la convention de partenariat ordinaire secrète, il a été déterminé qu'elle ne correspondait pas entièrement. Toutefois, lors de l'examen détaillé des droits et obligations des parties dans le contrat de partenariat ordinaire confidentiel, il a été déterminé qu'ils sont compatibles avec les droits et obligations des parties dans le contrat de financement par un tiers. En conséquence, il a été conclu que la nature juridique du contrat de tiers financement peut être un contrat de société en nom collectif confidentiel.

Dans le quatrième sous-titre, la loi applicable à la base de la convention de financement est expliquée. Dans ce contexte, tout d'abord, des principes généraux concernant la loi applicable sont énoncés. Ensuite, en fonction du critère de savoir si les parties ont choisi la loi applicable dans le contrat de financement, dans un premier temps, si un tel choix est fait, des explications sur la loi à appliquer à la base sont données. Par la suite, il a été précisé que si les parties ne faisaient aucun choix quant à la loi à appliquer au fond, la loi applicable serait déterminée par l'autorité de règlement des litiges. Considérant que l'autorité de règlement des différends peut être des tribunaux nationaux ainsi que des comités d'arbitrage institutionnels ou événementiels (ad hoc), des explications sur la manière de déterminer la loi applicable en fonction de ces possibilités sont données.

Dans notre cinquième sous-titre, il est abordé avec les éléments du contrat de tiers financement. Dans ce titre, les principaux droits, dettes et obligations de la convention de financement sont mentionnés. Dans ce cadre, en premier lieu, sont

précisées les dispositions qui peuvent figurer dans le contenu du contrat pour être accepté en tant que contrat de tiers financement. Par la suite, des explications ont été données sur l'identité et les caractéristiques des financeurs et de ceux qui ont été financés dans le contrat, et des exemples concrets ont été inclus. Les financiers parties au contrat ; Il peut s'agir de banques et de fonds d'investissement, ainsi que d'entreprises publiques ou privées dont la seule activité est de financer des procédures d'arbitrage et de contentieux. On constate également que des associations à but non lucratif financent des actions en justice conformément à leurs objectifs. Le cocontractant, bénéficiaire du financement, peut être toute personne ayant un cas justifié. Deuxièmement, l'accord de confidentialité que les parties signaient généralement avant d'entamer les négociations de l'accord de financement a été mentionné. Dans le processus jusqu'à la signature de l'accord de financement entre les parties, les dimensions juridiques, financières et administratives des réclamations du bailleur de fonds sont étudiées, en d'autres termes, des études de diligence raisonnable sont réalisées. Un accord de confidentialité est signé en termes de confidentialité des informations obtenues ici. Généralement, un accord d'exclusivité est signé entre les parties pendant que le processus de diligence raisonnable se poursuit. Dans un troisième temps, le travail de due diligence effectué par le financier suite à l'accord de confidentialité signé par les parties est expliqué. À cette étape, appelée étape de diligence raisonnable, les financiers examinent toutes les informations et tous les documents concernant le litige et déterminent la probabilité de gagner le procès. Cette étape est très importante pour les financiers. Parce qu'ils ne pourront pas récupérer leurs dépenses en cas d'échec du parti qu'ils financent. Dans la quatrième section, qui fait suite à ces explications, il est expliqué comment les financeurs déterminent l'offre de financement et la probabilité de gain, avec quelles méthodes et sur quelle base. À l'issue de cette étape, après que le financier et le bailleur de fonds se soient mis d'accord sur leurs attentes vis-à-vis du contrat de financement et sur les questions financières, les négociations contractuelles sont remplacées par le contrat. Dans la cinquième partie, au lieu d'examiner toutes les dispositions possibles de la convention de financement entre les parties, les droits et obligations des parties qui donneront son caractère au contrat sont examinés sous les rubriques des questions financières et du contrôle du dossier. Sous la rubrique des questions financières, des questions telles que le montant du paiement à verser à la personne financée, la façon dont ce montant sera déterminé, le rôle des situations imprévues et les gains et les pertes des financiers sont

abordées en termes généraux. D'autre part, en matière de contrôle de l'affaire, l'interdiction d'acheter l'affaire a été acceptée comme la première ligne, et les questions de savoir comment et de quelle manière l'efficacité du financier dans le procès pourrait être établie. Ensuite, dans la dernière partie de la sixième section, la résiliation du contrat est mentionnée et les conditions et les modalités de résiliation du contrat et la portée de la réglementation sont indiquées.

Dans notre sixième sous-rubrique, il y a des explications concernant l'accord de priorités, qui détermine les règles dans quel ordre et dans quelle mesure le montant à partager sera partagé si l'accord de financement aboutit.

Dans la troisième partie de notre étude, les principaux problèmes que le financement par des tiers a créés dans la pratique sont discutés. Dans le premier sous-titre abordé dans cette section, la question de savoir s'il est obligatoire de divulguer l'existence d'un financement a été abordée. Qu'entend-on par obligation de divulgation ? C'est le débat sur la question de savoir si la partie utilisant le financement devrait être obligée de divulguer à l'autre partie ou au tribunal arbitral qu'elle a utilisé le financement. Ensuite, il a été discuté pourquoi cette nécessité était nécessaire. Il est indiqué ici qu'il a plus d'un résultat, et il est indiqué que le résultat le plus important est le besoin d'impartialité et d'indépendance des arbitres. Ensuite, les problèmes qui peuvent être rencontrés en cas de nécessité de divulgation sont signalés et des avis en ce sens sont donnés. D'autre part, les opinions selon lesquelles il est obligatoire de divulguer l'existence d'un financement sont également expliquées en donnant des exemples tirés des décisions de l'arbitre concerné. Enfin, la place de cette question dans certains centres d'arbitrage institutionnels et la loi type de la UNCITRAL a été intégrée et des comparaisons ont été faites en termes de portée des réglementations en ce sens.

Dans la deuxième sous-rubrique qui suit celle-ci, sont inclus les effets de l'accord de financement par un tiers sur la notion de confidentialité et les problèmes qui peuvent survenir. Les explications sous cette rubrique ont commencé par la divulgation de la confidentialité dans les procédures d'arbitrage. Par la suite, la portée de ce secret a été précisée. Suite à ces explications, les effets de l'accord de financement sur la confidentialité sont discutés en trois parties. Dans ce contexte, premièrement, il a été

discuté si les informations à partager par la partie financée avec le bailleur de fonds violent la confidentialité de la procédure d'arbitrage établie conformément à la convention d'arbitrage entre le bailleur de fonds et l'autre partie. À la suite de la discussion, il a été conclu que le partage des événements avec le financier après le début de la procédure d'arbitrage violerait la confidentialité de la procédure d'arbitrage. En outre, il a été déclaré que la confidentialité sera violée en termes d'informations, de documents et de secrets commerciaux que la partie financée partagera avec le financier pour une diligence raisonnable avant la procédure d'arbitrage. Ensuite, les règlements et les avis qui apportent des solutions à cette violation sont inclus. Enfin, sous ce sous-titre, il est discuté si les informations fournies par l'avocat de la partie financée dans le cadre de la convention de financement violeront les obligations légales de confidentialité des avocats. En conséquence, il a été précisé que le manquement ne se produira pas par consentement, si le client, c'est-à-dire le bailleur de fonds, autorise son avocat à partager des informations et des documents concernant la procédure d'arbitrage avec le financier ou approuve le partage effectué sur ce question. En effet, il a souvent été affirmé que les dispositions relatives au partage d'informations et de documents entre l'avocat et le financier sont incluses dans la convention de financement et dans la convention de procuration entre le financé et l'avocat pour prévenir les violations.

Dans notre troisième sous-rubrique, tout d'abord, ce que sont les frais de contentieux, est expliqué en prenant comme base et avec des exemples la distinction entre les frais de contentieux des parties et les frais de contentieux de l'arbitrage. Par la suite, des explications sont données sur la façon dont les dépenses engagées seront partagées. Dans ce contexte, le partage des coûts basé sur les résultats, le partage proportionnel et la règle américaine, qui font partie des modalités liées au partage des frais de litige, sont expliqués. À la suite de ces explications générales, il a été discuté si l'accord de financement aura un effet sur le jugement des frais de justice. A ce titre, premièrement, la question de savoir si les frais de justice payés par le financier peuvent être supportés ou non par la partie perdante a été discutée dans le cadre des décisions judiciaires et des vues de la doctrine. Il a été conclu que les versements à demander au financeur après le paiement effectué par le financier, c'est-à-dire les versements non gratuits, peuvent être prélevés sur l'autre partie au titre des frais de justice, faute de quoi ils ne pourront être perçus. Deuxièmement, la question de savoir si le montant à

verser au bailleur de fonds, déterminé conformément à la convention de financement à partir du produit à obtenir à l'issue de la procédure, sera accepté comme frais de procès a été discuté dans le cadre de différents opinions et sentences arbitrales. Il a été conclu qu'il ne serait pas raisonnable au regard des obligations imposées à la partie perdante de facturer à la partie perdante ce montant à verser au financier, et il a été conclu qu'il ne pouvait être accepté comme frais de justice.

Troisièmement, il a été discuté si le bailleur de fonds sera responsable des frais de justice encourus contre le bailleur de fonds au cas où le bailleur de fonds échoue dans la procédure d'arbitrage et perd. Il est indiqué ici qu'une décision ne peut être prise au sujet du bailleur de fonds, puisque le bailleur de fonds n'est pas partie à la convention d'arbitrage entre les parties à la procédure d'arbitrage, et il a donc été conclu qu'il ne sera pas responsable des dépenses du procédure d'arbitrage. Enfin, sous ce titre, il a été discuté si les dépenses engagées par le financier lors de la phase de due diligence peuvent être considérées comme des frais de contentieux. Il a été dit qu'il y a deux critères pour prendre une décision ici. Tout d'abord, comme dans la discussion sur le point de savoir si les dépenses engagées par le financeur sont des frais de justice, on vérifiera d'abord s'ils sont réclamés par le financier. Cependant, il ne suffit pas que le financier demande le remboursement des frais. En outre, il a été conclu que la décision finale devrait être prise en examinant les critères de savoir si les données obtenues lors de la phase de diligence raisonnable sont utilisées dans l'exécution de l'affaire pendant la procédure d'arbitrage.

Enfin, dans la quatrième sous-rubrique, dans un premier temps, la question de la garantie en matière de frais de contentieux est expliquée. À cet égard, il a été indiqué que le pouvoir des arbitres de décider de la fourniture de garanties est parfois indiqué séparément et explicitement, et il est parfois admis que leur pouvoir sur les mesures de protection temporaire comprend également le pouvoir de décider dans ce sens. Suite à ces explications, il a été discuté à la lumière de quels critères l'examen de la constitution de sûretés sera effectué par le tribunal arbitral. En faisant ici une distinction, il a été conclu qu'en matière d'arbitrage commercial, la situation économique de la partie et son comportement pour ne pas être responsable des frais de justice seront examinés. Il a été déclaré que les réglementations nouvellement introduites en matière d'arbitrage international des investissements ont mis fin aux

discussions dans une large mesure, et les critères de cette réglementation sont inclus. Ensuite, l'effet de l'accord de financement sur la décision de fournir des sûretés est discuté. Dans ce contexte, premièrement, les avis selon lesquels l'accord de financement n'a pas d'effet sur la décision de fournir des sûretés sont inclus. La première de ces vues énonce que si la constatation d'un accord de financement est un critère pour la décision de constituer ou non une garantie, la procédure serait inutilement prolongée. Le deuxième point de vue soutient que si aucun des grands modèles de financement n'est pris comme critère, l'accord de financement ne devrait pas faire exception. En revanche, les avis exprimant que la convention de financement ne doit pas être prise en compte sont ; ils objectent qu'il est injuste pour les financiers de réaliser des bénéfices sans aucun dommage par la méthode du délit de fuite, et au motif que les financiers financent principalement les demandeurs qui sont en mauvaise santé financière. Lorsque la place de ces points de vue dans la pratique de l'arbitrage commercial et d'investissement est examinée, des résultats différents sont atteints. Compte tenu de l'effet dans l'arbitrage commercial, il est souvent souligné qu'il est nécessaire de comparer la situation économique de la partie sollicitant le financement par un tiers au moment de la signature de la convention d'arbitrage avec la situation économique au moment du dépôt d'un dossier d'arbitrage. Bien que l'on ait vu que la pratique générale dans la jurisprudence jusqu'au dernier changement CIRDI recherchait la malveillance du demandeur, il a été conclu que le statut économique du demandeur serait l'un des critères avec le nouveau règlement.

ABSTRACT

In our study, third party funding in international arbitration is discussed. Third-party funding is when a third party that is not a party to the arbitration proceeds by providing economic support to one of the parties to the arbitration proceedings to cover the costs of the arbitration. If the party to whom the financier has covered the costs is successful in the proceedings, the financier will be entitled to a benefit at the rate determined over the economic benefit obtained at the end of the trial in return for the costs and expenses it has covered, and will not be able to claim any rights in case of failure in the trial. In other words, the financier will have to cover the arbitration costs of the funded party free of charge.

Third-party funding was first put into practice through the funding of cases in national courts. In this context, although litigation funding is mainly used in cases in national courts, in our study, third-party funding has been handled only in terms of arbitration proceedings, and when necessary, comparisons have been made by including the differences between it and litigation funding. In this context, our thesis, which deals with third party funding in international arbitration, has been divided into sections with 3 main titles and sub-titles related to these titles. In the first main part of our study, the basic concepts of arbitration and third party funding in international arbitration are explained. Subsequently, the advantages and disadvantages of arbitration proceedings were given and an introduction was made to the issue of third-party funding, which developed in the face of “excessive costs”, which is considered as one of the disadvantages of arbitration. In the second main part, the definition of third party funding, its history, legal nature, the law to be applied to the basis of the agreement and the elements of the agreement are examined. In the third main section that follows this, the problems that can be experienced in the implementation of third party funding are tried to be examined by concretizing. In this context, firstly, the obligation to disclose the third party funding to the arbitration parties or the arbitral tribunal was examined. Following this title, the confidentiality issue of third-party funding is discussed in terms of the financier, the funder, the lawyer of the funded party, and the other party of the arbitration proceedings. Afterwards, the role of the financier is explained by expressing how and in what way the responsibility for the costs of the arbitration will occur as a result of the arbitration. Finally, in terms of arbitration costs, the decisions of the arbitral tribunal regarding the claimant's

collateral are discussed, and the effect of the funding agreement on the claimant's collateral is discussed.

The reason for explaining the basic concepts in arbitration and international arbitration in the first part of our study is to better understand third party funding. Because the effect of third party funding differs in terms of cause, effect and content according to the basic concepts explained here. Here, first of all, the concepts of arbitration and international arbitration are mentioned and their meanings are tried to be conveyed. Then, in our first sub-title, the arbitration agreement, which is the founding element of arbitration, is explained in the context of the proportionality of the arbitration proceedings. If there is an arbitration agreement between the parties, any of the parties will no longer be able to file a lawsuit in national courts in terms of disputes that may arise between them. Because, in case of litigation in national courts, the other party may file an objection to arbitration and may prevent the case from being heard in national courts. In this context, it seems possible for the plaintiffs, who are in poor financial condition and who have bound themselves with an arbitration agreement, to seek their rights only with third party funding. After the explanations regarding the arbitration agreement were made, the issue of arbitrability was briefly mentioned. While explaining this subject, explanations are given on the basis of objective arbitrability and subjective arbitrability, which are generally used in the doctrine. Then, in the second sub-title, the distinction between institutional arbitration and ad hoc arbitration is explained. If the parties choose to arbitrate in favor of institutional arbitration centers, the arbitration rules of this center become current in terms of the functioning of the arbitration proceedings. Various aspects of third-party financing are regulated by some institutional arbitration centers. However, since there are no comprehensive pre-arranged rules in ad hoc arbitration, the problems regarding third party funding will be resolved on the basis of the choice of the parties regarding the substantive and procedural law. In our third sub-title, the differences between commercial arbitration and investment arbitration are discussed. While some privileges are foreseen for the claimant in investment arbitration, there is no such separation between the parties in commercial arbitration. These privileges envisaged in investment arbitration are also important in terms of third party funding. For example, it would not be wrong to state that there are serious advantages for the plaintiff in investment arbitration in providing collateral in terms of arbitration costs.

Because in this type of arbitration, the freedom of the investor to seek rights is more important, and the provision of collateral is generally subject to much more difficult conditions than commercial arbitration. In our last sub-heading, the advantages and disadvantages of arbitration are given.

In the second part of our study, after giving place to the definition of third-party funding and its historical development, its basics are mentioned in principle. Subsequently, the legal nature of the agreement was included and compared with typical agreements. Then, the law to be applied to the basis is given and the parties of the third party funding agreement are explained and tried to be examined in the context of its main elements. Finally, the Priorities Agreement, which is a special case, is included. Under the title of third party funding, which is our second main title, the third party funding agreement was explained in general terms and compared with similar institutions. In this context, based on the distinction between third-party funding in the broad sense and third-party funding in the narrow sense, which is accepted in the doctrine, legal expense insurances of the potential party to the arbitration proceeding are based on success-based attorneyship fee agreements (Contingency fee, conditional fee) financed by a third party that is not a party to the dispute. (ATE, BTE), loan agreements and their differences from legal aid are given.

After this determination, the definition and history of third party financing and the first application of the funding agreement in the modern sense are mentioned in the first sub-title. In our second sub-title, the principle of access to justice, which constitutes the principled basis of third-party funding, is explained. In this section, the maintenance and champerty bans imposed on third party funding in the Medieval England are explained and the process leading to the removal of these bans in line with the principle of access to justice is explained. Because the party with an insufficient economic situation, which has bound itself with the arbitration agreement, cannot apply to arbitration because it cannot cover its expenses, and when it applies to the national courts, it cannot assert its rights on any platform because it faces an arbitration objection. Third-party funding makes it possible for people who are strongly convinced that they are right, but whose economic situation is bad, to seek their rights. In our third subheading, the legal nature of the third party funding agreement is explained. Here, first of all, the main acts of the parties in the funding agreement have

been tried to be revealed. Subsequently, the essential performances of the third party funding agreement and the ordinary partnership agreement, confidential ordinary partnership agreement, conclusive loan agreement, factoring agreement, assignment of receivables agreement and the results of the agreements based on luck and chance are examined comparatively. Although the funding agreement has some common points with almost all of the above-mentioned agreements, except for the secret ordinary partnership agreement, it has been determined that it does not fully match. However, when the party rights and obligations in the confidential ordinary partnership agreement are examined in detail, it has been determined that they are compatible with the party rights and obligations in the third-party funding agreement. As a result, it has been concluded that the legal nature of the third party funding agreement may be a confidential ordinary partnership agreement.

In the fourth sub-title, the law to be applied to the basis of the funding agreement is explained. In this context, first of all, general principles regarding the applicable law are given. Then, based on the criterion of whether the parties have chosen the applicable law in the funding agreement, first of all, if such a choice is made, explanations regarding the law to be applied to the basis are given. Subsequently, it was stated that if the parties did not make any choice regarding the law to be applied to the merits, the applicable law would be determined by the dispute resolution authority. Considering that the dispute resolution authority may be national courts as well as institutional or event-based (ad-hoc) arbitration committees, explanations on how to determine the applicable law according to these possibilities are given.

In our fifth sub-title, it is discussed together with the elements of third party funding agreement. In this title, the main rights, debts and obligations in the funding agreement are mentioned. In this context, firstly, the provisions that may be in the content of the agreement in order to be accepted as a third party funding agreement are stated. Subsequently, explanations were made about the identities and characteristics of the financiers and those who were financed in the agreement, and examples in practice were included. Financiers who are parties to the agreement; There may be banks and investment funds, as well as public or private companies whose sole business is to finance arbitration and litigation proceedings. It is also seen that non-profit associations finance lawsuits in line with their aims. The other party of the

agreement, the beneficiary of the financing, can be anyone who has a justified case. Secondly, the confidentiality agreement that the parties usually signed before starting the negotiations of the funding agreement was mentioned. In the process until the signing of the funding agreement between the parties, the legal, financial and administrative dimensions of the claims of the funder are investigated, in other words, due diligence studies are carried out. A confidentiality agreement is signed in terms of the confidentiality of the information obtained here. Generally, an exclusivity agreement is signed between the parties while the due diligence process continues. Thirdly, the due diligence work carried out by the financier following the confidentiality agreement signed by the parties is explained. At this stage, known as the due diligence stage, the financiers examine all the information and documents regarding the dispute and determine the probability of winning the case. This stage is very important for financiers. Because they will not be able to get their expenses back in case the party they provide financing fails. In the fourth section, which follows these explanations, it is explained how the financiers determine the financing offer and the probability of winning, with which methods and on what basis. At the end of this stage, after the financier and the funder reach a mutual agreement on their expectations from the funding agreement and on financial issues, the agreement negotiations are replaced by the agreement. In the fifth part, instead of examining all the possible provisions of the funding agreement between the parties, the rights and obligations of the parties that will give the agreement its character are examined under the headings of financial issues and control of the case. Under the heading of financial issues, issues such as the amount of payment to be made to the funded person, how this amount will be determined, the role of unexpected situations, and the gains and losses of financiers are discussed in general terms. On the other hand, in matters of control of the case, the prohibition of purchasing the case was accepted as the top line, and the issues of how and in what way the efficiency of the financier in the trial could be established. Following these, in the last part of the sixth section, the termination of the agreement is mentioned and the conditions and how the agreement is terminated and the scope of the regulations are given.

In our sixth sub-heading, there are explanations regarding the Priorities Agreement, which determines the rules in which order and to what extent the amount to be shared will be shared if the funding agreement is successful.

In the third part of our study, the main problems that third-party funding has created in practice are discussed. In the first sub-title discussed in this section, the issue of whether it is obligatory to disclose the existence of funding has been discussed. What is meant by the obligation to disclose; It is the debate about whether the party using the funding should be obliged to disclose to the other party or the arbitral tribunal that it has used the funding. Afterwards, it was discussed why this necessity was needed. It is stated here that it has more than one result, and it is stated that the most important result is the need for the impartiality and independence of the arbitrators. Following this, the problems that may be encountered in case of necessity of disclosure are pointed out and opinions in this direction are given. On the other hand, the opinions that it is obligatory to disclose the existence of funding are also explained by giving examples from the relevant arbitrator's decisions. Finally, the place of this issue in some institutional arbitration centers and the UNCITRAL model law has been included and comparisons have been made in terms of the scope of regulations in this direction.

In the second sub-heading following this, the effects of the third party funding agreement on the concept of confidentiality and the problems that may arise are included. The explanations under this heading started with the disclosure of confidentiality in arbitration proceedings. Subsequently, the scope of this secrecy was expressed. Following these explanations, the effects of the funding agreement on confidentiality are discussed in three parts. In this context, firstly, it was discussed whether the information to be shared by the funded party with the financier violates the confidentiality of the arbitration proceedings established in accordance with the arbitration agreement between the funder and the other party. As a result of the discussion, it was concluded that sharing the events with the financier after the arbitration proceedings started would violate the confidentiality of the arbitration proceedings. In addition, it has been stated that confidentiality will be violated in terms of information, documents and trade secrets that the financed party will share with the financier for due diligence before the arbitration proceeding. Afterwards, the regulations and opinions that bring solutions to this violation are included. Finally, under this sub-title, it is discussed whether the information provided by the lawyer of the party financed within the scope of the funding agreement will violate the legal

confidentiality obligations of the lawyers. As a result, it has been stated that the breach will not occur due to consent, if the client, that is, the funder, authorizes his lawyer to share information and documents regarding the arbitration proceedings with the financier or approves the sharing made on this matter. In fact, it has often been stated that the provisions regarding the sharing of information and documents between the lawyer and the financier are included in the funding agreement and in the attorneyship agreement between the funded and the lawyer to prevent violations.

In our third sub-heading, first of all, what the litigation costs are, is explained by taking the distinction between party litigation costs and arbitration litigation expenses as a basis and with examples. Subsequently, explanations are given on how the expenses incurred will be shared. In this context, result-based cost sharing, proportional sharing and the American rule, which are among the methods related to the sharing of litigation expenses, are explained. As a result of these general explanations, it has been discussed whether the funding agreement will have an effect on the judgment of litigation expenses. Under this title, firstly, whether the litigation expenses paid by the financier can be borne by the losing party or not has been discussed within the framework of the judicial decisions and the views in the doctrine. It has been concluded that the payments to be requested from the financier after the payment is made by the financier, in other words non-gratuitous payments, can be taken from the other party as litigation expenses, otherwise they cannot be received. Secondly, the issue of whether the amount to be paid to the financier, determined in accordance with the financing agreement from the proceeds to be obtained as a result of the proceedings, will be accepted as a trial expense has been discussed within the scope of different opinions and arbitral awards. It was concluded that it would not be reasonable in terms of the obligations imposed on the losing party to charge the losing party with this amount to be paid to the financier, and it was concluded that it could not be accepted as a litigation expense.

Thirdly, it has been discussed whether the financier will be responsible for the litigation expenses incurred against the funder in case the funder fails in the arbitration proceedings and loses. It is stated here that a decision cannot be made about the financier, since the financier is not a party to the arbitration agreement between the parties to the arbitration proceeding, and therefore it has been concluded that he will

not be liable for the expenses of the arbitration proceedings. Finally, under this title, it was discussed whether the expenses incurred by the financier during the due diligence stage can be considered as litigation expenses. It has been stated that there are two criteria to make a decision here. First of all, as in the discussion on whether the expenses incurred by the financier are litigation expenses, it will first be checked whether they are requested back by the financier. However, it is not enough for the financier to ask for the cost back. In addition, it was concluded that the final decision should be made by looking at the criteria of whether the data obtained during the due diligence stage is used in the execution of the case during the arbitration proceedings.

Finally, in the fourth sub-heading, firstly, the issue of providing security in terms of litigation expenses is explained. In this regard, it has been stated that the authority of the arbitrators to decide on the provision of collateral is sometimes separately and explicitly stated, and sometimes it is accepted that their authority on temporary protection measures also includes the authority to decide in this direction. Following these explanations, it has been discussed in the light of which criteria the examination for providing collateral will be made by the arbitral tribunal. By making a distinction here, it has been concluded that in terms of commercial arbitration, the economic situation of the party and its behavior in order not to be responsible for litigation expenses will be examined. It has been stated that the newly introduced regulations in terms of international investment arbitration have ended the discussions to a great extent, and the criteria in this regulation are included. Subsequently, the effect of the funding agreement on the decision to provide collateral is discussed. In this context, firstly, opinions that the funding agreement has no effect on the decision to provide collateral are included. The first of these views states that if the finding of a funding agreement is a criterion for the decision of whether to provide a guarantee, the proceedings would be unnecessarily prolonged. The second view argues that while none of the broad financing models are taken as criteria, the funding agreement should not be an exception. On the other hand, the opinions expressing that the funding agreement should not be taken into account are; they object that it is unfair for the financiers to make profits without any damage by the hit-and-run method, and on the grounds that the financiers mostly fund the claimants who are in poor financial condition. When the place of these views in commercial and investment arbitration practice is examined, different results are reached. Considering the effect in

commercial arbitration, it is often emphasized that it is necessary to compare the economic situation of the party applying for third-party financing at the time of signing the arbitration agreement with the economic situation at the time of filing an arbitration case. Although it is seen that the general practice in the jurisprudence until the last ICSID change was looking for the plaintiff's maliciousness, it was concluded that the economic status of the plaintiff would be one of the criteria with the new regulation.



ÖZET

Çalışmamızda uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanı ele alınmıştır. Üçüncü taraf finansmanı, tahkim yargılamasına taraf olmayan üçüncü bir tarafın, tahkim yargılaması taraflarından birine ekonomik destek sağlayarak tahkim masraflarını karşılamasıdır. Finansörün masraflarını karşılamış olduğu taraf yargılamada başarılı olursa finansör, karşılamış olduğu masraf ve giderler karşılığı olarak yargılama sonunda elde edilen ekonomik menfaat üzerinden kararlaştırılan oran nispetinde menfaate hak kazanacak, yargılamada başarılı olunamaması ihtimalinde herhangi bir hak talep edemeyecektir. Eş deyişle finansör, finansman sağlanan tarafın tahkim masraflarını karşılıksız olarak karşılamış olacaktır.

Üçüncü taraf finansmanının ilk olarak pratiğe dökülmesi ulusal mahkemelerdeki davaların finanse edilmesi yoluyla olmuştur. Bu bağlamda dava finansmanı esasen ulusal mahkemelerdeki davalarda kullanılsa da çalışmamızda üçüncü taraf finansmanı yalnızca tahkim yargılaması bakımından ele alınmış, yeri geldiğinde dava finansmanı ile arasındaki farklara yer verilerek karşılaştırmalar yapılmıştır. Bu bağlamda uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanını konu edinen tezimiz 3 ana başlık ve bu başlıklara bağlı alt başlıklar ile seksiyonlara ayrılarak incelenmiştir. Çalışmamızın ilk ana bölümünde, tahkim ve uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanını ilgilendirecek olan temel kavramlar açıklanmıştır. Akabinde tahkim yargılamasının avantaj ve dezavantajlarına yer verilerek, tahkim yolunun dezavantajlarından biri olarak kabul edilen “*masrafta tutarlarının fazla olması*” karşısında gelişen üçüncü taraf finansmanı konusuna giriş yapılmıştır. İkinci ana bölümde üçüncü taraf finansmanı; tanımı, tarihçesi, hukuki niteliği, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ve sözleşmenin unsurları bakımından incelenmiştir. Bunu takip eden üçüncü ana bölümde ise üçüncü taraf finansmanının uygulamasında yaşanabilecek sorunlar somutlaştırılarak incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak üçüncü taraf finansmanının tahkim taraflarına veya hakem heyetine açıklanma zorunluluğu incelenmiştir. Bu başlığa müteakip üçüncü taraf finansmanının finansör, finansman sağlanan, finansman sağlananın avukatı ve tahkim yargılamasının karşı tarafı bakımından gizlilik sorunu tartışılmıştır. Sonrasında tahkim yargılaması neticesinde oluşacak tahkim yargılaması masraflarından sorumluluğun nasıl ve ne şekilde olacağı ifade edilerek finansörün buradaki rolü anlatılmıştır. Son olarak ise tahkim masrafları

bakımından, davacı tarafından teminat gösterilmesine ilişkin verilen hakem heyeti kararlarına değinilerek, finansman anlaşmasının davacı tarafın teminat göstermesine etkisi tartışılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde tahkim ve uluslararası tahkimde yer alan temel kavramların açıklanmasının sebebi, üçüncü taraf finansmanının daha iyi anlaşılabilmesidir. Zira üçüncü taraf finansmanının etkisi burada açıklanan temel kavramlara göre sebep, sonuç ve içerik bakımından farklılıklar göstermektedir. Burada öncelikle tahkim ve uluslararası tahkim kavramlarından bahsedilerek anlamları aktarılmaya çalışılmıştır. Akabinde ilk alt başlığımızda öncelikle tahkim yargılamasının nisbiliği bağlamında tahkimin kurucu unsuru olan tahkim anlaşması anlatılmıştır. Taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunması halinde, taraflardan herhangi biri aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından artık ulusal mahkemelerde dava açamayacaktır. Öyle ki, ulusal mahkemelerde dava açılması halinde karşı taraf tahkim itirazında bulunabilecek ve davanın ulusal mahkemelerde görülmesini engelleyebilecektir. Bu bağlamda mali durumu kötü olan ve kendisini tahkim anlaşması ile bağittirmiş davacıların haklarını arayabilmeleri ancak üçüncü taraf finansmanı ile mümkün görünmektedir. Tahkim anlaşmasına ilişkin açıklamalarda bulunulduktan sonra kısaca tahkime elverişlilik konusundan bahsedilmiştir. Bu konu açıklanırken genel olarak doktrinde kullanılan objektif tahkime elverişlilik ve sübjektif tahkime elverişlilik üzerinden açıklamalara yer verilmiştir. Akabinde ikinci alt başlıkta kurumsal tahkim-ad hoc tahkim ayrımı anlatılmıştır. Tarafların tahkim seçimini kurumsal tahkim merkezlerinden yana kullanması halinde bu merkezin tahkim kuralları, tahkim yargılamasının işleyişi bakımından cari hale gelmektedir. Bazı kurumsal tahkim merkezleri tarafından üçüncü taraf finansmanı çeşitli yönleriyle düzenlenmiştir. Oysaki ad hoc tahkimde önceden düzenlenmiş kapsamlı kurallar bulunmadığından üçüncü taraf finansmanına ilişkin sorunlar tarafların esasa ve usule uygulanacak hukuka ilişkin yapmış oldukları seçim düzleminde çözümlenecektir. Üçüncü alt başlığımızda ise ticari tahkim-yatırım tahkimi arasındaki farklar ele alınmıştır. Yatırım tahkiminde davacı taraf bakımından bazı ayrıcalıklar öngörülürken, ticari tahkimde taraflar arasında böyle bir ayrıştırma söz konusu değildir. Yatırım tahkiminde öngörülen bu ayrıcalıklar üçüncü taraf finansmanı bakımından da önem taşımaktadır. Örneğin tahkim masrafları bakımından teminat gösterilmesinde yatırım tahkiminde davacı taraf için ciddi avantajların

bulunduğunu ifade etmek hatalı olmayacaktır. Bunun nedeni olarak bu tahkim türünde yatırımcının hak arama hürriyeti daha ön planda olduğu için genellikle teminat gösterilmesi ticari tahkime göre çok daha zor koşullara bağlanmış olması gösterilebilecektir. Son alt başlığımızda ise tahkimin avantaj ve dezavantajlarına yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise üçüncü taraf finansmanın tanımı ile tarihsel gelişimine yer verildikten sonra ilkesel manada temellerinden bahsedilmiştir. Akabinde sözleşmenin hukuki niteliğine yer verilerek tipik sözleşmelerle karşılaştırması yapılmıştır. Daha sonra esasa uygulanacak hukuka yer verilmiş ve üçüncü taraf finansman sözleşmesinin tarafları açıklanarak, sözleşme ana unsurları bağlamında irdelenmeye çalışılmıştır. Son olarak ise özellikli bir durum olan paylaşım sözleşmesine(*Priorities Agreement*) yer verilmiştir. İkinci ana başlığımız olan üçüncü taraf finansmanı isimli başlık altında üçüncü taraf finansmanı anlaşması genel hatlarıyla açıklanarak benzer kurumlar ile kıyaslama yapılmıştır. Bu bağlamda, doktrinde kabul edilen geniş anlamda üçüncü taraf finansmanı ve dar anlamda üçüncü taraf finansmanı ayrımı esas alınarak potansiyel tahkim yargılaması tarafının, uyuşmazlığa taraf olmayan bir üçüncü kişi tarafından finanse edildiği ilişkilerden; başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmaları(*Contingency fee, conditional fee*), yasal gider sigortaları(*ATE, BTE*), kredi anlaşmaları ve adli yardımdan farklılıklarına yer verilmiştir.

Bu tespitin ardından birinci alt başlıkta üçüncü taraf finansmanının tanımına, tarihçesine ve finansman anlaşmasının modern anlamdaki ilk uygulamasına değinilmiştir. İkinci alt başlığımızda üçüncü taraf finansmanının ilkesel temellerini oluşturan adalete erişim ilkesi açıklanmıştır. Bu kısımda üçüncü taraf finansmanına Orta Çağ İngiltere'sinde konulan *maintenance* ve *champerty* yasakları açıklanarak, bu yasakların adalete erişim ilkesi doğrultusunda kaldırılmasına giden süreç açıklanmıştır. Bu yasakların kaldırılmasının günümüzdeki nedenlerinden ve konumuzun çıkışnoktasını oluşturan husus tahkim anlaşması ile kendisini bağtılamış ekonomik durumu yetersiz olan taraf, masraflarını karşılayamadığı için tahkime başvuramamakta ulusal mahkemelere başvurduğunda ise tahkim itirazı ile karşılaştığından hakkını herhangi bir platformda dermeyan edememesidir. Üçüncü taraf finansmanı haklı olduğu konusunda güçlü kanaat olan ancak ekonomik durumu

kötü kişilerin haklarını arayabilmesini mümkün kılmaktadır. Üçüncü alt başlığımızda ise üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanmaktadır. Burada öncelikle finansman sözleşmesindeki tarafların asli edimleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Akabinde üçüncü taraf finansman sözleşmesinin asli edimleri ile adi ortaklık sözleşmesi, gizli adi ortaklık sözleşmesi, sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi, faktoring sözleşmesi, alacağın temliki sözleşmesi ve sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerin asli edimleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Finansman sözleşmesinin yukarıda belirtilen sözleşmelerden gizli adi ortaklık sözleşmesi dışında hemen hemen hepsi ile bazı ortak noktaları bulunsa da tam anlamıyla bir eşleşmediği tespit edilmiştir. Ancak gizli adi ortaklık sözleşmesindeki taraf hak ve yükümlülükleri detaylıca incelendiğinde üçüncü taraf finansmanı sözleşmesindeki taraf hak ve yükümlülükleri ile uyumluluk gösterdiği tespit edilmiştir. Sonuç olarak üçüncü taraf finansman sözleşmesinin hukuki niteliğinin gizli adi ortaklık sözleşmesi olabileceği kanaatine varılmıştır.

Dördüncü alt başlıkta finansman sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk açıklanmıştır. Bu bağlamda, ilk olarak uygulanacak hukuka ilişkin olarak genel esaslara yer verilmiştir. Akabinde finansman sözleşmesinde tarafların uygulanacak hukuku seçip seçmedikleri kriteri esas alınarak öncelikle böyle bir seçimin yapılması halinde esasa uygulanacak hukuka ilikin açıklamalara yer verilmiştir. Akabinde tarafların esasa uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir seçimde bulunmamaları halinde uygulanacak hukukun uyuşmazlık çözüm mercii tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Uyuşmazlık çözüm mercii'nin ulusal mahkemeler olabileceği gibi kurumsal veya olay bazlı(*ad-hoc*) tahkim hakem heyetleri de olabileceği gözetilerek bu ihtimallere göre uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Beşinci alt başlığımızda üçüncü taraf finansman sözleşmesi unsurlarıyla birlikte ele alınmıştır. Bu başlıkta finansman sözleşmesinde yer alan başlıca hak, borç ve yükümlülüklerden bahsedilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak sözleşmenin üçüncü taraf finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilmesi için içeriğinde olabilecek hükümler ifade edilmiştir. Akabinde sözleşmedeki finansör ve finansman sağlanan sıfatlarını taşıyanların kimlikleri ve özellikleri hakkında açıklamalarda bulunulmuş ve uygulamadaki örneklerle yer verilmiştir. Sözleşmenin taraflarından olan finansörler;

bankalar ve yatırım fonları olabileceği gibi tek iş kolu tahkim ve dava yargılamalarını finanse etmek olan halka açık veya halka kapalı şirketler de olabilecektir. Ayrıca kâr amacı gütmeyen derneklerin de amaçları doğrultusunda davaları finanse ettiği görülmektedir. Sözleşmenin diğer tarafı olan finansmandan yararlanan taraf ise elinde haklı bir davası bulunan herhangi birisi olabilecektir. İkinci olarak ise tarafların finansman sözleşmesinin görüşmelerine başlamadan evvel genellikle imzalamış oldukları gizlilik sözleşmesine değinilmiştir. Taraflar arasında finansman sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen süreçte finansör tarafından finansman sağlananın iddiaları hukuki, mali ve idari boyutlarıyla araştırılmakta, eş deyişle *due diligence* çalışması yapılmaktadır. Burada elde edilen bilgilerin gizliliği bakımından gizlilik sözleşmesi imzalanmaktadır. Genellikle *due diligence* süreci sürerken taraflar arasında ayrıca münhasırlık sözleşmesi de imzalanmaktadır. Üçüncü olarak ise tarafların imzalamış oldukları gizlilik sözleşmesi akabinde finansör tarafından yapılan *due diligence* çalışması açıklanmıştır. *Due diligence* aşaması olarak bilinen bu aşamada finansörler uyumsuzluğa ilişkin tüm bilgi ve belgeleri incelerler ve davanın kazanılma ihtimalini tespit ederler. Finansörler bakımından bu aşama oldukça önemlidir. Çünkü finansman sağladıkları tarafın başarısız olması ihtimalinde yaptıkları masrafları geri alamayacaklardır. Bu açıklamaların akabinde yer alan dördüncü bölümde finansörlerin, finansman teklifini ve kazanma olasılıklarını nasıl, hangi yöntemlerle ve neye göre belirledikleri anlatılmıştır. Bu aşama sonunda finansör ile finansman sağlananın, finansman sözleşmesinden olan beklentilerinde ve mali konularda ortak bir mutabakata varmaları üzerine sözleşme görüşmeleri yerini artık sözleşmeye bırakmaktadır. Beşinci kısımda ise taraflar arasındaki finansman sözleşmesinin tüm muhtemel hükümleri tek tek incelenmek yerine sözleşmeye karakterini kazandıracak taraf hak ve yükümlülükleri, mali konular ve davanın kontrolü konuları başlıkları altında irdelenmiştir. Mali konular başlığı altında, finansman sağlanana ne kadar tutarda bir ödeme yapılacağı, bu tutarın nasıl belirleneceği, beklenmeyen durumların rolü, finansörlerin kazanç ve kayıpları gibi hususlar genel hatlarıyla ele alınmıştır. Öte yandan davanın kontrolü konularında ise davanın satın alınması yasağı üst çizgi kabul edilerek, finansörün yargılamadaki etkinliğinin nasıl ve ne şekilde tesis edilebileceği konuları aktarılmıştır. Bunların akabinde altıncı son kısımda sözleşmenin feshine değinilerek sözleşmenin genellikle hangi şartlarda ve nasıl feshedildiği ve buna ilişkin düzenlemelerin kapsamına yer verilmiştir.

Altıncı alt başlığımızda ise finansman anlaşmasının başarıya ulaşması halinde paylaşılacak olan tutarın hangi sırayla ve ne ölçüde paylaştırılacağı kurallarını belirleyen paylaşım sözleşmesine(*Priorities Agreement*) ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde üçüncü taraf finansmanın uygulamada yaratmış olduğu başlıca sorunlar ele alınmıştır. Bu bölümde ele alınan ilk alt başlıkta finansmanın varlığının açıklanmasının zorunlu olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Açıklama zorunluluğu ile kastedilen; finansman kullanan tarafın, finansman kullandığını karşı tarafa veya hakem heyetine açıklamasının zorunlu olup olmaması gerektiği hususundaki tartışmadır. Akabinde bu zorunluluğa niçin ihtiyaç duyulduğu tartışılmıştır. Burada birden fazla sonucu olduğu ifade edilerek, en önemli sonucunun hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı konusundaki ihtiyaçtan kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bunun akabinde açıklamanın zorunlu olması halinde karşılaşılabilecek sorunlara işaret edilerek bu yöndeki görüşlere yer verilmiştir. Buna mukabil finansmanın varlığının açıklanmasının zorunlu olması gerektiği yönündeki düşünceler de ilgili hakem kararlarından örnekler verilerek açıklanmıştır. Son olarak bu konunun bazı kurumsal tahkim merkezlerindeki ve UNCITRAL model kanunundaki yerine yer verilerek bu yöndeki düzenlemelerin kapsamı bakımından karşılaştırmalar yapılmıştır.

Buna müteakip ikinci alt başlıkta ise üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin gizlilik mefhumuna ilişkin etkilerine ve ortaya çıkabilecek sorunlara yer verilmiştir. Bu başlık altındaki açıklamalara öncelikle tahkim yargılamasındaki gizliliğin açıklanmasıyla başlanmıştır. Akabinde bu gizliliğin kapsamı ifade edilmiştir. Bu açıklamaların takibinde finansman anlaşmasının gizlilik üzerinde ne gibi etkilerinin olacağı üç kısımda tartışılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak finansman sağlanan tarafın finansör ile paylaşacağı bilgilerin, finansman sağlanan ile karşı taraf arasındaki tahkim anlaşması uyarınca oluşan tahkim yargılaması gizliliğini ihlal edip etmediği tartışılmıştır. Tartışma neticesinde tahkim yargılaması başladıktan sonra yargılama içerisinde yaşananların finansör ile paylaşılmasının tahkim yargılamasının gizliliğini ihlal edeceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca tahkim yargılaması öncesinde finansman sağlanan tarafın, *due diligence* çalışması için finansör ile paylaşacağı bilgi, belge ve ticari sırlar bakımından da gizliliğin ihlal edileceği ifade edilmiştir. Sonrasında ise bu

ihlale ilişkin çözüm önerileri getiren düzenleme ve görüşlere yer verilmiştir. Bu alt başlık altında son olarak ise finansman sözleşmesi kapsamında finansman sağlanan tarafın avukatının finansöre sağlayacağı bilgilerin, avukatların kanuni olarak düzenlenen gizlilik yükümlülüklerini ihlal edip etmeyeceği hususu tartışılmıştır. Sonuç olarak müvekkilin yani finansman sağlananın, tahkim yargılamasına ilişkin bilgi ve belgeleri finansör ile paylaşılması konusunda avukatına yetki vermesi veya bu konuda yapılan paylaşımı onaylaması halinde ihlalin rıza nedeniyle oluşmayacağı ifade edilmiştir. Hatta çoğu zaman avukatın finansör ile bilgi ve belge paylaşımına ilişkin hükümlere finansman sözleşmesinde ve finansman sağlanan ile avukat arasındaki avukatlık sözleşmesinde yer verilerek ihlalin oluşmamasının hedeflendiği belirtilmiştir.

Üçüncü alt başlığımızda ilk olarak yargılama giderlerinin neler olduğu, taraf yargılama giderleri ile tahkim yargılama giderleri ayrımı esas alınarak ve örneklendirilerek açıklanmıştır. Akabinde meydana gelen giderlerin nasıl paylaştırılacağı hususunda açıklamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda yargılama giderlerinin paylaşımına ilişkin yöntemlerden olan; sonuca bağlı masraf paylaşımı, orantılı paylaşım ve Amerikan kuralı örnekleriyle açıklanmıştır. Bu genel açıklamaların sonucunda finansman anlaşmasının, yargılama giderlerine hükmedilmesi sırasında bir etkisinin olup olmayacağı tartışılmıştır. Bu başlık altında ilk olarak ödemesi finansör tarafından yapılan yargılama giderlerinin kaybeden tarafta yükletilip yükletilemeyeceği yargı kararları ile doktrindeki görüşler çerçevesinde tartışılmıştır. Ödemesi finansör tarafından yapıldıktan sonra finansman sağlandıktan talep edilecek olan ödemelerin eş deyişle karşılıksız olmayan ödemelerin yargılama gideri olarak karşı taraftan alınabileceği, aksi halde alınamayacağı sonucuna varılmıştır. İkinci olarak yargılama neticesinde elde edilecek kazançlardan finansman anlaşması uyarınca belirlenerek finansöre ödenecek olan tutarın, yargılama gideri olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu da farklı görüşler ve hakem kararları kapsamında tartışılmıştır. Finansöre ödenecek olan bu tutarın da kaybeden tarafa yükletilmesinin kaybeden tarafa getirilen yükümlülükler bakımından makul olmayacağı düşüncesine varılarak yargılama gideri olarak kabul edilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Üçüncü olarak finansman sağlananın tahkim yargılamasında başarısız olması ve kaybetmesi halinde finansman sağlanan aleyhine oluşacak olan yargılama giderlerinden finansörün de sorumlu olup olmayacağı tartışılmıştır. Burada finansörün, tahkim yargılamasının tarafları arasındaki tahkim anlaşmasına taraf olmadığından ötürü finansör hakkında karar kurulamayacağı ifade edilmiş, dolayısıyla tahkim yargılamasının giderlerinden sorumlu olmayacağı kanaatine varılmıştır. Bu başlık altında son olarak ise finansörün *due diligence* aşamasında yapmış olduğu giderlerin, yargılama gideri olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu tartışılmıştır. Burada karar verebilmek için iki ölçüt bulunduğu ifade edilmiştir. İlk olarak finansörün yapmış olduğu masrafların yargılama gideri olup olmadığı konusundaki tartışmada olduğu gibi öncelikle finansör tarafından geri istenip istenmediğine bakılacaktır. Ancak finansörün yapmış olduğu masrafı geri isteyecek olması tek başına yeterli olmamaktadır. Ayrıca *due diligence* aşamasında elde edilen verilerin tahkim yargılaması sırasında davanın yürütülmesinde kullanılıp kullanılmadığı kriterine de bakılarak nihai kararın verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Son olarak dördüncü alt başlıkta ise evvela yargılama giderleri bakımından teminat gösterilmesi hususu açıklanmıştır. Buna ilişkin hakemlerin teminat gösterilmesine karar verilmesi yönündeki yetkilerinin kimi zaman ayrıca ve açıkça belirtildiği kimi zaman ise geçici koruma önlemleri konusundaki yetkilerinin teminat konusunda karar verme yetkisini de kapsadığının kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu açıklamalara müteakip olarak teminat gösterilmesi yönündeki incelemenin hakem heyeti tarafından hangi kriterler ışığında yapılacağı tartışılmıştır. Burada ayrıma gidilerek ticari tahkim bakımından tarafın ekonomik durumunun ve yargılama giderlerinden sorumlu olmamak adına davranışlarının bulunup bulunmadığına bakılacağı sonucuna varılmıştır. Uluslararası yatırım tahkimi bakımından yeni getirilen düzenlemelerin, tartışmaları önemli ölçüde sona erdirdiği ifade edilerek getirilen bu düzenlemedeki kriterlere yer verilmiştir. Akabinde finansman anlaşmasının teminat gösterilmesi kararına etkisi ele alınmıştır. Bu bağlamda ilk olarak finansman anlaşmasının teminat gösterilmesi yönündeki karara bir etkisinin bulunmadığı yönündeki görüşlere yer verilmiştir. Bu görüşlerden ilki, finansman anlaşmasının bulunmasının teminat gösterilip gösterilmemesi kararı bakımından bir kriter olması halinde yargılamaların gereksiz yere uzayacağını ifade etmektedir. İkinci görüş ise geniş anlamda finansman modellerinin hiçbir kriter alınmazken finansman

anlaşmasının da istisna tutulmaması gerektiğini savunmaktadır. Öte yandan finansman anlaşmasının dikkate alınmaması gerektiğini ifade eden görüşler ise; finansörlerin *vurkaç* yöntemi ile hiç zarar görmeden kar sağlamalarının adaletsiz oluşu ve finansörlerin çoğunlukla maddi durumu yetersiz olan davacıları fonladıkları gerekçeleriyle karşı çıkmaktadırlar. Bu görüşlerin ticari tahkim ve yatırım tahkimi uygulamasındaki yerlerine bakıldığında farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Ticari tahkimdeki etkisine bakıldığında genellikle üçüncü taraf finansmanına başvuran tarafın tahkim anlaşmasını imzaladığı andaki ekonomik durumu ile tahkim davası açmış olduğu andaki ekonomik durumlarının kıyas edilmesinin gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Her ne kadar son ICSID değişikliğine değin içtihatlardaki genel uygulamanın davacının kötü niyetli oluşunu aradığı görülse de yeni düzenleme ile birlikte davacının ekonomik durumunun da ölçütlerden biri olacağı sonucuna varılmıştır.

GİRİŞ

Orta Çağ Avrupası'nda feodal yapıların her geçen gün güçlerini zayıflatan bölgesel pazarlar ile filizlenen ticaret, Fransız İhtilali ve takibinde Amerika'nın keşfi sonrasında yeni bir boyut kazanmış, mal ve emtianın fazlaca üretilmesi veya edinilmesi neticesinde bunun satılarak bir gelire dönüştürülmesi fikri bugünkü anlamda uluslararası ticaretin temellerini atmıştır. Esasen ekonomik faaliyetlerin uluslararası nitelik taşıması yeni bir olgu değildir. Bunun kökleri Roma İmparatorluğu ve daha öncesinde Lidyalılara kadar dayanmaktadır. Ancak ticaretin bu ölçüde ve büyüklükte uluslararası düzleme yayılması Avrupa'da sanayileşme ve mal üretiminin insan emeğinden bağımsızlaştırılarak makineleşmesiyle 18. yüzyılda çok daha fazla hızlanmıştır. Özellikle 2000'li yıllardan sonra üretilen bu mal ve hizmetler, enformasyon ve iletişim teknolojilerinin sağladığı altyapı temelinde hükümetlerin ve uluslararası kuruluşların uygulamaya koyduğu devlet denetiminin kaldırılması ve serbestleştirme politikalarının sonuç verici desteğiyle, 20. yüzyılın geç dönemlerinde gerçekten küreselleşmiştir.¹ Bu küreselleşme, tacirlerin farklı ülkelere yapmış olduğu yatırımların öncesi ile kıyaslanamayacak ölçüde artmasını ve uluslararası ticaretin gelişmesini sağlamıştır.²

Ticaret yapılan ülkeler arasındaki sosyal, kültürel ve ticari süreçlerdeki prosedür ve dil farklılaşmaları ile uluslararası taşımacılığın getirmiş olduğu riskler taraflar arasında pek çok uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu uyuşmazlıklar kimi zaman tarafların sözleşmeleri, uluslararası ticaretteki geleneksel örf ve âdet kuralları neticesinde çözümlenebilmişse de çoğu zaman tarafların ortak iradeleri ile bir uzlaşuya varamadıkları uyuşmazlıklara dönüşmüştür. Bu uyuşmazlıkların çözümü ise yeni ve daha derin uyuşmazlıklar doğurmuştur. Bunun nedenine bakıldığında ise ticaret her ne kadar uluslar arasında belirli teamüllere dayalı olarak küreselleşmişse de hukukun aynı ölçüde küreselleşemediği görülmektedir. Eş deyişle uluslararası hukukta tüm paydaşlara uygulanacak temel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla taraflarca, uyuşmazlığın hangi tarafın ulusal mahkemelerinde çözüleceği, bu

¹ Scott Burchill, Andrew Linklater, Terry Nardin, Richard Devetak, Jack Donnelly, Matthew Paterson, **Uluslararası İlişkiler Teorileri**, 7. Bası, İstanbul: Küre Yayınları, Çeviren: Ali Aslan ve Muhammed Ali Ağcan, 2021, s. 101 vd.

² Marius-Razvan Surugiu, Camelia Surugiu, **“International Trade, Globalization and Economic Interdependence between European Countries: Implications for Businesses and Marketing Framework”**, Procedia Economics and Finance, C. 32, 2015, s. 132.

uyuşmazlığa hangi tarafın hukuki düzenlemelerinin uygulanacağı gibi temel konularda anlaşma veya mutabakat yapılmamış ise burada taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmekten önce uygun ortam ve kuralları belirleme sorunu baş gösterecektir. Bu durumda bu uyuşmazlıkların çözümü daha da karmaşık bir hal alabilecektir. Çünkü yukarıda bahsedildiği üzere uluslararası uyuşmazlıklara uygulanacak genel bir kanun bulunmadığından, taraflardan herhangi biri tarafından müracaat edilen mahkemenin kural olarak uyguladığı usul hukuku artık uluslararası boyut kazanacak ve taraflar arasında cari hale gelecektir. (*Lex Fori*). Böylesi bir durumda artık uyuşmazlıktaki yargılamanın esasına uygulanacak hukuk tespit edilecek, bu tespitler yapılırken genellikle uluslararası hukukta kullanılan bağlama noktaları kullanılacaktır.³ İşte tarafların, kendi aralarındaki uyuşmazlıkların çözüm mekanizmalarını ve yöntemini öngörülü bir şekilde tespit etmemelerinin neticeleri çözüm sürecini hem baltalamakta hem de ciddi manada uzatmaktadır. Bu olumsuzluklar nedeniyledir ki, uluslararası uyuşmazlıklarda taraflar genellikle uygulanacak hukuku belirlemektedirler. Bu belirleme yapılırken tarafların seçimini etkileyen pek çok indikatör bulunmaktadır. Lakin burada uluslararası satış sözleşmelerinde uygulanacak hukuk tercihlerini inceleyen güncel bir araştırmanın da⁴ ortaya koyduğu üzere %74,89 oranla hukuki kesinlik birinci faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Eş deyişle burada tarafların beklentisi, karşılaşacakları ve yaşayacakları hayat olayları karşısında nasıl bir hukuki düzenleme ve durumla karşılaşacakları öngörülebilir kurallar içeren bir hukuk sistemidir.

Uygulanagelen hukuklarda genel olarak uyuşmazlık çözümü klasik anlamda yargı yoluyla çözülmektedir. Buna mukabil, aslında kökleri çok ötelere dayansa da ulusal ve uluslararası anlamda mevzuat yapısına yeni yeni kavuşan arabuluculuk⁵ da ticari hayatın hızlı çözümlere ihtiyaç duyması, ticari sınırların yargılama sırasında ifşa

³ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2021 s. 407-415.

⁴ Luiz Gustavo Meira Moser, **Global Empirical Surver on Choice of Law**, [https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/03_Convencoes_Arbitrais_Internacionais/Moser - Global Empirical Survey on Choice of Law.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/03_Convencoes_Arbitrais_Internacionais/Moser_-_Global_Empirical_Survey_on_Choice_of_Law.pdf), Erişim Tarihi: 10.01.2022.

⁵ Arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin, taraflar arasında rızaya dayalı bir sonuç bulmalarına yardımcı olmak için taraflar arasındaki müzakereleri sağladığı isteğe bağlı bir süreçtir. Uyuşmazlıkta üçüncü kişi konumunda bulunan arabulucu müzakerelere aktif olarak katılır fakat kimin haklı veya haksız olduğuna karar verme yetkisine sahip değildir. Bu yöntemde taraflar karşı karşıya değil bir araya gelmektedir, çünkü arabuluculukta amaç tarafların kazan-kazan çözümler üretmesi için bir ortam oluşturulmasıdır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Mustafa Erkan, **Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, (Erkan, **Arabuluculuk**), s. 4 vd.

edilmesi sorunu arabuluculuğu uyuşmazlık çözümünde hızla ilerleyen bir fenomene dönüştürmüştür.⁶

Arabuluculukta taraflar, arabuluculuk sürecinin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin koşul ve şartları kendi aralarında belirleyebilecekleri gibi, ileride yapısal özelliklerine ve işleyişlerini ana konumuzun boyutları dahilinde değinileceği üzere kurumsal tahkim mekanizmalarının arabuluculuk anlamında belirlemiş olduğu kurallara göre de arabuluculuk gerçekleştirebileceklerdir.^{7 8}

Genellikle arabuluculuk mekanizması taraflar arasında kalıcı ve tatmin edici bir uzlaşşı getirmemektedir. Bunun sonucu olarak veya çoğu zaman doğrudan doğruya müracaat edilen yargısal uyuşmazlık çözümüne bakıldığında ise ilk göze çarpan hangi tarafın ulusal yargısına müracaat edileceği sorunudur.⁹ Bu durum özellikle tarafların aralarında çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıkların çözümlenmesini istedikleri mahkemeyi sözleşmelerine ekledikleri bir yetki kaydıyla veya haricen yaptıkları yetki sözleşmesi ile belirlememeleri halinde ortaya çıkmaktadır. Burada taraflar genel olarak yabancı oldukları başkaca ülkelerin ulusal yargı mekanizmalarından ise kendi

⁶ Bazı yazarlara göre ise arabuluculuk yöntemi genellikle diğer uyuşmazlık çözüm yollarından önce kullanılması gereken bir ön şart olarak karşımıza çıkmaktadır. H. Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 514.

⁷ Yargılamanın maliyet, süre ve ticari sırların yargı önünde ifşa edilmesi gibi temel dezavantajların elimine edilmesi ve tarafların hızlı bir çözüm üretme arzusu son dönemde arabuluculuk alanında yapılan çalışmaları hızlandırmıştır. Bu bağlamda pek çok ülke zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk alanını düzenleyen hükümler ihdas etmiş ve güncel olarak BM nezdinde Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu) 20 Aralık 2018 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir. 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılan Konvansiyon Türkiye dahil 46 ülke tarafından imzalanmıştır. Türkçe metin için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141924Singapur%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf>, Erişim Tarihi:03.05.2022; Erkan, **Arabuluculuk**, s. 77.

⁸ Taraflar, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce arabuluculu anlaşması yapabilecekleri gibi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da arabuluculu anlaşması yapabilirler. Bu anlaşma, esas sözleşme içerisinde bir şart olarak veya ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilmektedir. Hatice Selin Pürselim Arning, **“Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 2, 2014, ss. 3-21, (Pürselim Arning, **Arabuluculuk**), s. 9.

⁹ Bu bakımdan konu Türkiye özelinde konu değerlendirildiğinde Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) uyarınca yalnızca tacir veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabilmesine imkân tanınmıştır. Yetki sözleşmesinin şartları sağlanırsa yabancı ülke mahkemeleri de Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca yetkili kılınabilmektedir. Ancak MÖHUK'daki düzenleme ile HMK'daki düzenleme paralellik gösterse de aralarında bazı farklılıklar vardır: (i) HMK'da kamu düzenine ilişkin olmayan her durumda yetki sözleşmesine cevaz verilirken, MÖHUK'da yalnızca borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi yapılabilir; (ii) MÖHUK uyarınca uyuşmazlığın yetki sözleşmesine konu olabilmesi için ayrıca yabancılık unsuru taşıması da gerekir; (iii) HMK'da yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabilecekleri düzenlenmişken, MÖHUK'da böyle bir kural yoktur. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. Erdem, s. 517.

ulusal yargı mekanizmalarına müracaat etme yolunu tercih etmektedirler. Tarafların kendi aralarındaki sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin yetkili bir mahkeme belirlememesi halinde yetki bağlama kuralları çerçevesinde tespit edilmektedir.¹⁰ Yetkili mahkeme, çoğu zaman aleyhine müracaat yapılan tarafın ulusal yargısı olduğundan, bu durum müracaat eden tarafta bir güvensizlik yaratmaktadır. Aynı zamanda yabancı ulusal hukukun tam olarak bilinmemesi ve sürprizlere açık olması ile coğrafi ve maddi dezavantajları nedeniyle taraflar uyuşmazlığı ulusal yargıdan daha çok tahkim ile çözme konusunda eğilim göstermektedirler.¹¹

Özellikle, uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde çözümlenmesi tarafların tercih ettiği bir yöntem değildir. Genellikle hiçbir taraf diğer tarafın ulusal mahkemelerinde yargılanmayı tercih etmemektedir. Hususiyetle taraflardan birinin devlet olduğu uluslararası uyuşmazlıklarda, söz konusu devletin kendi mahkemelerinde dava açılması diğer tarafın tercih edeceği bir yöntem olmayacaktır. Bu sebeple uluslararası ticaret uygulamasında tahkim kavramı, özellikle herhangi bir taraf açısından avantaj teşkil etmemesi başka bir deyişle tahkimin tüm taraflar için nötr olması, karmaşık ve detaylı usul hukuku hükümlerinin bulunmaması, tahkim yargılamasını gerçekleştirecek olan hakemlerin alanlarında uzmanlaşmış kimselerden oluşması, tarafların ticari sırlarının ulusal yargıda olduğu gibi ifşa edilmeyerek gizli tutulması, Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi'nin 170 ülke¹² tarafından imzalanması, pek çok ülkenin yargılamadaki taraf vekilliği sıfatını yalnızca vatandaş avukatlara vermesine karşın tahkimde böyle bir koşulun bulunmaması nedeniyle tarafın kendi avukatı ile kendisini temsil ettirebilmesi gibi sebeplerle, uluslararası ticari uygulamada ulusal mahkemelere kıyasla tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir.¹³

¹⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 411.

¹¹ White & Case, **2021 International Arbitration Survey: Current Choices and Future Adaptations**, <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey/current-choices-future-adaptations>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.

¹² Konvansiyonu imzalayan üye devletlerin listesi için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, Erişim Tarihi: 08.05.2022.

¹³ İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s. 8-9 (Yılmaz, **ICSID**); Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 9-10.

Her ne kadar tahkimin bunca avantajı bulunsa da bazı dezavantajları da bulunmaktadır. Hiç şüphesiz bunlardan en önemlisi bu tezin de başlangıç noktasını oluşturan tahkimin masraflı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olmasıdır.

Kendilerini tahkim anlaşması ile bağtlayan taraflar, aralarındaki ticari ilişkiye olağan iş ve işlemler doğrultusunda devam ettikleri müddetçe zaten konu çoğunlukla yargısal bir mecraya yansımadığından herhangi bir sorunla karşılaşmamaktadırlar. Ancak taraflar arasında uyuşmazlık yaşanması halinde ekonomik olarak güçlü olmayan taraf için işler oldukça zorlaşacaktır. Çünkü, bu taraf ekonomik anlamda yeterli güce sahip olmadığı veya bu gücü kaybettiği için tahkim mekanizmasına başvuramayacak veya bu süreci yürütecek nitelikte avukatlarla anlaşamayacaktır. Buna mukabil ulusal yargıya müracaat etmesi halinde de tahkim itirazı ile karşılaşacak ve hakkını hiçbir platformda dermeyer edemez hale gelecektir. Nitekim ekonomik durumu kötü olan bu taraf herhangi bir teminat da gösteremeyeceği için kredi veya borç para da bulamayacaktır.

Üçüncü taraf finansmanı, üçüncü tarafın yani hukuki uyuşmazlıkla önceden ilgili olmayan kişinin, taraflardan birine, ki çoğunlukla davacıya, uyuşmazlık için bir tür finansman eş deyişle ekonomik anlamda destek sağlamasıdır. Hakkı olmasına karşın salt ekonomik nedenlerle hakkını savunamayan taraf için üçüncü taraf finansmanı adeta bir anahtar görevi görmektedir. Daha açık anlatmak gerekirse; finansör herhangi bir teminat veya karşılık beklemeksizin, yalnızca davacının iddialarındaki haklılığı ve muhtemel geliri araştırarak finansman sağlamaktadır. Davanın kazanılması ihtimalinde taraflarca belirlenecek oranda bir paya hak kazanan finansör, davanın kaybedilmesi riskini ise üzerinde taşımaktadır.

Burada üç tarafı olan bir ilişki söz konusu olmaktadır. İlk etapta tahkim sözleşmesinin tarafları olan potansiyel finansman sağlanan ve aleyhine tahkim yoluna başvurulacak olan karşı taraf yer almaktadır. İkinci aşamada ise finansör ile finansman sağlanan taraf bulunmaktadır. Tabii ki, her hukuki ilişkide olduğu gibi finansör ile finansman sağlanan arasındaki finansman sözleşmesinde de taraflar bakımından bazı hak ve yükümlülükler bulunmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler belirlenirken hangi kırmızı çizgilere dikkat edilmesi gerektiği, hak ve yükümlülüklerin tam veya gereği

gibi yerine getirilmemesi halinde ne gibi sorunların yaşanacağı tezimizde incelenmeye çalışılmıştır.

Buna mukabil dış ilişkide finansörün varlığının tahkim yargılamasına nasıl etki edeceği, ne gibi sorunlara yol açabileceği, bu sorunların hangi yönleriyle incelenmesi gerektiği ve nasıl bertaraf edileceği hususları üzerine tartışmalara da yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. GENEL OLARAK TAHKİM

Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine, hakem adı verilen kişiler aracılığıyla kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır.¹⁴

Tahkim, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak binlerce yıldır varlığını sürdürmektedir. Her ne kadar 20.yy'dan itibaren yaygın olarak kullanılmaya başlansa da tahkim kavramı tarihte çok derin köklere sahiptir. Öyle ki Sultan Süleyman'dan George Washington'a kadar çeşitli zamanlarda dönemin önde gelenleri tarafından desteklenmiş ve özellikle uluslararası ve ticari bağlamlarda karşımıza çıkmıştır. Tahkim tarihinin büyük bir bölümünde, ulusal mahkemelerin kendi yargı yetkilerinin ellerinden alındığı düşüncesiyle tahkim ile huzursuz bir gerilim içerisinde olmalarına karşın özel anlaşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsenmiştir. 20. yy'nın başlarından itibaren, dünyanın dört bir yanındaki ülkelerde tahkim benimsenmeye başlanmış, tahkim kararlarının mahkeme eliyle tanınması ve tenfizi üstlenilerek yürürlüğe konmasını sağlayan yasalar çıkartılmış ve hakem kararlarının yargı denetimi ciddi şekilde sınırlandırılmıştır. Son yüzyılda tahkimi destekleyen politikalar büyük bir artış göstermiş ve tahkim; ticari, tüketici ve hatta profesyonel spor uyuşmazlıklarında yaygınlaşmıştır.¹⁵

¹⁴ Akıncı, s. 9.

¹⁵ Daniel Centner, Megan Ford, **A Brief History of Arbitration**, https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/the_brief/2018-19/summer/a-brief-history-arbitration/, Erişim Tarihi: 16.01.2022.

Uluslararası tahkimin kendisine göre bir üst kavram olan tahkimden farkını ifade etmek bu çalışmanın konusu bakımından faydalı olacaktır. Uluslararası kavramı ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Ancak genel olarak kabul gören yaklaşım tahkimin uluslararası olup olmadığının tespitinde genellikle iki farklı ölçüt kullanılmasıdır. Bunlardan ilki tahkime konu olan uyuşmazlığın yapısına ve özüne bakmaktadır. Tahkime konu uyuşmazlık uluslararası ticaretin yarar alanını ilgilendiriyorsa, bu tahkim uluslararası tahkim olarak adlandırılmaktadır. Uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını ve yapısını dikkate alan bu ölçüt günümüzde genel kabul gören görüşü oluşturmaktadır. Tahkimin uluslararası olup olmadığının tespitinde kullanılan ikinci ölçüt ise kişisel ve coğrafi unsurlardan hareket etmektedir. UNCITRAL Model Kanunu bu iki ölçüte de ayrı ayrı yer vermiş ve gerek sözleşmenin taraflarının gerekse uyuşmazlığa konu olan ilişkinin tahkime “uluslararası” olma unsurunu katacağını kabul etmiştir.¹⁶ MTK'daki düzenlemede ise yabancılık unsuru başlıklı 2. maddede belirli haller zikredilerek tahkimin hangi hallerde uluslararası kabul edildiği ifade edilmiştir.

UNCITRAL Model Kanun referans alınarak hazırlanan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. Maddesinde yabancılık unsuru bulunması durumunda tahkimin “uluslararası nitelik” kazanacağı ifade edilerek her iki ölçüt de kabul edilmiştir.^{17 18} Buna göre kişilerin, tahkim yerinin ya da tahkime konu uyuşmazlığın temelinde yer

¹⁶ Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 8-9.

¹⁷ Akıncı, s. 76.

¹⁸ MTK madde 2 hükmüne göre;

Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

Madde yukarıda sayılan hallerin milletlerarası tahkim kabul edileceğini kabul etmiştir.

alan ilişkilerin yabancılık unsuru içermesi halinde tahkim uluslararası kabul edilecektir.¹⁹

Buna mukabil uluslararası kabul edilsin veya edilmesin uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmesi için iki önemli başat koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, tarafların tahkim yoluna gidecekleri konusundaki iradelerinin birleşmesi eş deyişle aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözümleyecekleri konusunda anlaşmış olmaları hususudur. Öte yandan, ikinci özellik ise uyuşmazlığın böyle bir tahkim anlaşmasına konu olabilecek nitelikte yani tahkime elverişli olması hususudur.²⁰

1.1. Tahkim Anlaşması ve Tahkime Elverişlilik

1.1.1. Tahkim Anlaşması

Tahkim, tarafların kendi ortak arzularıyla aralarında kararlaştırarak oluşturdukları ihtiyari bir alternatif çözüm yoludur. Ancak bazı uyuşmazlıklar açısından ulusal kanunlarda tahkim başvurulması zorunlu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirlenmiştir. Tahkimin zorunlu uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öngörüldüğü durumlarda taraflar arasında yapılmış bir tahkim anlaşmasına ihtiyaç yoktur. Burada tahkim uyuşmazlık çözüm yöntemi, kaynağını ulusal bir yasadan almaktadır.²¹ Ancak zorunlu tahkim istisnai bir durum olup tahkim, çoğunlukla tarafların iradelerinin uyuşmasına bağlı olan ihtiyari tahkim şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Tarafların, uyuşmazlıklarını ulusal mahkemeler yerine belirledikleri

¹⁹ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2021, s. 562 vd; Huysal, s. 10.

²⁰ Akıncı, s. 8.

²¹ Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. I, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2021, s. 9-10.

tahkim kurumunda veya belirledikleri tahkim kurallarınca çözülmesi yönünde iradelerinin uyuşmasına tahkim anlaşması denmektedir.^{22 23}

Tahkim anlaşmasının yazılı olması bir geçerlilik koşuludur.²⁴ Tahkim anlaşması ayrı bir sözleşme olarak veya tarafların aralarındaki sözleşmeye eklenecek bir kayıt olarak karşımıza çıkabilir.²⁵ Asıl sözleşmeden ayrı sözleşme olarak yapılması durumunda tahkim sözleşmesi, asıl sözleşmeye konan bir kayıt ile yapılması durumunda tahkim şartı olarak nitelendirilmektedir.²⁶ Tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözüm mekanizmasını inşaa eden bu hükümler her ne kadar ilk bakışta bir sözleşmenin standart hükümleri gibi kabul edilerek üzerinde yeterince durulmuyorsa da bu hükümlerin içeriği hakemlerin yetkisi bakımından oldukça önemlidir. Bu itibarla bazı kurumsal tahkim mekanizmaları asıl sözleşmeye eklenebilecek örnek tahkim şartını internet sitelerinde yayınlamaktadırlar. Buna örnek olarak ICC internet sitesinde, aralarında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların ICC tahkiminde çözülmesini isteyen tarafların sözleşmelerine *“İşbu sözleşmeden veya işbu sözleşmeye bağlı olarak çıkabilecek her türlü uyuşmazlık Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları’na göre, bahsi geçen Kurallar’a uygun olarak bir veya daha fazla hakem atanmak suretiyle nihai olarak çözümlenecektir.”* şeklinde bir kayıt

²² Akıncı, s. 8; Tahkim anlaşması, New York Sözleşmesinin II. maddesinin 1. fıkrasında “... tarafların akte dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalardır.” şeklinde tanımlanmış ve buna paralel olarak iç hukukumuzda Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinin 1. fıkrasında “... tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.” şeklinde tanımlanmıştır.

²³ MTK’da da yer aldığı şekilde “anlaşma” teriminin, “sözleşme” terimi yerine kullanılmasının daha kapsayıcı ve yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira tahkim bazen tarafların tahkim yoluna başvurmalarını içerecek bir sözleşme şeklinde kendini gösterirken kimi zaman da asıl sözleşmelerine koyacakları tahkim şartı hükmüyle kendini gösterecektir.

²⁴ MTK Madde 4/2; “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır.”; “(...) mahkemece dava konusu limited şirketin ana sözleşmesinde hissedarlar arasında ve hissedarlar ile şirket arasında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla halledileceği hükmü nedeniyle davalılar vekilinin süresinde yaptığı tahkim itirazının kabulüne karar verilmiştir. (...) Somut olayda ise davalılardan Yalçın pamuk ve Nihat Sualp, dava konusu limited şirketin dışarıdan atanan ve ortak olmayan müdürleridir. O halde bu kişiler yönünden ana sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli olması, anılan kişilerin tahkim itirazında bulunabilmesi ve bu kişiler yönünden uyuşmazlığın hakem önünde çözümlenebilmesi mümkün değildir. Bu tür bir davanın ise kapsadığı maddi olgular açısından birlikte görülmesi zorunlu olup, davaların birbirinden ayrılması suretiyle bir kısım davalılar yönünden uyuşmazlığın mahkemede, diğer davalılar yönünden ise hakem önünde çözülmesi düşünülemez(...)” Yargıtay 11. HD 15.02.2010 2008/9429 E. 201071648 K.

²⁵ Mustafa Erkan, **“Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, ss. 535-562, (Erkan, **Tahkim Şartı**), s. 537.

²⁶ Erdem, s. 530; Akıncı, s. 151, Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 775 vd.

eklemeleri tavsiye edilmektedir.²⁷ Bu hüküm bütün tahkimi inşaa edeceğinden açık, anlaşılır ve net olması çok önemlidir. Aksi halde tahkim anlaşması geçersiz olabilecek ve bu durum tarafların tahkime başvuramaması veya başvurup tahkimi neticelendirmeleri halinde hakem kararının iptaline sebebiyet verebilecektir. Örneğin, bir Yargıtay kararında “*akit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da kurtarma yardım alacağının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan,*”²⁸ denilerek tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmedilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile görülebilmesi için yazılı tahkim anlaşmasının bulunması yalnızca anlaşma taraflarını bağlamaktadır. Eş anlatımla bu anlaşmanın tarafı olmayan ancak uyuşmazlığın tarafı olan kimseler bakımından tahkim yargılamasının yetkili olmayacağı ve bu kimselere karşı aynı konu nedeniyle ulusal mahkemelerde dava açılabilir. Çünkü tahkim anlaşması, anlaşmanın tarafı olmayan üçüncü kişilere istisnai haller dışında teşmil etmeyecektir.²⁹

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi ve karma nitelikte bir sözleşme olduğunu savunan görüşler mevcuttur. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu ise, içtihadı birleştirme kararında tahkim anlaşmasının usul hukuku sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir.³⁰

²⁷ Örnek tahkim anlaşması klozu için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/12/standard-icc-arbitration-clause-in-turkish.pdf>, Erişim Tarihi: 26.01.2022.

²⁸ **Yargıtay 11. HD 2009/3257 E. 2011/1675 K. 15.02.2011 Tarihli Kararı** – Necip İlker Karaoğlu, Milletlerarası Tahkim Yargıtay Kararları, B.4., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 32.

²⁹ Bu hususta bkz. Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 25 vd., <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43378.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022; Hatice Özdemir-Kocasakal, “**Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili**”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 25-69, s. 25 vd. (Özdemir-Kocasakal/Balkar, **Tahkim Anlaşması**); Mustafa Serdar Özbek, **Tahkim Hukuku**, 1. Bası, C.1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 508 vd.; Doğan Ağırman, **Milli & Milletlerarası Tahkim**, 1. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 254 vd.

³⁰ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2019, s. 352.; Hacı Can, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s.140 vd.; 13.04.2018 tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme HGK Kararı (2016/2 E., 2018/4 K.) (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2016-2-k-2018-4-t-13-04-2018>, Erişim Tarihi: 26.01.2022).

Tahkim yargılamasının sonunda verilen hakem kararının tenfiz edilebilir olması için, tahkim yargılamasının geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanması gerekmektedir.³¹ Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği ülkelerce farklı şekillerde belirlenmiştir. Türkiye’de MTK md.4/f.3’e göre “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*”³² İsviçre hukukunda ise sırasıyla tarafların seçtiği hukuk, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk veya İsviçre hukukundan biri bakımından geçerli olması yeterli olacaktır. Fransız hukukunda ise tahkim anlaşmasının geçerliliğini belirlemek için herhangi bir ulusal hukuka dayanılmasına gerek olmadığı, uluslararası ticari örf-adet kurallarına, (*lex mercatoria*)³³ göre değerlendirme yapılabileceği kabul edilmektedir.³⁴

Hukuken geçerli bir tahkim anlaşmasının, sözleşme tarafları dışında üçüncü bir kişiye teşmil edilip edilemeyeceği tezimizin konusu üçüncü taraf finansmanı bakımından önem arz etmektedir. Zira üçüncü taraf finansmanında üçüncü taraftan kastedilen tahkim anlaşmasının tarafı olmayan finansördür.³⁵ Bu tarafın söz konusu tahkim yargılamasına müdahale edip edemeyeceği, yargılama sonunda kurulan hükmün kendisini bağlayıp bağlamayacağı tartışma konusudur. Tahkim anlaşması, sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği, kural olarak söz konusu anlaşmanın taraflarını bağlamaktadır. Buna göre tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü bir kişiye karşı tahkimde dava açılması veya yargılama sonunda verilen hakem kararlarının üçüncü kişiyi bağlaması kural olarak söz konusu olmamaktadır. Ancak bazı hallerde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil ettiği kabul edilmektedir. Özellikle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline adi ortaklık³⁶, sigortacının halefiyeti³⁷ ve perdenin kaldırılması³⁸ taleplerinde rastlanılmaktadır.³⁹ Bu hususlara özellikle vurgu

³¹ İpek Sarıöz Büyükalp, “**Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Konusunda Karşılaşılan Bazı Usul Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler**”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 185-213, s. 186; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 62/1-e.

³² Bu hususta bkz. Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 467-480.

³³ Bu konuda bkz. Erdem, s. 2-12.

³⁴ Esen, s. 70; Özdemir-Kocasakal/Balkar **Tahkim Anlaşması**, s. 32.

³⁵ Üçüncü taraf finansörün kim olabileceği ve hak ve yükümlülüklerin tezimizin 2.5.1.1. bölümünde detaylıca yer verildiğinden burada ayrıca açıklanmamıştır.

³⁶ Esen, s. 109-112.

³⁷ Esen, s. 228-234.

³⁸ Esen, s. 282-302.

³⁹ Akıncı, s. 168; Özdemir-Kocasakal/Balkar, **Tahkim Anlaşması**, s.26.

yapılmasının nedeni ileride 2.3. numaralı bölümde üçüncü taraf finansman sözleşmesinin hukuki niteliğinin incelenmesi sırasında görüleceği üzere üçüncü taraf finansman sözleşmesinin bazı kesimlerce tipik bir sözleşme olduğu görüşünün savunulmasıdır. Bu görüşler temel alındığında tahkim anlaşmasının üçüncü taraf finansöre teşmili hususu tartışmaya açılabilir. Bu konular ileride detaylıca ele alınacağı için burada yalnızca konunun önemi vurgulanmakla yetinilmiştir.

1.1.2. Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik, kavram olarak bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilişini ifade etmek için kullanılmaktadır.⁴⁰ Tahkime elverişlilik kavramı, doktrinde objektif ve sübjektif olarak iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Bunlardan objektif tahkime elverişlilik uyuşmazlık konusunun tahkim yargılamasına konu olup olmayacağını, sübjektif tahkime elverişlilik ise uyuşmazlığa taraf kişilerin tahkim yargılamasına taraf olup olmayacağını ifade eder.⁴¹

Esasen taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereği olarak aralarındaki her türlü uyuşmazlığı tahkime konu edebilirler. Ancak devletler, kamu düzeni veya başkaca sebeplerle bazı uyuşmazlıkların tahkime konu olmasını engellemekte ya da sınırlamalar getirebilmektedirler. Bu düzenlemeler sözleşme serbestisi ilkesiyle kamu düzeni arasındaki sınırı belirler. Devletler, bu düzenlemeleri kendi ekonomik, siyasal ve sosyal politikalarına göre yapmaktadırlar. Örnek olarak ceza davaları, taşınmazlarla⁴² ilgili davalar veya tarafların iradelerine bağlı olmayan uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına konu edilemeyeceğinin düzenlendiğini görmekteyiz. Nitekim iç hukukumuz bakımından da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. Maddesinin 4. fıkrasında *“Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.”* denilerek tahkim yolunun uygulanabilirliği taşınmaz mallar ve

⁴⁰ Selda Taşyürek Köksal, **“Tahkime Elverişlilik”**, Tahkim Anlaşması, Editör Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 413-424, s. 413-414.

⁴¹ Can, s. 38; Huysal, s. 12

⁴² Her ne kadar taşınmazın aynına ilişkin olmasa da Yargıtay zayıf olanın korunması gerektiği düşüncesinden hareketle kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların da tahkime konu edilemeyeceği görüşündedir. Bkz. Hatice Selin Pürselim Arning, **“Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, ss. 496-512, (Pürselim Arning, **Elverişlilik**), s. 506

tarafların iradelerine bağılı olmayan uyuşmazlıklar bakımından sınırlandırılmıştır.^{43 44} Objektif tahkime elverişliliğe aykırı olarak tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesi halinde MTK madde 15-A/2-(a) hükmünde hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması hakem kararının iptali sebebi sayılmıştır.⁴⁵

Sübjektif tahkime elverişlilik, yukarıda bahsedildiğı üzere uyuşmazlığa taraf kişilerin tahkim yargılamasına taraf olup olamayacağı ile ilgilidir. Tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyeti var ise sübjektif tahkime elverişlilik koşulu sağlanmış olmaktadır. Nitekim MTK, tahkim anlaşması yapan taraflardan birinin ehliyetsiz olması durumunda hakem kararının iptal edileceğini öngörmektedir. (md.15-A/1-(a)) Kişinin tahkim anlaşması yapma ehliyeti genel hukuk kurallarına göre belirlenir. Yabancılık unsuru bulunan ilişkilerde ise MÖHUK md. 9/1'e göre kişilerin hak ve fiil ehliyeti kendi ulusal hukuklarına tabidir.⁴⁶

1.2. Olay Bazlı Tahkim – Kurumsal Tahkim Ayrımı

Tahkim yargılaması, yapısal olarak yürütme ve örgütlenme şekline göre olay bazlı(*Ad hoc*) tahkim ve kurumsal tahkim olarak ikiye ayrılmaktadır. Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden hazırlanmış kurallarına göre yürütölen tahkimi ifade ederken *Ad hoc* tahkim ise kurumsal tahkim olmayan tahkimleri ifade etmek için kullanılmaktadır.⁴⁷

⁴³ Can, s. 39; Huysal, s. 13; Erdem, s. 542

⁴⁴ HMK öncesi dönemde HUMK madde 518 hükmünde tahkime elverişlilik;" Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez." şeklinde ifade edilmiş olup, MTK madde 1/4 hükmü ile uyumsuzluk bulunmaktaydı. Bu durum tahkime elverişlilik bakımından doktrinde tartışmalara neden olmakta idi. Ancak 6100 sayılı Kanun madde408 hükmü ile MTK madde 1/4 hükmü koşut olarak düzenlenmiş ve HUMK dönemindeki tartışmalar bu bağlamda sona ermiştir.

⁴⁵ HUMK döneminde Yargıtay elverişliliğe aykırılığı mahkeme ile hakem heyeti arasında bir görev sorunu olarak görmekte ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtmekteydi. Bu hususta bkz. Yargıtay 9 HD 2001/13952 E. 2007/27947 K. 24.09.2007 T., Akıncı, s. 97

⁴⁶ Can, s. 43; Huysal, s. 19.

⁴⁷ Ağırman s. 90 vd.; Can s. 242; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 762-763; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 220 vd.; Yılmaz, **ICSID**, s. 14 vd.

1.2.1. Olay Bazlı Tahkim

Olay bazlı(*Ad hoc*) tahkimde, tahkim süreci tamamen taraflarca organize edilir. *Ad hoc* tahkimde taraflar, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında hakemlerin seçimine, yargılamanın usulüne ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları kendileri belirler. Bu şekilde taraflar kendi uyuşmazlıkları özelinde kendi gereksinimlerine en faydalı hükümleri belirleme imkânına sahip olur. Ancak bu özgürlük her zaman olumlu sonuç doğurmayabilir. Hakem seçimi sırasında karşılaşılabilecek zorluklar ve tahkim anlaşmasındaki boşlukların veya belirsiz hükümlerin yargılamaya olumsuz etkisi olabilecektir. Bu itibarla taraflar, *ad hoc* tahkimde karar kılsalar bile, çoğunlukla tüm bu kuralları tek tek belirlemek yerine önceden yazılmış kurallara sözleşmelerinde atıf yapmak suretiyle tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını belirlemektedir.⁴⁸ Bu kurallardan UNCITRAL Tahkim Kuralları günümüzde uluslararası uyuşmazlıklarda en çok tercih edilen *ad hoc* tahkim kurallarından biridir.⁴⁹ UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın ekinde bu kuralları tahkim yargılamalarında kullanmak isteyen taraflar için örnek bir tahkim şartı da hazırlanmıştır. Buna göre taraflar sözleşmelerine “*İşbu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili olan ya da bu sözleşmenin ihlali, feshi veya geçersizliğine ilişkin bulunan her türlü uyuşmazlık, anlaşmazlık veya iddia UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözülecektir.*”⁵⁰ şeklinde bir şart eklemeleri durumunda tahkim yargılaması UNCITRAL Tahkim Kuralları'na tabi olacaktır.

Ad hoc tahkim tercih sebeplerinin arasında kurumsal tahkime göre daha az masraflı olması gösterilebilecektir. Burada taraflar hakemleri kendi tespitleri ile seçmiş olduklarından hakem masraflarını uyuşmazlık öncesinde belirleyebilmektedirler. Öte yandan *Ad hoc* tahkim, gizlilik bakımından da daha avantajlı kabul edilebilecektir. Zira dava dosyası kurumsal tahkim merkezine gönderilmediği için sayıca daha az kişi dava dosyasına vakıf olmaktadır. Yine tahkim

⁴⁸ Şanlı, s. 383; Can, s. 90-91;

⁴⁹ Erdem, s. 524.

⁵⁰ “Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules.” <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

davasının açılması prosedürü bakımından da oldukça pratik olan *Ad hoc* tahkim, davacı tarafın karşı tarafa yapacağı bir bildirim ile cari hale gelmekte, açılmaktadır.⁵¹

1.2.2. Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkimde yargılama, tahkim sürecini tüm yönleriyle detaylı bir şekilde düzenleyen kurallara ve bu süreci yürütebilecek teknik ve idari organizasyonlara sahip daimî hakem mahkemelerince yürütülmektedir.⁵² Taraflar, büyük çoğunlukla her konuyu ayrı ayrı tartışıp kararlaştırmak yerine, kuralları ve uygulaması belli olan kurumsal tahkim mekanizmalarını tercih etmektedirler.⁵³ Yargılama masraflarının tahkim kurumlarınca idare edilmesi de kurumsal tahkimi elverişli kılan sebeplerden biridir.⁵⁴ Ulusal veya uluslararası düzeyde hakemlik hizmeti sunan çok fazla kurumsal tahkim organizasyonu vardır. Taraflar, tahkim sözleşmelerinde başvurmak istedikleri tahkim kurumuna atıf yaparak tabi olmak istedikleri tahkim kurallarını belirleyebilmektedirler. Bunlardan en çok başvuru alan başlıca kurumsal tahkimlerden bahsetmek faydalı olacaktır.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (*International Chamber of Commerce Arbitration Court/ICC*) 1923 yılında uluslararası karakterli ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü organize etmek üzere dünya özel sektörü tarafından kurulmuştur ve tamamen özel niteliklidir. ICC, doğrudan uyuşmazlıkları çözmez. Uyuşmazlığı çözümleyen hakem heyeti, uyuşmazlığın taraflarınca veya tarafların anlaşılamadığı durumlarda ICC tarafından oluşturulmaktadır.⁵⁵

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization/WIPO*) 1967 yılında Birleşmiş Milletler'in uzman bir kuruluşu olarak fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunmasına yönelik çalışmalar yapmak amacıyla kurulmuştur. WIPO Tahkim ve Uzlaştırma Merkezi ise 1944 yılında WIPO tarafından yalnızca fikri

⁵¹ Nomer, s. 566 vd.; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2020, s. 170; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 236; Can, s. 242.

⁵² Vahit Doğan, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Bası, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020, s. 1101.

⁵³ Erdem, s. 525; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 764.

⁵⁴ Nomer, s. 567; Can, s. 93.

⁵⁵ <https://iccwbo.org/about-us/> Erişim Tarihi: 24.07.2022.

ve sınai mülkiyet hakları konusunda uyuşmazlıkları çözümlmek üzere kurulmuştur. WIPO'nun uluslararası idari birimi Cenevre'dedir.⁵⁶

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes/ ICSID*) devletlerle özel kişiler arasındaki uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için 1966 yılında ICSID Konvansiyonu ile kurulmuştur. ICSID tahkimine ICSID Konvansiyonu'na taraf devlet ile bu devlete yatırım yapan yine bu konvansiyona taraf devlet vatandaşı başvurabilmektedir. ICSID tahkimi yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları çözümünde en çok tercih edilen kurumsal tahkim mekanizmasıdır.⁵⁷ Türkiye'nin de taraf olduğu ICSID'e 2022 yılı itibariyle 165 devlet taraftır.⁵⁸

Spor Tahkim Mahkemesi (*Court of Arbitration for Sport/ CAS*) 1980'lerin başında sporlarla ilgili uluslararası uyuşmazlıkların artması ve bu konuda uzmanlaşmış ve bağlayıcı karar verme yetkisine sahip bağımsız otoritelerin olmaması sebebiyle Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından sporla ilgili uluslararası uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla 1983 yılında kurulmuştur.⁵⁹

İstanbul Tahkim Merkezi (*İstanbul Arbitration Centre/ISTAC*) Türkiye'nin uluslararası bir tahkim merkezi olma gayesiyle kurumsal tahkim mekanizması olarak 2014 yılında İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulmuştur. ISTAC nezdinde yürütülen tahkim faaliyetlerine uygulanmak üzere İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk kuralları 2015 yılında yürürlüğe girmiştir. ISTAC, Milli ve Milletlerarası Tahkim Divanları ile Sekretarya'dan oluşmaktadır. Divanlar, hakemlerin uyuşmazlıkları çözümleme sürecini yönetmekte, Sekretarya ise Divanlara işlerini yürütmekte yardımcı olmaktadır.⁶⁰

⁵⁶ Şanlı, s. 393.

⁵⁷ Yılmaz, **ICSID**, s. 31-32.

⁵⁸ Şanlı, s. 391; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, s. 133.; Güncel sayı için ayrıca bkz. <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> Erişim Tarihi: 15.08.2022.

⁵⁹ <https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

⁶⁰ Akıncı s. 651; Can, s. 100; Erdem, s. 618; <https://istac.org.tr/hakkimizda/>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

1.3. Yatırım Tahkimi – Ticari Tahkim Ayrımı

1.3.1. Yatırım Tahkimi

20. yüzyıldan itibaren devletler, yabancı sermaye yatırımını bir kalkınma aracı olarak görmekte ve yabancı sermaye girişini arttırmak için yabancı sermayeyi koruyan, destekleyen ve teşvik eden yasalar çıkartmaktadırlar. Günümüzde yabancı sermaye yatırımları milletlerarası ekonomik faaliyetlerin büyük bir kısmını oluşturmaktadır.⁶¹ Yatırımcı bakımından, özellikle bu yatırımların genellikle uzun süreli yatırımlar olduğu düşünülürse, yatırım yapacağı ülkenin siyasi, hukuki ve ekonomik istikrarı büyük önem arz etmektedir. Yabancı sermayeye en çok ihtiyaç duyan ülkelerin gelişmekte olan ülkeler olduğu ve bu ülkelerin de çoğunlukla istikrarsız yapılara sahip oldukları göz önüne alındığında yatırımcıların bazı güvenceler talep etmeleri anlayışla karşılanabilecektir. Devletler, bu sorunu aşmak için ikili anlaşmalara⁶² ve çok taraflı anlaşmalara katılarak yatırımcıların uyuşmazlık durumunda ICSID başta olmak üzere başvurabilecekleri tahkim mekanizmalarını öngörmüşlerdir.⁶³ Bu itibarla, taraflarından birisinin yabancı yatırımcı ve diğerinin kamu gücünü elinde bulunduran ev sahibi devlet olduğu uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak kullanılan tahkime “yatırım tahkimi” denilmektedir.⁶⁴

Yatırım tahkimine konu yatırım ihtilaflarında en sık başvurulanan tahkim yolu ICSID olsa da sadece ICSID’de görülen tahkim yargılamalarına yatırım tahkimi demek doğru olmayacaktır. Devletler arasındaki ikili anlaşmaya göre belirlenebilecek *ad hoc* yatırım tahkimi veya ICSID dışında Stockholm Ticaret Odası (SCC), *Singapur International Arbitration Center*(SIAC), *China International Economic and Trade*

⁶¹ Bu bağlamda Türkiye’de de 4875 Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu 17.06.2003/25141 tarih ve sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun yabancı yatırımların Türkiye’ye getirilmesi konusundaki çoğu prosedürel işlemleri kaldırmış, kolaylaştırmıştır.

⁶² Dünyada imzalanmış olan iki taraflı anlaşmaların sayısı üç bine yakinken Türkiye ise yüzün üzerinde iki taraflı anlaşmaya taraftır., Ayşenaz Tahmaz, “**Yabancı Yatırımcı ve Ev Sahibi Devlet Arasında İmzalanan Yatırım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**”, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Editör Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim Arning, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 1-32, s. 3.

⁶³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 839-842; Yılmaz, **ICSID**, s. 14.

⁶⁴ İnci Ataman Figanmeşe, “**Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar**”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2011, C. 31, S. 1, ss. 91-152, s. 93 (Ataman-Figanmeşe, **Tahkimler Arası Farklar**); Yılmaz, **ICSID**, s. 16.

Arbitration Comission(CIETAC) kurumsal tahkimi tarafından da çözümlenebilecektir.⁶⁵

Devletlerin ICSID’e taraf olması, diğer taraf devlet vatandaşlarının yatırımdan kaynaklanan her ihtilafın tahkime götürülebileceği anlamına gelmemektedir. Yabancı yatırımcı ile yatırım alan devletin aralarındaki uyuşmazlığın tahkime konu olabilmesi için aralarında bu hususta bir tahkim anlaşması olması gerekmektedir. Bunun nedeni elbette ki tahkimin, taraf iradesine dayanan bir alternatif bir çözüm yolu olmasıdır. Ancak devletlerin yaptıkları ikili anlaşmalarda yabancı yatırımcıya doğrudan tahkime başvurma imkânı veren hükümler konulduğu görülmektedir. Anlaşmalarda yer alan bu tür hükümlerin gerçekten de yatırımcının, ev sahibi devlet ile arasında bir tahkim anlaşması olmadan doğrudan ICSID tahkimine başvurabilmesini sağladığı kabul edilmektedir.⁶⁶ Günümüzde ICSID tahkiminde görülen davaların büyük çoğunluğunu devletler arasındaki ikili sözleşmelere istinaden açılan davalar oluşturmaktadır. 30 Temmuz 2021 itibarıyla ICSID’de açılmış davaların %15’inin yatırımcı ve devlet arasındaki tahkim anlaşmasına, %9’unun ev sahibi ülkenin yerel yatırım kanunlarına ve %76’sının devletlerarası sözleşmelerde yer alan tahkim hükümlerine istinaden açıldığı görülmektedir.⁶⁷

Türkiye ICSID Konvansiyonu’na 1988 yılında taraf olmuş ve 1989’da Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Türk yatırımcılar tarafından ICSID nezdinde açılan toplam dava sayısı 25, Türkiye aleyhine açılan dava sayısı ise 14’tür.⁶⁸

Yatırım tahkiminde düzenleme kamusal gücü elinde bulunduran devlet ile yatırımcı karşı karşıya geldiği için daha çok yatırımcı lehine usul ve işleyişe sahiptir.⁶⁹ Özellikle kararların tenfizi ve icrası bakımından ICSID çok ciddi avantajlar

⁶⁵ Ataman-Fıganmeşe, **Tahkimler Arası Farklar**, s. 95; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 844.

⁶⁶ Bu hususta verilen ilk ICSID kararı için bkz <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> erişim tarihi 02.02.2022 (1990 tarihli AAPL v. Sri Lanka kararı).

⁶⁷ <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf>, Erişim Tarihi 02.02.2022; İnci Ataman Fıganmeşe, “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Kızlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir-Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 103-130, s.103-106.

⁶⁸ Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, **Tahkime İlişkin Kavramlar Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler**, 1. Bası, Ankara: Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 2021, s. 32-40.

⁶⁹ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 308; Yılmaz, **ICSID**, s. 41 vd.

barındırmaktadır. Konumuz bakımından yatırım tahkimine değinmeyi gerekli kılan husus ise üçüncü taraf finansmanının bu tahkim modelinde terazinin eşitliğini ev sahibi devlet adına bir parça kırabileceği endişesidir. Bu endişeyi yaratan düşünceler incelendiğinde ise aslında dava açmayacak olan yatırımcıların finansman sayesinde dava açması ve dolayısıyla dava sayısının artması devletlerin tahkim giderlerini çok fazla artıracaktır.⁷⁰ Öte yandan yatırımcı lehine olan bu tahkimde genellikle teminata hükmedilmemesi sebebiyle finansal durumu zaten kötü olan davacının davayı kaybetmesi halinde tahkim giderlerinin finansör tarafından karşılanmaması üzerine devletler için tazmin edilemez bir zarar oluşacaktır.⁷¹ Nitekim ev sahibi devletin yatırım tahkiminde karşı dava hakkının olmaması ve ekonomik açıdan güçlü olmayan devletlerin tahkim konusunda tecrübesiz olmaları, güçlü finansörlerin hakemleri etki altına alabileceği konuları yatırım tahkiminde üçüncü taraf finansmanını tartışmaya açan konulardır.⁷²

1.3.2. Ticari Tahkim

Mal veya hizmet ticareti ile uğraşan tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü sağlayan tahkim yargılamasına ticari tahkim denmektedir. Esasen buradaki ayrımı yaparken özellik arz eden tahkimleri ayırdıktan sonra kalan tahkimlerin ticari tahkim kapsamında değerlendirilebileceğini ifade edebiliriz. Ticari uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli kurumsal tahkim mekanizmalarına başvurulabileceği gibi çözüm *ad hoc* tahkim yargılamasıyla da sağlanabilir.

Ticari tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki birkaç ayırt edici farklılıklara yer vermek gerekirse; ICSID Konvansiyonu'na üye olmayan bir devlete karşı yatırım tahkimine başvurulamaz. Buna koşut olarak, yatırım tahkiminde davacı taraf ev sahibi ülkede yatırımı bulunan bir yabancı olmak zorundadır. Ancak ticari tahkimde tarafların sıfatlarına ilişkin böyle mecburiyetler bulunmamaktadır.⁷³

⁷⁰ Catherine A. Rogers, "Gamblers, Loan Sharks, Third-Party Funders", **Ethics in International Arbitration**, s. 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2345962, Erişim Tarihi: 02.02.2022.

⁷¹ Frank J. Garcia, "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System", **Boston College Law Review**, C. 59, S. 8, 2018, ss. 2911-2934, s. 2920.

⁷² Yili Dautaj, **Acces to Justice Rebalancing the Third Party Funding Equilibrium in Investment Treaty Arbitration**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/18/accessjusticerebalancing-third-party-funding-equilibrium-investmenttreatyarbitration-2/>, Erişim Tarihi: 16.02.2022.

⁷³ Yılmaz, **ICSID**, s. 42.

Diğer bir önemli husus ise, ticari uyuşmazlığın ticari tahkime konu edilebilmesi her halükârda bir devlet hukukuna bağlı iken yatırım uyuşmazlıklarının çözüldüğü ICSID tahkimi varlığını hiçbir devletin hukukuna dayandırmamaktadır. Ancak, UNCITRAL Model Kanunu ile birlikte, tahkime konu olan ticari uyuşmazlıklar bakımından ülkeler arasında mevzuat farklılıkları azalmış ve pek çok ülke mevzuatına UNCITRAL model kanuna benzer ve uygun şekilde kodifike etmiştir. Nitekim, ülkemizde de bu kanundan esinlenilerek Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu düzenlenmiştir.⁷⁴

1.4. Uluslararası Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları

1.4.1. Uluslararası Tahkimin Avantajları

Esasen tahkim, ulusal mahkemeler ile rekabet içerisindedir. Özellikle uluslararası uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasının ulusal mahkemelere kıyasla çok daha fazla tercih edildiği görülmektedir. 2021 yılında yapılan bir araştırmaya göre uygulamacıların %90'ı uluslararası uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeyi tercih etmektedirler.⁷⁵ Uluslararası uyuşmazlıklarda hiç şüphesiz ki tahkimin bu denli tercih edilmesinin haklı sebepleri vardır.

Tarafların tahkimi tercih etmesindeki en önemli sebep tahkim kararlarının uluslararası alanda icra edilebilirliğidir. Yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi için ülkeler bazı karşılıklılık anlaşmaları yapsa da bu hususta bir yeknesaklık olmadığı için bir ülkede verilen kararın başka bir ülkede uygulanıp uygulanamayacağı konusunda taraflar sık sık tereddüte düşmektedir. Hakem kararlarının icra edilebilirliği konusunda BM tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Anlaşması'na 170 devletin taraf olması sayesinde hemen hemen her ülkede hakem kararları icra edilebilmektedir. Bu durum uluslararası uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkime önemli bir itibar kazandırmakta ve tercih edilmesini sağlamaktadır. Nitekim 2018 yılındaki araştırmada

⁷⁴ Ataman-Figanmeşe, **Tahkimler Arası Farklar**, s. 93-100.

⁷⁵ https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf, s. 5, Erişim Tarihi: 02.02.2022.

uygulamacıların tahkim yargılamasını tercih sebepleri arasında en üstte %64 ile kararların icra edilebilirliği yer almıştır.⁷⁶

Taraflar objektif davranılmayacağı endişesiyle birbirlerinin ulusal mahkemelerinde yargılanmayı tercih etmemektedirler. Özellikle taraflardan birinin devlet olduğu yatırım uyuşmazlıklarında söz konusu devletin kendi mahkemelerinde dava açılması karşı tarafın tercih edeceği bir yöntem olmayacaktır. Her ne kadar ulusal mahkemelerin teorik olarak bağımsız olduğu kabul edilse de pratikte mahkemeler bağlı oldukları devletlerin sosyal, politik ve ekonomik politikalarının etkisindedir. Bu durum mahkemelerin bağımsızlığı konusunda taraflarda tereddüt yaratmakta ve nötr olması sebebiyle tahkimin tercih edilmesine sebep olmaktadır.⁷⁷ Bu tespite uygun olarak 2018 yılında yapılan bir araştırmada uygulamacıların tahkimi tercih etme sebepleri arasında ulusal mahkemelerden sakınma %60 ile ikinci sırada, tarafsızlık %25 ile altıncı sırada gösterilmiştir.⁷⁸ Tahkimde taraflar, nerede, kim tarafından, nasıl, hangi dilde ve hangi kurallar çerçevesinde yargılanacakları gibi tüm hususları belirleyebilmekte ve bu durum da tarafsızlığı sağlayıcı ciddi bir güven yaratmaktadır.⁷⁹

Tahkim yargılamasının aleni olma zorunluluğu bulunmaması ve hakem kararlarının yayınlanabilmesinin tarafların onayına bağlı olması tahkim yargılamasının gizliliğini sağlayarak özellikle ticari tahkim bağlamında tahkimin tercih sebeplerinden birisidir. Böylece şirketlerin mali durumu, uyuşmazlıklarının mahiyeti ve ticari sırları gibi gizli kalması istenen bilgilerin gizli kalması sağlanır.⁸⁰ 2018 yılında yapılan araştırmaya göre uygulamacıların tahkim yargılamasını tercih sebepleri arasında gizlilik %36 ile beşinci sıradadır.⁸¹

⁷⁶ Akıncı, s. 10; Şanlı, s. 321-322, Can, s. 72-73; [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), s.7, Erişim Tarihi: 03.02.2022.

⁷⁷ Şanlı, s. 320; Akıncı, s. 9.

⁷⁸ [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), s.7, Erişim Tarihi: 02.02.2022.

⁷⁹ Ancak hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığının da tahkimde önemli ölçüde tartışılan konulardan birisidir. Bu yükümlülük hakemin taraflar ile arasındaki ilişkiler doğrultusunda değişiklik gösterebileceğinden bu durumları tahdidi olarak belirtmek mümkün görünmemektedir. Bu konudaki detaylı açıklamalar ve hangi durumların bu yükümlülüğün ihali ile sonuçlanabileceği için bkz. Süheyla Balkar, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, 1. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016 s.310 vd. (Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**).

⁸⁰ Akıncı, s. 12; Can, s. 69.

⁸¹ [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), s.7, Erişim Tarihi: 02.02.2022; Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 248 vd.

Uluslararası uyuşmazlıkların çoğu zaman karmaşık ve özel bilgi ve deneyim gerektiren konular olmaları nedeniyle ulusal mahkemelerde hâkimler sıklıkla bilirkişi kurumuna başvurmakta, bu durum ise yargılama sürecini uzatmaktadır. Tahkimde ise taraflar uyuşmazlıklarının konusuna göre alanında uzman hakemleri istedikleri gibi seçme özgürlüğüne sahip oldukları için ulusal mahkemelere kıyasla tarafların ihtiyaçlarına uygun daha adil kararlar, daha hızlı şekilde alınabilmektedir.⁸²

Tüm bu sebepler aynı zamanda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) genel gerekçesinde dahi belirtilmiştir. Kanun gerekçesine göre uluslararası sözleşme yapan tarafların birbirlerinin ulusal mahkemelerine gitmeyi riskli bulmaları, diğer tarafın kendi ulusal mahkemesinde avantaj elde edebileceği endişesi, ulusal mahkemelerin bürokratik yapıları nedeniyle davaların uzun sürmesi, ulusal mahkeme kararlarının diğer ülkelerde tanınma ve tenfizi konusunda yaşanan zorluklar, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York anlaşması nedeniyle tahkim kararlarının yabancı ülkelerde icra edilebilme kolaylığı gibi sebepler tahkim yargılamasını bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak ulusal mahkemelere kıyasla çok daha cazip hale getirmektedir.⁸³

1.4.2. Uluslararası Tahkimin Dezavantajları ve Bunlara İlişkin Çözüm Yöntemleri

Tahkim, avantajlarının çokluğu nedeniyle uluslararası uyuşmazlıklarda sıklıkla tercih edilse de dezavantajları da yok değildir. Yukarıda bahsedilen araştırmada uygulamacılar, tahkimin olumsuz özelliklerini; masraflı olması %67, yargılama sırasında etkili yaptırımların olmaması %45, üçüncü kişiler bakımından hakemlerin yetkisiz olması %39 olarak sıralamıştır.⁸⁴ Bunların yanı sıra, %23 rakamı ile altıncı sırada yer alan mahkemelerin müdahalesi de azımsanamayacak ölçüde tahkim bakımından bir dezavantajdır. Böyle bir kaygının gerekçesine bakıldığında ise her ne kadar tahkim yolunda karar, hakem heyeti tarafından verilse de taraflardan birinin bu karara karşı iptal davası açmış olması ihtimalinde, her ne kadar sınırları belirlenmiş

⁸² Şanlı, s. 320; Erdem, s. 522.; Can, s. 74-75.

⁸³ Can, 66-68; Milletlerarası Tahkim Kanunu Genel Gerekçesi <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122ss0712.pdf> Erişim Tarihi: 03.02.2022.

⁸⁴ [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), s.7-8. Erişim Tarihi: 02.02.2022.

bir inceleme yetkisi olsa da, hakem kararının kaderi yeniden ulusal yargının ellerine teslim edilmektedir.⁸⁵

Her yargılama gibi tahkim yargılaması da tabiatı gereği bazı masraflara yol açmaktadır. Bu masraflar; tahkim yargılamasının teşekkülü ve işleyişi için yapılacak olan harcamalar ile tahkim yargılamasında faaliyet gösteren sùjelerin yani avukatların, hakemlerin, uzmanların ve idari çalışanların alacakları ücretler ve yapacakları giderler olarak gösterilebilecektir. Ulusal mahkemelerde bu masrafların bir kısmı devlet tarafından sübvansede edilmekteyken tahkimde böyle bir durum söz konusu değildir.⁸⁶ Her ne kadar zaman ve masraftan tasarruf sağlamak amacıyla tahkim yargılama usulü üzerinde reform çalışmaları sürse de tahkim esasında pahalı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu kapsamda tahkim masraflarının ağırlığı uygulamada davacıları finansman arayışına yöneltmiştir. Özellikle delilleri ve gerekçeleri itibariyle güçlü ve haklı bir iddiası bulunan davacıların bu yöndeki talepleri uluslararası piyasada bu yönde bir finansman arzının gelişmesiyle sonuçlanmıştır.

2. KAVRAMI, ÖZELLİKLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANACAK HUKUK

Bahsedildiği üzere tahkimin pahalı bir yol olması, bu yola başvurabilmenin yollarını arayanlar bakımından yeni bazı ilişki ve işlemler doğmasını sağlamıştır. Özellikle, kendini tahkim anlaşması ile bağitlayan tarafların tahkim masraflarını karşılayamayacak maddi duruma düşmesi ihtimalinde herhangi bir mercie başvuramayıp adalete erişim haklarının ihlal edilmesi⁸⁷ riski bu doğuşun ilkesel alt yapısını oluşturmuştur. Kaldı ki tarafların maddi gücü yeterli olsa bile likit paralarını yargılama masrafları yerine ticari işlerine harcamak istemeleri sebebiyle de tahkime başvurmayı tercih etmeyebilirler. Bu bağlamda tahkim masrafları için finansman sağlanması hem finansman ihtiyacı duyan hem de finansör bakımından kazan-kazan

⁸⁵ Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 289-290; Can, s. 81-83.

⁸⁶ Şanlı, s. 79.

⁸⁷ Süheyla Balkar, “Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 131-168, (Balkar, **Ödeme Güçlüğü**), s. 131-133.

temelinde bir ilişkinin kapısını aralayacaktır. Bu bağlamda üçüncü taraf finansmanı aslında finansman arayışında olan tarafın tahkim masraflarını bir şekilde finanse etme arayışı gibi görülebilecektir. Ancak bu görüş tümel bir bakış açısı oluşturmakta ve konuyu detaylı incelemeyi engellemektedir. Bu itibarla üçüncü taraf finansmanında bir ayrıma gidilecek olursa doktrinde yaygın kullanımı ile geniş anlamda üçüncü taraf finansmanı ve dar anlamda üçüncü taraf finansmanı olarak ayırım yapılabilecektir.⁸⁸

2.1. Benzer Finansman Modellerinden Farkları

Tez kapsamında detaylarıyla incelenecek olan finansman sözleşmesi ile esasında kastedilen doktrinde yapılan ayırım uyarınca dar anlamda finansman olmaktadır. Bu manada öncelikle dar anlamda finansmanın ifade edilmesi önemlidir. Esasen dar anlamda üçüncü taraf finansmanı dışında kalan tüm finansman modellemeleri geniş anlamda finansman ailesinde ifade edilebilecektir.⁸⁹ Dar anlamda finansmanın tabiri caiz ise turnusol kâğıdı finansörün kimliği ve amacıdır. Haklı olmalarına karşın maddi yetersizlikler nedeniyle tahkim yoluna müracaat edemeyen kişilere finansman sağlayarak gelir elde etme düşüncesi son dönemde bazı büyük fon ve sigorta şirketlerinin ilgisini cezbetmiş ve bu alanda yatırım yapmaya yönlendirmiştir. Bu şirketlerin patronajında konu uluslararası tahkim dünyasında gündem edinmiş ve uygulamasının artması konu üzerine yapılan akademik çalışmaları da hızlandırmıştır.⁹⁰

Çalışmamız kapsamında dar anlamda üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin hukuki niteliği, unsurları ve yaşanan sorunlar ile bu sorunlara getirilen regülatif düzenlemeler ve sorunlara ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ifade edilmeye

⁸⁸ Didem Kayalı, “**Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 8, S. 1, 2019, ss. 83-115, s. 89-87; Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon Sahani, **Third Party Funding in International Arbitration**, 2. Bası, Kluwer Law International, 2017 s. 4-6; Thibault De Boulle, **Third Party Funding in International Commercial Arbitration**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ghent Üniversitesi, 2014, s. 10-12; Willem H. Van Boom, **Third-Party Financing in International Investment Arbitration**, Erasmus School of Law, 2011, s. 25 vd.

⁸⁹ Goeler burada ayrımı terminolojik olarak yapmaktadır. Goeler, geniş anlamda finansman terimiyle kastedilen tüm finansman modellerini içine alan gruba “Litigation Finance” yani dava finansmanı terimini kullanırken, dar anlamda finansmanı belirtmek için “Litigation Funding” eş deyişle dava fonlama terimini kullanmaktadır., Jonas von Goeler, “**Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**”, International Arbitration Law Library, C. 35, Kluwer Law International, 2017, (Goeler, **Third Party Funding**), s. 51.

⁹⁰ Bachir Georges Affaki, “**a Financing is a Financing is a Financing**”, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 10-16, s. 10-14.

çalışılmıştır. Bu itibarla çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde kullanılacak olan üçüncü taraf finansmanı terimi esasında dar anlamda üçüncü taraf finansmanını anlatmak amacıyla kullanılmıştır.

Öte yandan modern anlamdaki bu finansman sözleşmesinin dışında, maddi durumu yetersiz olan kimselerin haklarını arayabilmek için finansman arayışı yeni bir vakıa değildir. O nedenledir ki geniş anlamda finansmanın pek çok görünüş biçimi bulunmaktadır. Bunların başlıcalarını belirtecek olursak; başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmaları, yasal gider sigortası, adli yardım, alacakların satışı ve temliki, bankalar tarafından sağlanan krediler, kurumsal finansman araçları ve bağışlama örnek olarak sayılabilecektir.⁹¹

Başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmaları *contingency fee* ya da *conditional fee* olarak iki türlü olarak karşımıza çıkmaktadır. *Contingency fee* anlaşmaları davayı takip edecek olan avukatın aldığı ücretin kısmen ya da tamamen davada elde edilecek başarıya bağlı olduğu anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalarda avukat, çoğu zaman başlangıçta ücret almamakta ancak dava kazanıldığında normal kazancından daha yüksek oranda ücret almaktadır. Davanın reddedilmesi halinde ise avukat hiç ücret alamayacak, bir nevi ücretsiz avukatlık yapmış olacaktır.⁹² Diğer yandan eğer dava kazanılırsa avukat, normalde alacağı ücretten çok daha fazlasına hak kazanabilecektir. Bu sebeple bu tür anlaşmalar genellikle davacının davayı kazanma ihtimalinin yüksek görüldüğü durumlarda avukatlar tarafından tercih edilmektedir.⁹³ *Contingency fee* anlaşmalarında davacının finansman ihtiyacı bir bakıma avukat tarafından sağlanmaktadır. *Contingency fee* anlaşmaları dünyada yaygın bir şekilde kullanılsa da Türk hukuku bakımından Avukatlık Kanunu ve avukatlık asgari ücret tarifesine nedeniyle bu şekilde anlaşmaların yapılması mümkün değildir. Zira Türkiye’de avukatlar en az asgari ücret tarifesinde belirtilen miktar kadar, en çok ise dava değerinin %25’i oranında vekalet ücreti anlaşması yapabilmektedir.⁹⁴ Nitekim, bu tür

⁹¹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 1-2.

⁹² Nieuwveld/Sahani, s. 5.

⁹³ De Boule, s. 13.

⁹⁴ Can Eken, **Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 37.

anlaşmalar yapılması Türkiye yanında Danimarka, Finlandiya, Norveç, Portekiz, Fransa gibi bazı Avrupa ülkelerinde de yasaklanmıştır.⁹⁵

Conditional fee anlaşmalarının *contingency fee* anlaşmalarından tek farkı bu tür anlaşmalarda avukat dava kazanılmasa dahi belli bir miktarda ücrete hak kazanmaktadır. Bu tür anlaşmalarda avukat, dava kazanıldığında normal aldığı ücrete ek olarak başarı ücreti almaktadır. *Contingency fee* ve *conditional fee* anlaşmalarındaki temel fark *contingency fee* anlaşmalarında hukuki uyuşmazlığın tüm riskini avukat üstlenmekteyken *conditional fee* anlaşmalarında risk avukat ve müvekkil arasında paylaştırılmaktadır.⁹⁶ Türk hukuku bakımından dava kaybedilmesi durumunda avukatlık asgari ücret tarifesindeki ücretten az olmamak ve dava kazanılması durumunda dava değerinin %25'ine kadar ücret belirlenen *conditional fee* anlaşmaları niteliğindeki avukatlık anlaşmaları geçerlidir.⁹⁷

Bu anlaşmaların dar anlamda finansman olarak nitelendirdiğimiz modelden farklarını inceleyecek olursak; *contingency fee* modelinin dar anlamda finansman anlaşmasından ayrıldığı husus finansörün kimliğidir. Bu anlaşmada finansmanı sağlayan genel kabul gördüğü üzere avukattır. Buna mukabil *conditional fee* modelinin dar anlamda finansman modelinden farkına gelecek olursak; burada hem finansörün kimliğinin sadece avukat olması hem de avukatın başarıdan arı olarak sabit bir ücrete her halükârda hak kazanacağına ilişkin anlaşmanın varlığıdır.

İkinci olarak ise yasal giderler sigortası en yaygın kullanılan dava finansman yöntemlerinden birisidir.⁹⁸ Geleneksel olarak sigorta poliçeleri yargılama giderlerini ve sigortalı aleyhine hükmedilen ücretleri karşılamaktadır. Yukarıda bahsedilen avukatlık anlaşmalarından farklı olarak bu poliçeler çoğunlukla davanın yönetim kontrolünü davacıdan alarak sigorta şirketine aktaran hükümler içermektedir. Diğer bir anlatımla, başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmalarında davanın kontrolü

⁹⁵ Daniel Wehrli, “Contingency Fees / Pactum de Palmario ‘Civil Law Approach’” ASA Bulletin, C. 26, S. 2, 2008, ss. 241-258, s. 246.

⁹⁶ Nieuwveld/Sahani, s. 5.

⁹⁷ Avukatlık Kanunu’nun Avukatlık Ücreti başlıklı madde164/2 hükmünde; “Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.” Denilmek suretiyle kazancın üst sınırı kanun hükmü ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bu tutarın üzerinde yapılacak olan anlaşmalar kanun hükmüne aykırılık nedeniyle 25’i geçen miktar bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

⁹⁸ Maya Steinitz, “Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding”, Minnesota Law Review, C. 95, S.4, 2011, ss. 1269-1302, s. 1295-1296.

müvekkildehyken, sigorta şirketi tarafından sağlanan finansmanda bu durum tersine çevrilmekte ve sigorta şirketi davada istediği zaman anlaşma sağlayabilmekte veya tarafın lehine olmasa bile davayı sürdürebilmektedir.⁹⁹

Yasal gider sigortasının olay sonrası sigorta (*ATE-after the event-*) ve olay öncesi sigorta (*BTE-before the event-*) olarak özellikli iki çeşidi bulunmaktadır.¹⁰⁰ ATE sigortası uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra satın alınabilen ve tipik olarak aleyhe hükmedilen yargılama giderlerini karşılayan sigorta türüdür. Bu sigorta türünde primler yüksek olsa da genellikle ödenmesi dava sonrasına ertelenmektedir. Çoğunlukla davacılar tarafından bu sigorta türü kullanılmakta, davalı tarafların ATE sigortası satın alabilmesi teoride mümkün olsa da pratikte pek mümkün olmamaktadır. BTE sigortası, ATE sigortasından farklı olarak uyuşmazlık çıkmadan önce satın alınır ve çoğunlukla sorumluluk sigortalarına ek olarak sigorta şirketleri tarafından teklif edilir.¹⁰¹

Bu anlaşmaların dar anlamda finansmandan farklı oldukları hususlara bakılır ise amaç bakımından bir ayrım olduğu gözlenmektedir. Şöyle ki, BTE ve ATE sigortaları bakımından amaç, sigorta poliçesi satışı olup burada sigorta şirketi tarafından bir yatırıma girililmemektedir.

Üçüncü olarak kredi anlaşmalarını incelersek aslında burada da amaç ve sonuç bakımından farklılıklar ilk planda göze çarpan ana farklılıklardır. Burada amaçtan kasıt kredi anlaşmasında kredi veren pozisyonundaki taraf bir meslek olarak çoğu zaman yasal otoritelerden alınan lisanslarla ödünç para satışı yapmaktadır. Eş deyişle burada bir yatırımdan çok ticari bir faaliyet söz konusudur. Öte yandan sonuç farklılığı bakımından da kredi anlaşmasında ödünç para satışı işlemi bulunduğu için kredi veren taraf her halükârda geri ödeme planında belirtilen tutara hak kazanmaktadır. Yani sonuç sürece bağlı olarak değişmemekte, amaç doğrultusunda sabit kalmaktadır. Bu

⁹⁹ Van Boom, s. 29; Goeler, **Third Party Funding**, s. 54; Nieuwveld/Sahani, s. 5.

¹⁰⁰ Nieuwveld/Sahani, s. 4.

¹⁰¹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 54-55; Paul Hewitt, **Conditional Fees After the Event Insurance and Other Litigation Funding Mysteries**, <https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/conditional-fees-after-the-event-insurance-and-other-litigation-funding-mysteries-updated>, Erişim Tarihi: 03.02.2022.

itibarla kredi sözleşmeleri ile üçüncü taraf finansmanı arasında iki unsur bakımından ayrılma yaşandığını ifade edebiliriz.¹⁰²

Son olarak üçüncü taraf finansmanının adli yardım bakımından farklılıklarına bakacak olursak bunları ölçek, amaç, sonuç ve tarafların kimliği şeklinde sıralayabiliriz. Ölçek kriteri ile kastedilen, üçüncü taraf finansmanındaki büyüklüğün adli yardım müessesesi ile kıyaslanamayacak bir biçimde farklı olmasıdır. Öyle ki üçüncü taraf finansmanında çoğu zaman milyonlarca dolarlar mevzu bahis edilirken adli yardımda bu rakamlar oldukça mazbut kalmaktadır. Her ne kadar adalete erişim konusunda ortak bir amaçtan bahsedilebilecek ise de üçüncü taraf finansmanında daha önemli olan amaç yatırımın kazanca dönüşmesidir. Bu kazanca dönüştürme amacı sonuç kısmında da kendisini göstermektedir. Bu doğrultuda adli yardım, sonuçları itibariyle yalnızca adalete erişim ve toplumsal barış sonuçlarını güder ve genel olarak kaybeden bir taraf ya da böyle bir senaryo bulunmamaktadır. Öte yandan üçüncü taraf finansmanında finansör, kazanmak veya kaybetmek olarak iki temel sonuca sahip olacaktır. Bu itibarla adli yardımda süje çoğu zaman devlet veya kâr amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşları olurken, üçüncü taraf finansmanında finansör, kâr amacı doğrultusunda faaliyet gösteren bir ticari aktördür.¹⁰³

Alacağın temlik ile üçüncü taraf finansmanına aşağıda bulunan hukuki nitelik başlığında yer verileceğinden burada yalnızca değinmekle yetiniyoruz.

2.2. Tanımı

Üçüncü taraf finansmanı, üçüncü tarafın yani hukuki uyuşmazlıkla önceden ilgili olmayan kişinin, taraflardan birine, ki çoğunlukla davacıya, uyuşmazlık için bir tür finansman eş deyişle ekonomik anlamda destek sağlamasıdır.¹⁰⁴ Uyuşmazlık

¹⁰² Didier Matray, Sigrid van Rompaey, “An Introduction to Third Party Funding”, b-Arbitra Belgian Review of Arbitration, Editör Jean-François Tossens, Annet van Hooft, S. 1, 2017, ss. 175-195, s. 179; Nieuwveld/Sahani, s. 6.

¹⁰³ Adli yardım konusunda ülkelerin güçlendirilmesi ve yargı hizmetinin toplumun tüm kesimlerine adaletli bir biçimde verilmesinin sağlanması amacıyla Avrupa Birliği bir proje başlatmıştır. Proje hakkında detaylı bilgi ve Türkiye’nin bu projedeki yeri hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://adliyardim.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28.05.2022.

¹⁰⁴ ICCA-Queen Mary Task Force, **Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration The ICCA Reports No.4**, International Council for Commercial Arbitration, 2018, s. 18; Nieuwveld/Sahani, s. 1; Steinitz, s. 1275-1276; Derric Yeoh, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing

neticesinde finansman sağlananın talebinin haklı görülerek ekonomik anlamda menfaate layık görülmesi halinde ekonomik menfaatin finansör ve finansman sağlanan arasında belirlenecek orandaki miktarı, finansman sağlanana verilen bu ekonomik desteğin karşılığı olarak üçüncü taraf finansöre verilecektir. Ancak davanın reddedilmesi ve ekonomik anlamda herhangi bir menfaatin elde edilememesi ihtimalinde ise finansör hem hiçbir ekonomik menfaat elde edemeyecek hem de finansman sağlananın avukatlık masraflarından sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde finansörün gelir elde edememesi bir kenara hakem heyeti tarafından finansman sağlanan aleyhine hükmedilecek giderlerden de sorumlu olup olmayacağı konusu esasen genel kabul görmüş bir düşünceye henüz ulaşmamış olup, konu öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda bazı yazarlar tarafından finansörün sorumlu olması gerektiğini belirtilmektedir.¹⁰⁵ Sözleşme serbestisi ilkesi gereği üçüncü taraf finansör ile finansman sağlanan, aralarındaki finansman sözleşmesinin içeriğini istedikleri şekilde yapabilmektedirler. Tabii ki burada sözleşmeye uygulanacak olan hukuka göre emredici kurallara aykırılık, kamu düzeni ve gabin benzeri kurumlar tarafların irade serbestisinin sınırlarını belirleyecektir. Genellikle finansör şirketin, yargılama giderlerini ve avukatlık ücretlerini ödemesi karşılığında finansman sağlanan lehine hükmedilen ekonomik menfaatin %20 - %40 arasında değişecek şekilde belirlenen bir kısmını talep ettiği görülmektedir.¹⁰⁶

Geleneksel anlamda üçüncü taraf finansmanında, güçlü bir iddiaya sahip ve mali açıdan zor durumda olması nedeniyle gerekli uyuşmazlık çözüm yöntemlerine müracaat edemeyen bir finansman sağlanan tipolojisi görülmekteydi. Bu tipolojide finansman sağlanan taraf, ekonomik olarak zor durumda olması nedeniyle haklarını gereği gibi dermeyer edememekte, bu nedenle adalete erişim hakkı

Field?”, Journal of International Arbitration, C. 33, S. 1, Kluwer Law International, 2016, ss. 115-122, s. 117.

¹⁰⁵ Eric De Brabandere, Julia Lepeltak, **“Third Party Funding in International Investment Arbitration”**, Grotius Centre Working Paper Series, S. 1, Universiteit Leiden, 2012, s. 5; Dominik Horodyski, Maria Kierska, **“Third Party Funding in International Arbitration Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure Requirement”**, Scientific Journals of the Society of Doctoral Students of the Jagiellonian University, 2017, ss. 63-80, s. 65.

¹⁰⁶ Yusuf Çalışkan, **“Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss. 645-658, s. 647; Maxi Scherer, Aren Goldsmith, Camille Flechet **“Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funder’s Perspectives”**, International Business Law Journal, S. 2, 2012, ss. 207-220, s. 214.

kısıtlanmaktaydı.¹⁰⁷ Üçüncü taraf finansmanının bu görüntüsü günümüzde halen yerini korusa da¹⁰⁸ risk yönetimi için yenilikçi çözüm arayan, yasal konular için ayırdıkları bütçelerini artırmak istemeyen veya parasını yargılama masraflarına harcamak yerine işletmesine yatırmak isteyen mali açıdan güçlü bazı şirketlerin de artık üçüncü taraf finansmanını kullandığı görülmektedir.¹⁰⁹

Tanımlandığı üzere üçüncü taraf finansmanının kökleri oldukça eskiye gitmektedir. Bir madalyon misali etik ve ekonomik olmak üzere iki yüzü bulunan üçüncü taraf finansmanı bugünkü manada kuralları ve kaideleri olmasa da geçmişte de sıklıkla kullanılmıştır. Üçüncü taraf finansmanının tarihi panoramasına bakıldığında köklerinin Orta Çağ İngiltere'si, antik Roma ve hatta antik Yunan'a kadar uzandığı görülmektedir.¹¹⁰

Atina'nın hukuk tarihine her ne kadar korunmuş hukuk kurallarından ulaşmasak da Attika hatiplerinin günümüze kadar ulaşan konuşmalarından çıkarsamalarla bilgi edinilebilmektedir. Bu kısıtlı kaynak ve kanıtlara rağmen eldeki belge ve bilgilerden üçüncü taraf finansmanın kullanıldığına ilişkin örneklerle rastlamaktadır. Buna ilişkin kaynaklardan edinildiği kadarıyla örnek vermek gerekirse, Isaeus'a göre Dicaeogones isimli zengin bir adamın üvey evladı, bir taşınmazın üçte birine mirasçı olmuştu. Melas ve birkaç arkadaşı, dava için avans ödeyerek Dicaeogones'i taşınmazın hepsi için dava açmaya ikna eder ve kazanması halinde taşınmazın bir kısmını kendilerine isterler. Sonuçta istedikleri olur ve Dicaeogones davayı kazanır. Başka bir örnek devlet ile kurulan sözleşmelerle ilgilidir. Buna göre Agyhhrius ve arkadaşları devlet adına vergi toplamak için ihaleye girerler ve önemli miktarda kar elde ederler. Sonraki yıl Andokides ve arkadaşları ihaleyi Agyhhrius'a kaptırmamak için yüksek teklif yaparlar. Taraflar arasında bu aşamada bir uyuşmazlık çıkar ve dava açılır. İki grup arasında görülen davada Agyhhrius'un grubu

¹⁰⁷ Nieuwveld/Sahani, s. 11.

¹⁰⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 82 vd.

¹⁰⁹ Christopher P. Bogart, "**Third-Party Financing of International Arbitration**", b-Arbitra Belgian Review of Arbitration, Editör Jean-François Tossens, Annet van Hooft, S. 2, 2017, ss. 315-325, (Bogart, **Financing**) s. 316 vd.

¹¹⁰ Sebastian Torres Linke, **Third Party Litigation Funding in International Arbitration: Conflicts of Interest with Arbitrators**, Westfälische Wilhelms Üniversitesi Seminar Tezi, 2019, s. 3.

kendilerince bir fon oluştururlar ve Callias ve Cephisius isimli iki zengin kişi tarafından ekonomik yardım alırlar.¹¹¹

Antik Roma'nın hukuk tarihini antik Yunan gibi vakıa kayıtlarından ziyade Justinyanus'un *Corpus Iuris Civilis*¹¹² derlemesinden öğrenilmektedir. Her ne kadar olay bazlı üçüncü taraf finansmanı uygulaması tespit edilemese de davanın üçüncü kişi tarafından fonlanmasına ilişkin yasak ve kısıtlamaların varlığı antik Roma'da da üçüncü taraf finansmanının kullanıldığını göstermektedir. Antik Roma'da dava açıldıktan sonra dava haklarını satmak yasak iken dava açılana kadar dava haklarını satmak mümkündü. Ancak alıcılar davacıları dava haklarını değerinden çok daha az bir ücrete satmaya zorladıkları için 506 yılında Anastosios bu uygulamayı yasaklamıştır. Antik Roma'da tarafların sosyal statüsünün davanın sonucuna etkisi çok büyük olduğundan davacılar, kazanma şansı daha yüksek olduğu için davalarını daha güçlü kişilere satmaya çalışmaktaydı. Buna karşılık *Justinyen Yasası*, kişilerin davalarını kendinden daha güçlü kişilere satmasını ve davayı satın alan tarafın karşı taraftan davayı satın aldığı miktardan daha fazla tazminat almasını yasaklayan maddeler içermektedir.^{113 114} Görüldüğü üzere Romalıların üçüncü taraf finansmanı ile ilgili davacı ve finansör arasındaki eşit olmayan pazarlık gücü ve güçsüz iddiaların sosyal statü olarak güçlü kişiler tarafından dava edilmesiyle güçlenmesi gibi endişeleri günümüz üçüncü taraf finansmanı tartışmasından çok farklıdır.

Orta Çağ İngiltere'sinde davanın üçüncü tarafça finansmanı konusunda antik Roma'ya benzer bir bakış olduğu görülmektedir. Bu konuyla ilgili İngiltere hukukunda *champerty*, *maintenance* ve *barratry* kavramları gelişmiştir. Bu kavramlar esasen doğrudan üçüncü taraf finansmanı ile ilgili olmayıp *common law*'ın genel ilkesini teşkil etmektedir. İngiliz yüksek yargıç Lord Denning MR'ye göre "*Maintenance, bir*

¹¹¹ Michael K. Velchik, Jeffery Y. Zhang, "**Islands of Litigation Finance**", Stanford Journal of Law, Business & Finance, C. 24, S. 1, 2019, s. 7.

¹¹² "Corpus Iuris Civilis ya da modern alfabeyle Corpus Juris Civilis, 529-534 yılları arasında Doğu Roma İmparatoru I. Justinianus tarafından hazırlatılan, Roma Hukuku konusunda en geniş ve derinlemesine bilgi veren, sonradan bu isimle anılan hukuk külliyyatıdır." https://tr.wikipedia.org/wiki/Corpus_Iuris_Civilis, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

¹¹³ Velchik/Zhang, s. 11.

¹¹⁴ Nitekim bu yaklaşımın esintileri bugün ulusal mahkemelerde de hissedilmektedir. İngiltere'de kullanılan arkin cap yani arkin sınırı; üçüncü taraf finansör tarafından finansman sağlanan dava kaybedilirse finansör, yaptığı yatırım kadar karşı tarafın yargılama giderlerinden sorumludur. Bu bağlamda; Davey v Money & Anor [2019] EWHC 997 (Ch). kararının kısa incelemesi için ayrıca bkz. <https://www.stewartslaw.com/news/the-arkin-cap-recent-court-of-appeal-decision-has-impact-for-funders/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

*tarafa dava açması veya davasını savunması için, haklı bir nedene dayanmadan yardımda bulunarak yanlış bir biçimde davanın kışkırtılmasıdır. Champerty, bir kimsenin davanın tarafını davadan bir pay almak şartıyla desteklemesi durumunda belirir. Anglasakson hukukunun champerty'yi yasaklamasının sebebi bu durumun ortaya çıkarabileceği bazı olası suiistimallerden kaynaklanmaktadır. Anglosakson hukuku bu tarz bir yardımda bulunan kimsenin, şahsi çıkarı için zarar miktarını gereksiz artırmaya, delilleri karartmaya ve hatta tanıkları rüşvetle kandırmaya yeltenebileceğinden korkmaktadır.”*¹¹⁵ Barratry ise yersiz ve haksız dava açma suçudur.¹¹⁶

Her ne kadar dava finansmanı yasak olsa da akrabaların, hizmetçilerin ve fakirlerin davasının fonlanması sonradan bu yasaktan istisna edilmiştir. Orta Çağ İngiltere'sinde zengin ve güçlü baronlar davaları satın alıp güçleri ve konumları sayesinde mahkemeleri korkutarak haksız hükümler elde etmekteydi. Soylular mahkeme salonunu kendi renklerini giyen destekçilerle doldurarak jürilerin gözünü korkutmaya çalışırdı. Böyle bir yasal sistem, yoksulları kendilerini diğer soylulardan korumak için haklı davalarını bağlı oldukları soylulara satmaya itmiştir. Özellikle tebaasından vergi toplamakta zorlanan soylular bu tür yolsuzluklar yapmışlardır. İşte *maintenance*, *champerty* ve *barretry* doktrinleri dava açmanın karmaşık olduğu, jüri üyelerinin güvenilirmez olduğu ve yargıçların bağımsız olmadığı Orta Çağ döneminde ortaya çıkmıştır.¹¹⁷ İngiltere'de tarihsel olarak *maintenance*, *champerty* ve *barretry* ceza gerektiren suçlardır. İngiltere'de gelişen bu doktrinler diğer *common law* ülkelerine de sirayet etmiştir.¹¹⁸

Orta Çağ'daki kapalı ekonominin tarihi dinamikleri bugün artık yerini finansal hareketlerin küreselliğine bıraktığından bu kaygıların yersiz olduğu düşünülmektedir. İngiltere Yüksek Mahkemesi Başkanı Lord Neuberger 2013 yılında konuyu ele alırken “Mahkemelere erişim bir haktır ve devlet, bireylerin bu haktan yararlanmasına engel olmamalıdır” demiştir.¹¹⁹ Nitekim İngiltere'de ilk olarak 1275 yılında Westminster

¹¹⁵ Eken, s. 33-34.

¹¹⁶ Lord Neuberger, **Harbour Litigation Funding First Annual Lecture, From Barretry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding**, 2013, s.5, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf>, Erişim Tarihi: 05.02.2022.

¹¹⁷ Velchik/Zhang, s. 12.

¹¹⁸ Neuberger, s. 6-7.

¹¹⁹ Sharina Petit, “**Maintenance and Champerty an End to Historic Rules Preventing Third Party Funding**”, Norton Rose Fulbright International Arbitration Report, S. 7, 2016, ss. 9-10, s. 9.

Yasası¹²⁰ ile resmi olarak yasak olduğu ilan edilen *barretry*, *maintenance* ve *champerty* kavramları 1967 tarihli Ceza Hukuku Yasası'yla¹²¹ birlikte suç olmaktan çıkartılmıştır. Avustralya'da ise 1993'te çıkan bir yasa ile bu kavramlar suç olmaktan çıkarılmıştır.¹²² Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkemeleri'ne göre de diğer *common law* ülkelerine benzer şekilde *barretry*, *maintenance* ve *champerty* kavramları artık anlamsızlaşmıştır. Bu nedenle günümüzdeki davaların komplike ticari finansmanlarında bu kavramların bir yeri kalmamıştır. Singapur 2017'de yaptığı yasal düzenleme ile *maintenance* ve *champerty* yasaklarını kaldırmış ve uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanının uygulanabilirliği için yasal yapıyı kurmuştur. Hong Kong'da *maintenance* ve *champerty* ilkeleri hala geçerliliğini korusa da Kanun Reform Komisyonu'nun 2013'te üçüncü taraf fonlaması üzerine yaptığı incelemeden sonra birçok yargı bildirisi doktrinlerin kapsamını daraltmış ve bunların uluslararası tahkim işlemleri için geçerli olmadığını teyit etmiştir.¹²³

Günümüzde üçüncü taraf finansmanı yönteminin geliştiği ve kullanıldığı başlıca ülkeler Avustralya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'dir.¹²⁴ Üçüncü taraf finansmanının tarihsel olarak Kıta Avrupası Hukuk Sistemi kullanan ülkeler yerine Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi (*common law*) kullanan ülkelerde gelişmiş olmasının bazı sebepleri vardır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi kullanan ülkelerde devlet yargısına başvurma maliyeti *common law* ülkelerine göre çok daha ucuzdur. Bu ülkelerde adli yardım mekanizmalarının gelişmiş olması sebebiyle kişiler finansman ihtiyaçlarını farklı yöntemlerle giderebilmiştir. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde maddi tazminatların maddi zarara bağlı olup cezai nitelikte tazminatların (*punitive damages*) olmaması da bu finansman türünün benimsenmesini engelleyen sebeplerdendir. Ayrıca Kıta Avrupası Hukuk Sistemine tabi ülkelerde genel olarak *contingency* ve

¹²⁰ 1275 tarihli Statute of Westminster The First 25. bölümde “None shall commit Champerty, to have Part of the Thing in Question” ve 28. bölümde “Clerks shall not commit Maintenance” <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/3/5>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

¹²¹ 1967 tarihli Criminal Law Act 13. bölümde “Abolition of certain offences and consequential repeals”, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/contents> Erişim Tarihi: 08.02.2022.

¹²² 1993 tarihli New South Wales of the Maintenance, Champerty and Barratry Abolition Act <https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/repealed/current/act-1993-088#sec.3>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

¹²³ Danielle Cutrona, “Control, Disclosure, Privilege, Champerty and Other Legal Finance Ethics Questions Answered”, Legal Finance 101, Burford Capital, 2021, ss. 52-57, s. 56-57 <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/legal-finance-101/>, Erişim Tarihi: 10.02.2022.

¹²⁴ Matray/Rompaey, s. 182.

conditional fee anlaşmalarının yasaklanmış veya kısıtlanmış olması da üçüncü taraf finansmanının daha az gelişmesine sebebiyet vermiştir.¹²⁵

Uluslararası ticaretin artmasıyla beraber bu iki hukuk sistemi sıklıkla bir araya gelmektedir. Bu sebeple üçüncü taraf finansmanı yalnızca *common law* ülkelerini ilgilendiren bir olgu olmaktan çıkıp Kıta Avrupası Hukuk sistemini kullanan ülkelerin de güncel bir konusu haline gelmiştir.¹²⁶

Uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanının bilinen ilk uygulaması 2010 yılında ICSID tahkiminde görülen *Kardassopoulos and Fuchs v. Georgia*¹²⁷ yargılamasıdır. Bu davada davacı taraf, varlığı daha sonra tahkim mahkemesinde açığa çıkarılan Allianz Litigation Funding tarafından finanse edilmiştir. Bu finansman kapsamında davacı tarafın avukatlarının masraflarının gizli finansör tarafından karşılandığı bu nedenle davacının avukat masraflarından kendisinin sorumlu tutulmaması gerektiğini savunmuştur. Ancak hakem heyeti, buradaki üçüncü kişi tarafından finanse edilmenin yargılama sonucunda hükmedilecek yargılama giderleri bakımından bir değişiklik yaratmadığı gerekçesiyle masrafların kaybeden taraftan tazmin edilmesine ve karşı tarafın davacının avukatlık masrafları için 8 milyon dolar ödemesine karar vermiştir.

Buna mukabil Amerika dışına çıkan ve uluslararası kabul edilecek bilinen bir diğer uygulamada ise, 2011 yılında Chevron’a karşı Ekvadorlu davacılar tarafından Ekvador’daki petrol alanlarının gelişimine ilişkin olarak açılan çevre davası, üçüncü taraf finansmanının uluslararası yargılamalarda nasıl rol almaya başladığını göstermiştir. Söz konusu davada Ekvadorlu davacılara dava sonunda hükmedilen tazminatın %1,5’i karşılığında 4 milyon dolar finansman sağlanmıştır. Finansman sağlayan Burford Capital şirketi dava sonunda davacılarla arasındaki finansman

¹²⁵ Süheyla Balkar, “Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Editör Burak Huysal, C. 10, S. 129-130, 2015, ss. 121-222, (Balkar, **Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi**), s. 211

¹²⁶ Bayer Mazlum Mert, **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 6.

¹²⁷ Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Dava No. ARB/05/18 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2022; Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Dava No. ARB/07/15 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0347.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

anlaşması uyarınca 15 milyon Amerikan doları kazanç elde etmiştir.¹²⁸ Üçüncü taraf finansmanları artarak uluslararası olarak uygulanmaya başlanmış ve çok uluslu finans şirketleri birçok ülkede yargılamaları finanse etmeye başlamıştır.¹²⁹

Uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanının artarak elde etmiş olduğu bu popülerite, çeşitli kurumsal tahkim merkezleri çevrelerince dikkate alınmış ve bu alanda mevzuat düzenlemeleri yapılmaya başlanmıştır. Hong Kong¹³⁰ ve Singapur'un¹³¹ yanında CAM-CCBC¹³², CIETAC¹³³, HKIAC¹³⁴, SIAC¹³⁵, MCA¹³⁶, ICC¹³⁷ ve ICSID¹³⁸ gibi tahkim kurumlarında düzenlemeler yapıldığını ve henüz tarihi belli olmamakla birlikte tasarısı üzerinde tartışılan UNCITRAL¹³⁹ düzenlemelerinde üçüncü taraf finansmanının yer bulduğunu görmekteyiz.¹⁴⁰ Bu düzenlemelerin detaylarına tezimizin üçüncü taraf finansmanının yarattığı sorunlar bölümünde değinilecektir.

¹²⁸ Roger Praloff, **Have You Got a Piece of This Lawsuit**, <https://fortune.com/2011/06/28/have-you-got-a-piece-of-this-lawsuit-2/>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

¹²⁹ Ural Aküzüm, **Dava Fonlama Kavramı, Adalet Erişim, Hukuki ve Etik Sorunlar**, 1. Bası, İstanbul: Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021, s. 12; Matray/Rompaey, s. 183.

¹³⁰ <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³¹ <https://sso.agc.gov.sg/Act/CLA1909#pr5A->, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³² <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³³ <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³⁴ https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³⁵ <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf> Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³⁶ <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³⁷ https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_11, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹³⁸ <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2022; Yapılan değişiklikler hakkında ayrıca bkz İlhan Yılmaz, **“ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”**, GSÜHFD, S. 1, 2020, ss. 455-519, (Yılmaz, **ICSID Değişiklik Önerisi**) s. 484-485.

¹³⁹ <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

¹⁴⁰ <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/05/third-party-funding-finds-its-place-in-the-new-icc-rules/>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

2.3. İlkesel Temeli: Adalet Erişim

Adalet erişim hakkı, gerek uluslararası¹⁴¹ gerekse de bölgesel¹⁴² nitelikte insan hakları belgeleriyle korunmakta olan bir haktır. Adalet erişim hakkı, herkesin adalet eşit bir şekilde ulaşmasını sağlayan temel bir haktır. UNDP tarafından ortaya konan bir tanıma göre de, adalet erişim, “*toplumu oluşturan bireylerin, insan hakları standartlarına uygun olarak, geleneksel ya da geleneksel olmayan yollardan, ihtiyaç duyduğu hukuki çözümlere ulaşabilecek durumda olması*”dır.¹⁴³ Nitekim adalet gerçek anlamda bir erişim sağlanamazsa hukuk, yerine getirilemeyen bir vaatten ibaret kalacaktır.¹⁴⁴ Tahkime başvurmak isteyen tarafların tahkime erişiminin açık ve eşit şartlarda olması da herhangi bir uyuşmazlık çözüm yönteminde olması beklenen temel bir özelliktir.

Daha önce ifade edildiği üzere tahkim yargılaması, özellikle uluslararası uyuşmazlıklar bakımından devlet mahkemelerine göre oldukça cazip bir uyuşmazlık çözüm metdou olarak ön plana çıkmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak tahkim yargılaması, uluslararası alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemi haline dönüşmüştür. Ancak özel bir yargılama biçimi olması ve yargılamadaki bütün bileşenlerin tarafların harcamalarıyla yapılması, tahkim yargılaması sürecinde yargılama masraflarını çok yüksek miktarlara taşıyabilmektedir. Ulusal ve uluslararası tahkim kurumları yargılama masraflarını azaltmaya yönelik değişiklikler konusunda çalışmalar yapmakta iseler de tahkim yargılaması, işin doğası gereği pahalı bir uyuşmazlık çözüm yoludur ve kurumlar halen daha bu pahalılığı engelleyebilmiş

¹⁴¹ BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanarak BM genel kurulunda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md 8 hükmüne göre; “Her şahsın kendine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiilli netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır.”.

¹⁴² İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi md.6 hükmüne göre; “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir”; AIHM ilk defa 21.02.1975 tarihli *Golder v. Birleşik Krallık* kararında adil yargılanma hakkına erişebilmek için öncelikle mahkemeye erişim hakkının güvence altına alınması gerektiğini belirtmiştir., Gizem Ersen Perçin, “**Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Forum Necessitatis İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi**”, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar, Editör Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim Arning, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 3-20, s. 4.

¹⁴³ Meral Sungurtekin Özkan, “**Anayasal Şikâyet ve Adalet Erişim**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, ss. 399-410, s. 401.

¹⁴⁴ Mustafa Serdar Özbek, “**Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim**”, Medeni Usul ve icra İflas Hukuku Dergisi, S.4, 2006, ss. 907-927, s. 907, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_804.htm, Erişim Tarihi: 17.02.2022.

değillerdir. Her ne kadar taraflar tahkim anlaşmasını imzaladıkları sırada bu masrafların bilincinde olsalar da tarafların anlaşmanın yapıldığı sıradaki finansal durumu ile uyuşmazlık ortaya çıktığı zamanki finansal durumu çok farklı olabilmektedir.¹⁴⁵ Öyle ki tahkim anlaşmasının yapıldığı sıralarda ekonomik anlamda güçlü olan tarafın sonradan çeşitli nedenlerle ekonomik gücünü kaybetmesi ve tarafların ihtilafa düşmeleri halinde güçlü bir iddiası bulunan taraf sırf tahkim masraflarını karşılayamadığı için tahkim yoluna başvuramamaktadır. Maddi anlamda güçsüz bu taraf tahkim anlaşması nedeniyle devlet mahkemelerine de başvuramamaktadır. Başvurduğu ihtimalinde ise karşı taraf tahkim itirazında bulunarak davanın ulusal mahkemelerde görülmesini engelleyebilmektedir.¹⁴⁶ Öte yandan, yargılama masraflarına ek olarak davanın kaybedilmesi ihtimalinde karşı tarafın yaptığı masrafların da kaybeden tarafa yüklenecek olması riski de tarafların süreci başlatabilmeleri açısından caydırıcı bir engel olabilmektedir. Bu durum esasen tahkim anlaşması ile kendisini bağtılamış olan tarafın adalete erişim hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecek ve adalete erişimin sağlanamaması, uluslararası tahkim yargılamasının meşruiyeti zemininin ilgililer tarafından tartışmaya açılmasına sebebiyet verebilecektir.¹⁴⁷ Tahkim her ne kadar belirli avantajları bulursa da özünde bir yargılama ve adalete erişim amacı ihtiva etmekte olup, ekonomik bir faaliyet değildir. Ancak yargılama masraflarının ağırlığı, tahkim yargılamasını ekonomik gücü yeterli olmayanlar bakımından adeta bir adalet prangasına dönüştürürken, ekonomik gücü daha fazla olan taraf bakımından ise bir sopaya dönüşebilmektedir.

Esasen bu önemli engel, geçerli bir tahkim anlaşması imzalayarak uyuşmazlık çözüm merkezini belirlemiş ancak ekonomik gerekçelerle tahkime başvuramayan kimsenin devlet mahkemelerine müracaatı sonucunda ülkeler tarafından konuya ilişkin farklı yaklaşımların benimsenmesiyle kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu çaba doğrultusunda, Alman hukukunda tahkim anlaşmasının fiilen uygulanamaz hale dönüşmesi halinde davacının devlet mahkemelerine başvurabileceği, genel kabul görmüş kurallara aykırı olarak, kabul edilmektedir. Alman hukukunda kabul edilen bu görüşe göre; tahkim yargılamasını başlatamayacak derecede ödeme güçlüğü halinde

¹⁴⁵ Balkar, **Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi**, s. 123-124.

¹⁴⁶ Süheyla Balkar, **“Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişi Finansmanı”**, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Taraf Finansmanı, Editör Ceyda Sürat Efeçınar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 73-90, (Balkar, **Panel**), s. 75.

¹⁴⁷ Aküzüm, s. 95.

olan taraf, karşı taraftan bütün tahkim giderlerini ödemesini isteyecek ve bu isteğinin kabul görmemesi halinde tahkim anlaşması uygulanamaz addedilecek ve böylece dava devlet mahkemelerinde görülebilecektir. Nitekim Portekiz Anayasa Mahkemesi ve Liechtenstein Yüksek Mahkemesi de bu görüşü paylaşmakta ve tarafların adalete erişim hakkının tahkim anlaşmasına göre daha ağır bastığı görüşüne sahiptir.¹⁴⁸

Tabii ki bu durum bir istisna olup, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının imzalanması halinde uyuşmazlığın sadece taraflarca belirlenmiş veya belirlenecek şekilde meydana gelen hakem heyeti tarafından çözümleneceği esastır. Bu bağlamda Fransız Hukuku uygulamasına bakıldığında ise adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği hususundaki değerlendirmeyi bu iddiayı dile getiren tarafın savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı perspektifinden değerlendirmektedir. Eş deyişle, eğer bir taraf mevcut olan tahkim yargılamasında kendisine yöneltilen iddialara karşı savunmalarını sunabiliyor ise adil yargılanma hakkının ihlali bulunmamaktadır. Elbette ki bu yorum tarafın yargılama sırasında davalı olması ihtimalinde cari olmaktadır. Tarafın, davacı olması halinde ise bu durumun çözümünün hakem heyetince yapılmasının gerekliliğini ifade ederek aslında bir çözüm getirmemekte, çözüm için hakem heyetini adres göstermektedir. Ezcümle, geçerli bir tahkim anlaşması imzalayarak, tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması kabul etmiş olan tarafların neredeyse hiçbir şekilde ahde vefa ilkesi gereği sözleşmeden ayrılamayacaklarını ifade etmektedir.¹⁴⁹ Bu durum İngiliz Hukuku bakımından da benzerlikler taşımaktadır.¹⁵⁰

Türk hukukunda ise Balkar, bu soruna projektör tutarak bunu “pandoranın kutusu” olarak nitelemektedir. Yazari, ekonomik gücü yetersiz olan bir taraf bakımından ulusal mahkeme önüne taşınmış bir yargılamada karşı tarafın tahkim itirazında bulunması üzerine mahkemece tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tartışmaya açılabileceğini ifade etmektedir. Daha açık bir anlatımla ödeme güçlüğü

¹⁴⁸ Mert, s. 57-58.

¹⁴⁹ Bu hususta yazar tarafından paylaşılan örnek Pirelli ve Lola Fleurs kararlarının yazar tarafından yapılmış özetleri ve yazarın görüşleri için ayrıca bkz. Balkar, **Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi**, s. 126-167.

¹⁵⁰ Balkar, **Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi**, s. 184.

sebebiyle tahkim anlaşmasının uygulanmasının artık imkansız hale geldiğinden hareketle yargılamanın ulusal mahkemelerde sürdürülebileceğini ifade etmektedir.¹⁵¹

Devlet mahkemeleri tarafından uygulanabilir bir çözüm getirilemeyen bu duruma kanaatimizce en makul çözümü uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanı sunmaktadır. Zira bu uygulamanın en önemli faydası tahkim masraflarını karşılamaya yetecek maddi gücü olmayan tarafların kendilerine sağlanan finansman sayesinde tahkim yoluna başvurabilmelerine imkân vererek adalete erişimi sağlamasıdır.¹⁵² Uluslararası tahkimde, tahkim masraflarının tutarlarının en çok etki altına aldığı grup şüphesiz küçük ve orta ölçekli şirketler¹⁵³ olmaktadır. Bu şirketlerin, belirli bir dönemini kapsayacak büyüklükteki cirolarını yalnızca tek bir işte elde etme beklentisiyle hareket ederek, bu iş için gerekli masrafları yapmaları ve işi teslim etmeleri sonrasında bu işten elde edecekleri parayı alamamaları halinde çok ciddi bir darboğaz yaşanmaktadır. Bunun nedeni çoğu zaman bu işletmelerin, işi gerçekleştirebilmek adına yaptığı masraflar ve bu kapsamda aldığı borçların şirketi iflasın eşiğine getirebilmesidir. İşte bu ve benzeri durumlarda küçük ve orta ölçekli şirketlerin hak arayışına en büyük çözümü üçüncü taraf finansmanı sunmaktadır. Bu bağlamda üçüncü taraf finansmanı ile birlikte güçlü iddiaya sahip küçük ve orta ölçekli şirketler yargılama masraflarından korkmadan çok uluslu büyük şirketlere karşı dava açabilmektedir.¹⁵⁴

Üçüncü taraf finansmanının varlığı, tarafların davada uzlaşma ihtimallerini de arttırmaktadır. İki şirket arasında başarısız bir ticari girişim üzerine oluşan bir uyuşmazlık olduğunu varsayalım. Şirketlerin eşit büyüklüğe sahip ve tahkim yargılamasına konu edilen tutarı kotarabilir oldukları ihtimalinde uyuşmazlığın davanın esasına göre çözümü beklenirken; her iki tarafın da sürecin maliyetlerinden ve yüklerinden oluşturacağı boyutlardan korkmaları halinde, bu başarısız ticari girişim küçük şirketin umutlarını bağladığı ve kaynaklarının büyük bir bölümünü adadığı ana proje olabilecektir. Diğer şirket için ise bu başarısız girişim her yıl yaptıkları onlarca

¹⁵¹ Yazar aynı zamanda konuyu teknik bakımdan detaylıca ele alarak HMK ve MTK arasındaki mevzuat farklılığına işaret ederek çözüm önerileri sunmaktadır. Balkar, **Ödeme Güçlüğü**, s. 164.

¹⁵² Affaki, s. 52; Nieuwveld/Sahani, s. 67.

¹⁵³ Türkiye’de küçük ve orta ölçekli şirketlerin tanımlanması için kullanıla kriterler için bkz. 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik. <https://www.resmigazete.gov.tr/>.

¹⁵⁴ Matray/Rompaey, s. 192.

girişimden yalnızca biridir ve riske edilen miktar onlar için hiç önemli olmayabilir. Bu iki şirket arasındaki uyuşmazlıkta yukarıda bahsedilen eşit şirketler arasındaki uyuşmazlıktan çok daha farklı uzlaşma dinamikleri mevcut olacaktır. Küçük olan şirket, bu başarısız girişime kaynaklarının büyük bir kısmını harcadıktan sonra iyi bir avukat tutmaya yetecek kaynağı bile kalmamış olabilecektir. Büyük olan şirket ise hiç böyle bir zorluk yaşamaz. Büyük şirket en iyi avukatları tutmanın yanında yargılama sürecini olabildiğince uzatarak karşı tarafı kaldıramayacağı masraflara zorlayabilir. Bu koşullar altında küçük şirketin çok haklı bir davası olsa bile kendisini bu çok masraflı yargılama sürecinden kurtaracak düşük bedelli bir uzlaşma teklifini kabul etmek zorunda kalabilir. Davanın nihai çözümü uyuşmazlığın esasında tarafların haklılığından ziyade taraflar arasındaki pazarlık gücü dengesizliğinden etkilenecektir. İşte üçüncü taraf finansmanı yöntemi, bunun gibi haklı bir davası olan mali açıdan zayıf tarafın yargılama masraflarını karşılayarak adalete erişim sorununa çözüm sunmaktadır.¹⁵⁵ Karşı tarafa finansman sağlandığı için, mali açıdan güçlü taraf artık açıkça kendi lehine uzlaşma anlaşmaları teklif etme gücünü kaybedecektir. Ayrıca finansörün varlığı, finansman sağlanan tarafın iddiasının güçlü olduğunun göstergesi kabul edilecektir. Çünkü finansörler çoğunlukla kazanma ihtimali yüksek olan davalara finansman sağlamaktadır. Bu durum da karşı tarafı daha makul bir uzlaşma teklifi sunmaya teşvik edecektir. Üçüncü taraf finansman mekanizması tarafların durumunu eşitleyerek tarafların anlaşmalarında kolaylık sağlayabilecektir.¹⁵⁶ Ancak durum her zaman böyle olmayabilir. Finansör, hızlı kar etmek için tarafları uzlaşmaya teşvik edebileceği gibi davanın sonuna kadar sürdürülmesini daha değerli de bulabilecektir.¹⁵⁷

Nitekim üçüncü taraf finansmanının adalete erişim sağladığı yargı kararlarına da konu olmuştur. İngiliz Temyiz Mahkemesi bir kararında üçüncü taraf finansörleri “*adalete erişim sağlamak isteyenlere başka türlü karşılamayacakları yardımı sağlayan kişiler*” olarak tarif etmiştir.¹⁵⁸ Yargıç Jackson ise “*Üçüncü taraf finansmanı, bazı kişilerin davalarını finanse etmesinin tek yoludur. Bu sebeple üçüncü taraf*

¹⁵⁵ Christopher P. Bogart, “**Overview of Arbitration Finance**”, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 50-56, (Bogart, **Overview**), s. 51-52.

¹⁵⁶ Valentina Frignati, “**Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration**”, Arbitration International, Editör William W. Park, C. 32, S. 3, 2016, ss. 505-522, s. 522.

¹⁵⁷ Matray/Rompaey, s. 194.

¹⁵⁸ Arkin v Borchard Lines Ltd [2005] EWCA Civ 655, paragraf 38, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71660d03e7f57ea752f>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.

finansmanı adalete erişimi mümkün kılmaktadır."¹⁵⁹ Avustralya Yüksek Mahkemesi ise bir kararında “*temel bir insan hakkı olan adalete erişim, herkesin erişimine açık olmalıdır* “ diyerek kâr amacıyla finansman sağlayan bir finansörün yapmış olduğu faaliyetin kamu yararına aykırı olmadığını ve bu durumun yargılamayı kötü niyetli kullanmak anlamına gelmediğini söylemiştir.¹⁶⁰ Her ne kadar söz konusu kararlar ulusal mahkeme kararları olsa da aynı prensipler geçerli olduğundan bu tespitler uluslararası tahkim bakımından da önemlidir.¹⁶¹

Üçüncü taraf finansmanı ile birlikte adalete erişim tesis edilmekle beraber bu mekanizmanın normalde açılmayacak davaların da açılmasını sağlayarak dava sayısında artışa yol açacağına ilişkin endişeler de mevcuttur.¹⁶² Bu endişenin bir nedeni olarak ilerideki bölümlerimizde detayları aktarılacağı üzere tahkimde finansörlerin *vur-kaç(hit and run)*¹⁶³ taktiği ile özellikle yatırım tahkimi bakımından ekonomik gücü zayıf ülkeleri zor durumda bırakabilmeleri ihtimalidir. Bu ihtimale daha yakından bakıldığında tahkim yargılamasında genel teamül üzere kaybeden tarafın karşı tarafın masraflarını da ödemesi hususu davacılar bakımından dava öncesinde hakem heyeti önünde dermeyeran edecekleri konuları iki kez düşünmelerini sağlamakta veya neden olmaktadır. Bu durum açılacak davalardaki iddiaların daha sağlam bir zemine oturmasını sağlayarak, bu zemini yakalayamayan iddiaları ise çoğunlukla karşı taraf ile uzlaşmaya yöneltmektedir. Ancak tahkimde *vur-kaç(hit and run)* taktiği ile finansörler, ekonomik gücü olmayan bir davacıyı destekleyerek karşı ülkeyi dava edebilmekte, davanın kaybedilmesi ihtimalinde davacının herhangi bir ekonomik gücü bulunmadığından ve de finansörün de tahkim yargılamasının tarafı olmaması nedeniyle aleyhinde hüküm kurulamamasından dolayı davalının yapmış olduğu tüm masrafları üzerinde kalmakta ve aslında haklı olduğu bir durumda dahi davalı taraf çok ağır masraflarla karşı karşıya kalabilmektedir. Burada özellikle yukarıda yatırım tahkimini açıklarken değinmeye çalıştığımız üzere yatırımcılara finansman sağlanmasının devletlerin zaten çok olan dava yüklerini daha da arttıracığı

¹⁵⁹ Lord Justice Jackson, **Review of Civil Litigation Costs Final Report**, The Stationery Office, 2010, s. 117, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.

¹⁶⁰ Campbells Cash and Carry Pty Limited v. Fostif Pty Limited [2006] HCA 41, paragraf 145, <https://jade.io/article/1499>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.

¹⁶¹ De Boulle, s. 35.

¹⁶² Nieuwveld/Sahani, s. 68.

¹⁶³ Bu konulara çalışmamızın ikinci bölümünde bulunan yargılama giderleri kısmında detaylıca değinilmektedir. Bkz. s.163 vd.

ve devletlere orantısız yük oluşturacağı düşünülmektedir. Her ne kadar teoride davalı taraf da finansmandan yararlanabilse de uygulamada finansörler çoğunlukla davacılarla finansman sağlamaktadır. Bunun altında yatan neden ise davacıya finansman sağlayan finansörün kâr sağlama olanağının çok daha yüksek olmasıdır. Bu sebeple üçüncü taraf finansmanı ile birlikte daha önce çok masraflı olması sebebiyle tahkime başvurmeyen yatırımcılar kaybetmeleri halinde herhangi bir riske maruz kalmayacaklarından hareketle tahkime başvuracak ve bu durum dava sayısında büyük bir artışa neden olabilecektir. Aktarıldığı üzere buradaki endişe, yatırım tahkiminde zaten yatırımcı lehine ağır basan adalet terazisinin üçüncü taraf finansmanı ile daha da ağırlaşacağı ve durumun yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki dengeleri daha fazla bozacağıdır.¹⁶⁴ Bu durumun özellikle tahkim konusunda yeterli deneyim ve kaynağa sahip olmayan ülkeler bakımından sorun teşkil edeceği ifade edilmektedir.¹⁶⁵ Öyle ki ev sahibi devletin bir yargılama bakımından masrafı ortalama 8-10 milyon Amerikan dolarını bulabilmektedir.¹⁶⁶ Nitekim bu endişelerin son dönemdeki yansıması olarak tahkim konusunda tecrübesi az, gelişmekte olan ülkeler bakımından tahkim sürecine ilişkin tavsiye ve destek veren bir program başlatılmıştır.¹⁶⁷

2.4. Hukuki Niteliği

Hukuki nitelik, bir hukuksal kurumu, diğer hukuki kurumlardan ayıran özellikler, vasıflar; onun hukukta var olmasını sağlayan eş deyişle karakterini gösteren hususlar olarak ifade edilebilecektir. Bir borç ilişkisinin karakterini tesis eden husus ise tarafların asli edim yükümlülükleridir.¹⁶⁸ Sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti ise sözleşmede taraflarca belirlenmeyen hususların ne şekilde tespit edileceği, kıyas müessesesinin hangi kurallar esas alınarak gerçekleştirileceği, kamu düzeni ve emredici hükümlerinin sınırları bakımından sözleşmenin yeri ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin tam anlamıyla tespiti gibi pek çok soru işaretinin çözümüne ışık tutmaktadır.

¹⁶⁴ Rogers, s. 7.

¹⁶⁵ Dautaj, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/18/accessjusticerebalancing-third-party-funding-equilibrium-investmenttreaty-arbitration-2/>, Erişim Tarihi: 16.02.2022.

¹⁶⁶ Garcia, s. 2922.

¹⁶⁷ Dautaj, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/18/accessjusticerebalancing-third-party-funding-equilibrium-investmenttreaty-arbitration-2/>, Erişim Tarihi: 16.02.2022.

¹⁶⁸ Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 7.

Bu itibarla üçüncü taraf finansman sözleşmesinin hukuki niteliği de sözleşmenin hangi kanuni sınırların kapsamına girdiği veya sözleşmenin esasına hangi hükümlerin uygulanacağı gibi yasal sonuçlarının belirlenebilmesi bakımından oldukça önemlidir. Üçüncü taraf finansmanında finansörün asli edimi olan masrafların finansmanı¹⁶⁹, genellikle davanın kaybedilmesi halinde aleyhe hükmedilen masraflar da dahil olmak üzere yargılamanın tüm masraflarını kapsar. Bunun karşılığında finansörün ücreti, yargılama sonunda hükümle veya uzlaşma yolu ile elde edilen her türlü menfaat, eşya veya hakkın piyasa değeri üzerinden ödenir.¹⁷⁰ Finansman sağlanan tarafın asli yükümlülüğü ise genellikle yargılamanın yönetiminin sağlanmasıdır.

Uygulamada görülen farklı sözleşme düzenlemelerinin geniş kapsamı, üçüncü taraf finansman sözleşmesinin hukuki niteliğinin sınıflandırılmasını zorlaştırmaktadır. Özellikle finansman sağlayanın yargılama sürecinde ne kadar kontrol hakkı sahibi olduğu, karar alma süreçlerine ne kadar dahil olduğu gibi hususlar tarafların aralarındaki anlaşmaya göre değişebildiği için sözleşmenin hukuki nitelendirilmesi de buna bağlı olarak değişecektir. İlk bakışta herhangi bir sözleşme tipi ile

¹⁶⁹ Finansörün asli edimi “yargılama masraflarının finansmanı” olarak tanımlanabileceği gibi aleyhe giderler de dahil olmak üzere “tüm finansal riski üstlenmek” olarak da tanımlanabilecektir. Bu bağlamda sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında asli edimine ilişkin tartışmaya benzer bir tartışma vücut bulabilecektir.

Maddi edim kuramına (Geldleistungstheorie) göre sigortacının asli edimi, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesine bağlı olarak maddi bir ödemeden ibarettir. Ancak riziko gerçekleşmeden önce sigortacı herhangi bir ödeme sağlamayacağından tek yapması gereken maddi edimini gerçekleştiribilmesi için gerekli hazırlıkları yapmak olacaktır. Rizikonun gerçekleşmediği ihtimalde sigorta sözleşmesi, sinallagmatik bir sözleşme olmayacaktır. Buna karşılık risk üstlenme kuramına (Gefahrtragungstheorie) göre, sigortacının asli edimi sigortayı sürdürmek yani rizikonun gerçekleşme riskini kendi üzerine almaktır.

Üçüncü taraf finansman sözleşmelerinde finansörün asli edimini maddi edim kuramına göre belirlemek daha doğru olacaktır. Zira finansör, her halükârda yargılama masraflarını karşılayarak maddi bir edimde bulunmuş olacaktır. Bu bağlamda finansörün yargılama riskini üstlenmesi, finansman sağlamanın yanında ikincil kalacağından finansörün asli ediminin finansman sağlamak olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

Ancak bazı durumlarda finansman sağlanan tarafın asıl amacı yargılamanın doğasından kaynaklanan risk unsurunu paylaşmak olabilecektir. Tezimizde de müteaddit kereler bahsedildiği üzere bazı şirketler, mali durumları tahkim yargılama karşılatabilecek güçte de olsa yargılama kaynaklanan riski tek başlarına taşımak istemediklerinden riski finansörle paylaşmak amacıyla üçüncü taraf finansman sözleşmesi yapabilmektedirler. Bu durumlarda finansman sağlananın saikini de göz önüne alarak finansörün asli ediminin yargılama kaynaklı riski üstlenmek olacağı söylenebilecektir.

Bu sebeple üçüncü taraf finansörün asli ediminin ne olduğuna ilişkin genel geçer bir tespit yapılamamaktadır. Olaydan bazında finansörün asli ediminin farklılaşması mümkün olabilecektir., Nikolaus Pitkowitz, Maximilian Albert Müller, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Legal Nature of Third-Party Funding Agreements”, **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Editör Christian Kalusegger, Peter Klein, Manz’sche Verlags- und universitätsbuchhandlung, 2021, s. 238 vd.

¹⁷⁰ Pitkowitz/Müller, s. 215.

ilişkilendirilemeyen sözleşmelere *sui generis* (kendine özgü) sözleşme nitelendirmesi yapmak kolay gibi gözükse de bunun için öncelikle diğer sözleşme tipleriyle ilişkisi incelenmeden *sui generis* nitelendirilmesi yapılması doktrinde eleştirilmektedir.¹⁷¹ Nitekim *sui generis* sözleşmeler, kanunda düzenlenmeyen veya kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını taşısa bile sözleşme bütünü içinde sözleşme unsurlarının kanundaki düzenlenmiş halinden farklı anlam ifade ettiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.¹⁷² Bu itibarla üçüncü taraf finansman sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülükleri perspektifinden ilerleyerek ve uygulama ile doktrinin belirtmiş olduğu hususları da bu doğrultuda dikkate alarak sözleşmenin hukuki niteliğinin tipik sözleşmeler ile karşılaştırılması yerinde olacaktır.

2.4.1. Tipik Sözleşme

2.4.1.1. Adi Ortaklık Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinde adi ortaklık sözleşmesi “*İki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Üçüncü taraf finansman sözleşmesinde finansör ile finansman sağlanan arasındaki ilişki aşağıda belirtilecek yönleri bakımından adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilebilir.

Bu bağlamda öncelikle adi ortaklık ilişkisindeki unsurlar göz önüne alınır ise; sözleşme, kişi, müşterek amaç, sermaye, müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma (*Affectio societatis*)¹⁷³ unsurlarının mutlaka bir arada bulunması gerekmektedir.¹⁷⁴ Sözleşme unsuru üçüncü taraf finansman sözleşmesiyle, kişi unsuru

¹⁷¹ Saibe Oktay Özdemir, “İsimsiz Sözleşmeler”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Editör Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, C. 4,5, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 2527-2590, s. 2575.

¹⁷² Oktay-Özdemir, s. 2572-2573.

¹⁷³ Müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma (*Affectio societatis*) unsuru “*tarafların yalnızca amacın gerçekleşmesine aktif olarak katılmaları ve bu hususta çaba göstermeleri şeklinde değil, aynı zamanda bu amaca aykırı eylem ve işlemlerde bulunmaktan kaçınmaları tarzında da olabilir. Buna göre, Affectio societatis unsuru, rekabet yasağı ve ortakların denetim hakkının da temelini teşkil eder.*”, Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 36.

¹⁷⁴ Pulaşlı, s. 21-22; “*İlişkinin yalın ortaklık olarak tanımlanabilmesi için, ilişkide ayrıca sözleşme, sözleşmeyi yapacak kişiler, katılma payı, ortak amaç ve işbirliği öğeleri (unsurları) bulunmalıdır. Öğelerden sözleşmenin varlığı ise, ya bağlayıcı (iltizamı) işlem ya da amaç doğrultusunda bir çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az-çok işbirliğini (affectio*

finansör ve finansman sağlananla, müşterek amaç unsuru davanın kazanılması gayesiyle, sermaye unsuru finansörün sağladığı maddi kaynak ve finansman sağlananın getirdiği dava hakkıyla¹⁷⁵, müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma (*affectio societatis*) unsuru finansman sağlanan bakımından davanın usul işlemlerinin yürütülmesiyle, finansör bakımından yargılama masraflarının karşılanması ve davanın yürütülmesinde finansman sağlanana destek olarak birlikte hareket edilmesiyle sağlanmış olacaktır.

Adi ortaklıkta, yönetici ortak tarafından pay edilecek veya ortaklar arasında paylaştırılacak olan bütün kazanç ve zararların paylaştırılmasında, ortaklar arasında katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit olarak dağıtılması genel olarak kabul edilen kuraldır.¹⁷⁶ Bu düzenleme bir yedek hukuk kuralı olduğu için taraflarca aksi kararlaştırılabilir de adi ortaklıkta zarara katılmaksızın yalnızca kazanca katılmak mümkün değildir.¹⁷⁷ Bu doğrultuda üçüncü taraf finansman sözleşmesi ele alınırsa, sözleşmede finansörün aleyhe yargılama giderlerinden sorumlu olacağı hususu da taraflarca kararlaştırılmış ise finansman sağlanan tarafın neredeyse hiçbir zarara katılmadığı söylenebilecektir. Çünkü, davanın kaybedildiği ihtimalde finansman sağlanan taraf, yargılama masraflarından sorumlu olmayacağı gibi bu tutarları finansöre de ödemeyecektir. Ancak finansman sağlanan tarafın sözleşmeden kaynaklı yükümlülükleri tahkim yargılamasının usul işlemlerinin yürütülmesi ve finansöre dava sürecindeki gelişmeleri bildirmek olduğu düşünüldüğünde finansman sağlanan tarafın adi ortaklık ilişkisine emeğini getirdiği söylenebilecektir. Bu durum da kanunun zarara katılma hususunda tanıdığı istisna kapsamına girdiğinden finansman sağlanan tarafın zarara katılmaması sözleşme niteliğinin adi ortaklık olmasına engel olmayacaktır.

societatis) gerektirir. Bu ögenin bulunmaması, sözleşmeyi sonuca katılmalı hizmet ya da ödünç gibi öteki tür sözleşmelere kaydırır.” (Yargıtay 13. H.D. 24.11.1980, E. 1980/6387, K. 1980/6111).

¹⁷⁵ Esasen burada dava hakkının bir alacak hakkı olup olmadığı hususu da tartışmaya açılabilir. Çünkü burada hali hazırda var olan değil beklenen bir hak söz konusudur. Gökhan Antalya’dan naklen aktarıldığı (Gökhan Antalya, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, 5. Bası, İstanbul: Alkım Yayınları, 1999, s. 37) üzere; beklenen hak hukuk tarafından korunan ve teminat altına alınmış bir durumdan meydana gelen ve bu durumdaki kişinin ileride hak sahibi olma ümidini bağladığı haktır. Eserin kapsamı doğrultusunda bu tartışmaya yalnızca değinilmek ile bırakılmıştır.

¹⁷⁶ Ahmet Ayar, **Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler**, 1. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, s. 124.

¹⁷⁷ Türk Borçlar Kanunu Madde 623/3: Bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerlidir.

Buna mukabil, TBK’da adi ortaklığın alacaklarının ortakların elbirliği ile mülkiyetinde olduğu düzenlenmiştir.¹⁷⁸ Ortaklık ilişkisinde elbirliği mülkiyeti rejimi ortaklığın kurulmasıyla birlikte başlar. Bu mülkiyet rejiminin kurulmasından sonra edinilecek olan bütün malvarlığı değerleri bu rejime tabi olmak zorundadır.¹⁷⁹ Ancak üçüncü taraf finansmanında yargılama sonunda hak kazanılabilecek olan kar ya da davanın kaybedilmesi ihtimalinde meydana gelecek olan zarar, tahkim anlaşmasının nispi nitelikte olmasının bir gereği olarak, yalnızca tahkim anlaşmasının tarafı olan finansman sağlananın malvarlığını etkileyecek ve ona ait olacaktır. Bu bakımdan elbirliği mülkiyetinin söz konusu olması mümkün değildir. Bu durumu daha açık olarak anlatmak gerekirse, tahkim anlaşması, doğurduğu hak ve yükümlülükler bakımından nispi nitelikte bir sözleşme olduğundan hakem heyeti, finansör lehinde veya aleyhinde bir karar kuramayacaktır. Taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca teşekkül eden hakem heyeti ancak ve ancak tahkim anlaşmasının tarafları bakımından karar kurabilme yetkisine sahiptir. Burada ancak ve ancak finansman sağlananın finansman sözleşmesi uyarınca finansöre bir borcu söz konusu olabilecektir. Bu itibarla elbirliği mülkiyeti rejiminden söz edilemeyecektir. Sonuç olara sayılan bu nedenlerle üçüncü taraf finansmanı sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir.

2.4.1.2. Gizli Adi Ortaklık Sözleşmesi

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi Türk hukukunda düzenlenen adi ortaklık sözleşmesi hükümlerine uymasa da sözleşme, Alman hukukunda tipik olarak düzenlenen¹⁸⁰ gizli adi ortaklık sözleşmesi(*Stille Gesellschaft*) olarak nitelendirilebilir.¹⁸¹ Gizli adi ortaklık sözleşmesi TBK’da ayrıca bir sözleşme olarak düzenlenmediği gibi adi ortaklık sözleşmesi hükümleri içerisinde bir kurala da yer

¹⁷⁸ Türk Borçlar Kanunu Madde 638/1: Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olur.

¹⁷⁹ Ayar, s. 209.

¹⁸⁰ Alman HGB md. 335’te *Stille Gesellschaft*, “Hususi Şirket” başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁸¹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 60.

verilmemiştir.¹⁸² Gizli adi ortaklık sözleşmesinin varlığı Yargıtay içtihatlarına yansıdığı kadarıyla Türk hukukunda varlığını sürdürmektedir.¹⁸³

Gizli adi ortaklıkta, üçüncü kişiler sadece ortaklığın işini gören aktif ortağı tanır ve onunla ilişki kurarlar; eş deyişle gizli ortak, üçüncü kişilerce bilinmediğinden gizli kalır ve ortak sayılmaz. Her ne kadar ortaklar arası iç ilişkide ortaklar birbirlerine karşı sorumlu olsalar da dış ilişkide aktif olan ortak tek başına, kendi adına ancak ortaklık hesabına hareket eder.¹⁸⁴ Esasında ortaklar elde edilen sonuçları iç ilişkide paylaşırsalar da gizli ortak üçüncü kişilere karşı hiçbir şekilde sorumlu olmamaktadır.¹⁸⁵

Gizli adi ortaklık sözleşmesinin bu özelliklerini üçüncü taraf finansman sözleşmesi ile kıyasladığımızda; finansör gizli ortak, finansman sağlanan ise aktif ortak olarak değerlendirilebilir. Öyle ki bir üst başlıkta adi ortaklık sözleşmesi tartışılırken belirtildiği üzere finansör tahkim anlaşmasına taraf olmadığından, tahkim yargılaması sonucu finansör lehine veya aleyhine herhangi bir karar verilemeyecektir. Bu durum finansörü, üçüncü kişilere karşı hiçbir şekilde sorumlu olmayan gizli ortağa oldukça yaklaştırmaktadır.

Tarafların zarara katılması, gizli ortağın sabit bir alacak değil de kâra orantılı olarak bir alacağa hak kazanması, gizli ortağın yönetim, denetim ve katılım haklarına sahip olması, aktif ortağın ortaklığın işlerini sürdürme yükümlülüğü olması gizli adi ortaklığın unsurları olarak sayılabilir. Üçüncü taraf finansman sözleşmeleri genellikle

¹⁸² Burada gizli adi ortaklık sözleşmesini adi ortaklık sözleşmesinden ayrıca ele alınmasının nedeni konuya ilişkin kanuni bir düzenlemenin bulunmaması ve bu nedenle doktrinde bu konuya ilişkin görüş farklılıklarının bulunmasıdır. Pulaşlı eserinde (s. 86) bu konuyu incelerken Adi Şirket Temeline Dayalı Şirket Türleri kısmında anlatmıştır. Öte yandan Ayar (s. 66 vd.) gizli ortaklığın adi ortaklıkta bir yapılanma şekli olduğundan bahsetmektedir. Ayar'a göre burada bir iç ortaklık yapılanması bulunmakta olup Alt Katılım Ortaklı ve Gizli Ortaklık bunun alt başlığı olarak ele alınmaktadır. Tezimizde de gizli ortaklık ayrı bir başlık olarak ele alınmıştır. Bunun nedeni adi ortaklık sözleşmesi ile üçüncü taraf finansmanı sözleşmesini ayırt eden iki temel unsurun ikisinin de gizli adi ortaklık sözleşmesinde farklı oluşudur.

¹⁸³ "TBK'nun kazanç ve zarara katılma başlıklı 623. maddesine göre; "Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir. Somut olayda, ortaklık resmiyetinde davalı adına olup, davacı gizli ortak olduğu, aksi iddia edilmediğinden ortaklık hisselerinin eşit olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu sözleşme açısından taraflar eşit konumda olup, birinin daha üstün veya diğerinin daha güçsüz bir konumda olduğunu söylemek mümkün değildir." Yargıtay 3. H.D. , 06.02.2018, E. 2016/21358, K. 2018/805 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁸⁴ Ayar, s. 64.

¹⁸⁵ Pulaşlı, s. 43-44.

finansman sağlanan tarafın davayı devam ettirme yükümlülüğünü, finansörü davayla ilgili gelişmelerden haberdar etme ve maliyet oluşturabilecek her türlü işlem ve davayı nihayete erdirebilecek her türlü işlem, uzlaşma ve feragat gibi, öncesi finansörden onay alma yükümlülüğünü ihtiva etmektedir. Ayrıca üçüncü taraf finansmanının doğası gereği finansörler, dava sonunda sabit bir miktara değil de hakem heyetince karar verilen tutara taraflarca belirlenen oran uygulanmak suretiyle oluşacak tutarak hak kazanacaktır.¹⁸⁶

Son olarak ortak amaç için birlikte çalışma(*affectio societatis*) unsuruna bakıldığında ise üçüncü taraf finansman sözleşmesinde her iki tarafın da ekonomik menfaat elde edebilmek amacıyla birlikte çalıştıklarından bahsedilebilecektir. Ekonomik menfaatin elde edilmesinin yanı sıra davacıya finansman sağlanması ihtimalinde davanın kazanılması, davalı tarafa finansman sağlanması ihtimalinde ise davanın reddedilmesi de ortak amaç olarak kabul edilmektedir. Ortak amacın gerçekleştirilmesi için finansör ekonomik desteğin sağlanması ve sağlanan bu ekonomik desteğin kullanımının taraflarca belirlenecek ölçü ve sınırlar çerçevesinde denetimini gerçekleştirecektir. Öte yandan finansman sağlanan ise davadaki temsili gerçekleştirecek olan avukatın seçiminden, süreç içerisindeki delillerin sağlanması ve gerekli koordinasyonun gerçekleşmesi ve başarılı bir sonuç elde edilmesi halinde elde edilen tutarın sözleşmede belirtilen tutar ve yöntem ile finansöre verilmesi gibi yükümlülükleri doğrultusunda ortak amaç için çalışmaktadır.¹⁸⁷

Sonuç olarak, yukarıda tartışıldığı üzere üçüncü taraf finansmanı sözleşmesi tüm unsurları bakımından gizli adi ortaklık sözleşmesi ile eşleşmektedir. Elde edilen bu sonuç ışığında üçüncü taraf finansman sözleşmesinin niteliğinin gizli adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz.

¹⁸⁶ Pitkowitz/Müller, s. 218.

¹⁸⁷ “İlişkinin yalın ortaklık olarak tanımlanabilmesi için, ilişkide ayrıca sözleşme, sözleşmeyi yapacak kişiler, katılma payı, ortak amaç ve işbirliği öğeleri (unsurları) bulunmalıdır. Öğelerden sözleşmenin varlığı ise, ya bağlayıcı (iltizamı) işlem ya da amaç doğrultusunda bir çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az-çok işbirliğini (*affectio societatis*) gerektirir. Bu öğenin bulunmaması, sözleşmeyi sonuca katılmalı hizmet ya da ödünç gibi öteki tür sözleşmelere kaydırır.” (Yargıtay 13. H.D. 24.11.1980, E. 1980/6387, K. 1980/6111).

2.4.1.3. Sonuca Katımlı Ödünç Sözleşmesi

Sonuca katımlı sözleşmede bir taraf, diğer tarafın ekonomik bir faaliyeti için gereksinim duyduğu para ve benzeri maddi değeri olan malı sağlarken, karşı taraf ise sağlanan bu maddi menfaati ekonomik faaliyetinde kullanmayı ve bu doğrultuda elde edeceği sonuçtan pay vermeyi taahhüt etmektedir.¹⁸⁸

Sonuca katımlı ödünç sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Sonuca katımlı ödünç sözleşmesi, ödünç sözleşmesinin özel bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸⁹

Sonuca katımlı ödünç sözleşmesinde, ödünç alanın, ödünç verenden aldığı ödünçü kâr getiren bir faaliyette kullanılması kararlaştırılmaktadır. Bu sözleşmenin karakteristik özelliğine göre; ödünç alan sözleşmenin kurulması sırasında kesin ve belirli olan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmez, ödünç alanın taahhüdü ödünç verenden aldığı maddi menfaati kullanarak elde ettiği kârdan ödünç verene pay vermektir.¹⁹⁰

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi ile bu sözleşme tipinin karşılaştırılması bakımından ödünç veren finansör, ödünç alan finansman sağlanan, ödünç verilen misli şey para, ödünç alanın kâr getiren faaliyeti ödünç alanın açtığı dava, ödünç alanın elde edeceği kazanımdan vereceği pay ise tarafların dava sonucu hükmedilecek tazminat miktarı üzerinden anlaştıkları oran olacaktır. Görüldüğü üzere üçüncü taraf finansman sözleşmesi, bu sözleşme tipinin de temel unsurlarını karşılamaktadır.¹⁹¹

Sonuca katımlı ödünç sözleşmesinde adi ortaklıktan farklı olarak elde edilen kâr üzerindeki ödünç verenin hakkı, adi ortaklıktaki gibi tarafların elbirliği ile mülkiyetinde olmayıp ahde vefa ilkesi ve TBK md.112 gereğince normal bir alacak

¹⁸⁸ Emrehan İnal, **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi**, 1. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2011, s.12-13, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/birinci-bolum-978-605-4396-47-4-1/1>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

¹⁸⁹ Ödünç Sözleşmeleri TBK'nın beşinci bölümünde Kullanım Ödünçü ve Tüketim Ödünçü olmak üzere iki ayrı başlıkta düzenlenmiştir.

¹⁹⁰ Yargıtay 3. HD E. 2014/3156 K. 2014/7037 T. 07.05.2014 (lexpera); Yargıtay 3. HD E. 2015/17444 K. 2016/12349 T. 01.11.2016 (Lexpera).

¹⁹¹ Pitkowitz/Müller, s. 220.

hakkıdır.¹⁹² Sonuca katılmalı ödünç sözleşmesinin gizli adi ortaklık sözleşmesinden farkı ise, Yargıtay kararında da bahsedildiği üzere ortak bir amaç için birlikte çalışma unsurudur. Sonuca katılmalı ödünç sözleşmesinde ortak bir amaca ulaşmak için birlikte çaba gösterme iradesi bulunmamaktadır.

Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere benzerlikleri bulunsa da üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin niteliği sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi olarak ifade edilemeyecektir. Bunun nedeni ise finansman sağlanana sözleşme kapsamında sağlanan finansmanın, davanın reddedilmesi veya dava sonucunda herhangi bir alacak elde edilmemesi halinde finansman sağlanandan geri istenmemesidir. Eş deyişle üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinde ödünç olarak verilen bir tutar söz konusu değildir. Finansör, tahkim davasından bir alacak hakkı elde edilmesi halinde dava sonucundan pay elde etmektedir. Taraflar ayrıca davanın kazanılması ihtimalinde finansman sağlananın, finansman masraflarının da finansöre ödenmesini kararlaştırılabilecekleri gibi finansörün dava sonucunda hak kazanacağı oranı finansman masraflarını da karşılayacak şekilde artırabilecekleridir. Ancak kesin olan şudur ki davadan gelir elde edilememesi halinde, eş deyişle davanın kaybeilmesi durumunda finansman sağlanan tarafından harcanan finansman tutarı, finansöre geri ödenmeyecektir. Ezcümle burda finansman sağlanan verilmiş bir ödünçten bahsedilemeyecektir. Bu kapsamda üçüncü taraf finansman sözleşmesinin sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi niteliğinde olamayacağı kanaatindeyiz.

2.4.1.4. Faktoring Sözleşmesi

Faktoring, ticari bir işletmenin mal veya hizmet tedarikinden doğan vadeli alacaklarının bir faktoring kuruluşuna temlik edilmesidir.¹⁹³ Böylece ticari işletme alacaklarını vadesinden önce nakde çevirirken faktoring şirketleri de alacakların tahsil edilememe riskini kendi üstüne alır ve tahsilat işlemlerini takip eder.¹⁹⁴ Türk hukukunda faktoring sözleşmesi 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nda tanımlanmıştır.¹⁹⁵ Bu kanunun 38.

¹⁹² İnal, s. 73-74.

¹⁹³ Yüce Uyanık, “**Faktoring Sözleşmesi**”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2014, ss. 159-178, s. 164-166.

¹⁹⁴ <https://www.fkb.org.tr/sektorler/faktoring/>, Erişim Tarihi: 23.02.2022.

¹⁹⁵ Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2022, s. 862 vd.

maddesine göre faktoring sözleşmesi “*mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹⁶

Görüldüğü üzere üçüncü taraf finansman sözleşmesini mal veya hizmet satışından doğan alacakların faktoring şirketi tarafından satın alındığı faktoring sözleşmesi gibi nitelendirmek pek mümkün değildir. Çünkü faktoring sözleşmesinde alacak ve alacağa bağlı olan yan haklar da faktoring şirketine devredilmektedir.¹⁹⁷ Oysaki üçüncü taraf finansmanında mal veya hizmet satışından doğan alacaklardan ziyade dava sonundaki muhtemel alacakların devredileceği taahhüdü bulunmaktadır.

2.4.1.5. Alacağın Temlik Sözleşmesi

Alacağın devri TBK md.183 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alacağın devri işlemi veya alacağın devri sözleşmesine ilişkin TBK’da bir tanım bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında “*Alacağın temlik, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁹⁸

Alacağın temlik, dar anlamda bir borç ilişkisinde alacaklı tarafın “alacaklı” sıfatını hukuki bir işlemle üçüncü bir kişiye geçirmesidir. Bu devir, alacaklının yaptığı iradi bir işlemle olabileceği gibi kanunla kendiliğinden veya mahkeme kararıyla gerçekleşebilir.¹⁹⁹ Alacağın temlik ile alacak hakkı, alacağı devralan üçüncü kişiye geçer. Böylece temlik edilen alacak üzerindeki tasarruf yetkisi de alacağı devralan

¹⁹⁶ Kanunda yapılan bu tanımın eleştirisi için ayrıca bkz. Özge Uzun Kazmacı, **Factoring Sözleşmesi**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2014, s.38 vd.

¹⁹⁷ Uzun-Kazmacı, s. 73 vd.

¹⁹⁸ Yargıtay 14. HD, T. 13.3.2008 E. 2008/29 K. 2008/3194 Karar metni için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi 29.05.2022).

¹⁹⁹ Turgut Öz, “**Alacağın Devri**”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Editör Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, C. 2,3, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 2339-2400, s. 2341-2342.

kişiy e geçer. Bu nedenle alacağı devralan, alacağı devreden şahsın temsilcisi değil temlike konu alacağın alacaklısıdır.²⁰⁰

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi bakımından dava konusunun finansöre devredildiği düşünöldüğünde bu sözleşmeyi alacağın temliki sözleşmesi olarak nitelemek mümkün olabilecektir. Zira TBK md.189’da “*Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağı haklar da devralana geçer.*” hükmüne göre tahkim anlaşması alacağı bağı bir hak olduğundan alacağın devriyle birlikte tahkim anlaşması da devralana geçecektir.²⁰¹ Ancak bu durumda alacağı devreden tarafın alacak üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi söz konusu olmayacaktır. Finansör, finansman sağlayanın yerine davanın tarafı olup hukuki işlemleri kendi adına yapacaktır. Halbuki üçüncü taraf finansman sözleşmesinde durum böyle olmayıp finansör, yargılama giderlerini karşılaması amacıyla finansman sağlanana bir miktar para vermekte, bunun karşılığında yargılama süreciyle ilgili bilgi alma ve uzlaşma gibi önerileri taraf ile birlikte değerlendirme yetkisine sahip olmakta ancak davanın tarafı yine finansman sağlanan olmaktadır.²⁰²

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinde dava konusunun devrinden ziyade dava sonucunda muhtemel elde edilecek tazminatın devri söz konusu olduğundan bu bağlamda henüz doğmamış, ileride doğabilecek alacakların alacağın temliki sözleşmesiyle devredilip devredilemeyeceğı gündeme gelecektir. Bu konuda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş göre devre konu alacak henüz doğmamış olmakla birlikte, sebebini oluşturacak bir borç ilişkisi devir anında mevcut ise burada bir beklenen hak devri yapıldığı ve asıl hakkın zamanı geldiğinde beklenen hakkı takip ederek devralanın şahsında doğacağını kabul etmektedir. Bu görüş, bir beklenen hak bulunmayan durumlarda, örneğın henüz yapılmamış bir satış sözleşmesinden doğan alacak hakkı gibi, yapılan devirleri geçerli saymamaktadır.²⁰³ Bu görüş geçerli kabul edilirse henüz doğup doğmayacağı belli olmayan, davanın sonunda hükmedilecek tazminatın alacağın temliki sözleşmesiyle birlikte devri mümkün olmayacaktır. Buna

²⁰⁰ Ali Şafak, “**Alacağın Temliki**”, Alacağın Temliki (Devri) Özel Görünüş Biçimleri, Editör Ali Şafak, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, ss. 31-48, s. 31.

²⁰¹ Osman Berat Gürzumar, “**Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss. 1257-1273, s. 1262.

²⁰² Aküzüm, s. 59.

²⁰³ Öz, s. 2347; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 588.

göre üçüncü taraf finansman sözleşmesini alacağın temlik sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Ancak hakim olan diğer görüş²⁰⁴, henüz doğmamış fakat sebebini oluşturan bir borç ilişkisi devir anında mevcut olan, beklenen hak niteliğindeki alacakların temlikinin mümkün olmakla birlikte, beklenen hak niteliğinde olmayan, temlik anında henüz mevcut olmayan alacakların temlikinin de mümkün olduğunu savunmaktadır. Buna göre temlik edilen alacak doğduğu sırada bir anlık da olsa temlik edenin malvarlığında doğup temlik nedeniyle otomatik olarak, kendiliğinden temlik alanın malvarlığına geçer.²⁰⁵ Bu görüş geçerli kabul edilirse finansman sağlananın, dava sonunda hükmedilecek muhtemel tazminat alacağının bir kısmını finansöre temlik ettiği, karşılığında finansörün yargılama masraflarını karşılamayı kabul ettiği üçüncü taraf finansman sözleşmesinin alacağın temlik sözleşmesi niteliğinde kabul edilebileceği söylenebilecekse de bu görüş kanaatimizce kabul edilemeyecektir.

Bunun nedenlerine bakılacak olursa alacağın devri sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşmedir. Bu nedenle üçüncü taraf finansman sözleşmesi ancak alacağın temlik vaadi sözleşmesi gibi düşünülebilecektir. Ancak belirtildiği üzere finansman sağlanan herhangi bir alacak hakkını devir etmemekte, gerek davalı ile yapmış olduğu sözleşmenin gerekse de tahkim anlaşmasının tarafı olmaya devam etmektedir. Öte yandan alacağın temlik vaadi sözleşmesinde, temlik edenin tek borcu alacağın devri olması gerekirken üçüncü taraf finansman sözleşmesinde temlik eden, muhtemel alacağın temlik borcunun yanında ayrıca bu muhtemel alacağı elde etme veya elde edilmesi için bir tahkim yargılaması yürütme borcunu da üstlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle üçüncü taraf finansman sözleşmesi alacağın temlik sözleşmesi niteliğinde kabul edilemeyecektir.

2.4.1.6. Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşme

Türk hukukunda bu tür sözleşmeler Türk Borçlar Kanunun on altıncı ve on yedinci bölümlerinde 604 ve 619'uncu maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu başlıklar

²⁰⁴ Şafak, s. 44; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021, s. 1398.

²⁰⁵ Bu konuda aksi bir görüş ise alacağın doğrudan doğruya temlik alanın malvarlığında doğacağını söylemektedir. Bkz. Eren, s. 1398.

altında düzenlenen sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler(*Aleatory Contract*), kumar, bahis, ömür boyu gelir ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleridir.²⁰⁶

Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler bakımından TBK’da bir tanım bulunmamaktadır. Bu kapsamda genel bir tanım olarak, “*doğası gereği veya tarafların niyetine göre, taraflardan herhangi birinin yükümlülüğünün ifası veya ifasının kapsamının belirsiz bir olaya bağlı olduğu*” sözleşmeler şeklinde bir tanımlama yapılabilecektir.²⁰⁷ Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere bu tür sözleşmelerinin temel özelliği, tarafların ifa yükümlülüğünün kapsamının belirsiz bir olaya bağlı olmasından dolayı, sözleşmenin sonucunun da şans ve rastlantıya bağlı olmasıdır.

Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerin temel karakteristik özelliği olan belirsizlik, doğal afet gibi gerçekleşmesi olası olan bir olay ile ilgili olabileceği gibi, ölüm gibi gerçekleşmesi kesin fakat ne zaman olacağı belli olmayan olay ile ilgili de olabilir. Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerde bu belirsizlik ile ilgili riski her iki tarafın da üstlenme zorunluluğu yoktur. Tek tarafın tüm riski kendi üzerine aldığı sözleşmeler de geçerli bir talih ve tesadüfe bağlı sözleşme olarak nitelendirilebilecektir.²⁰⁸

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi, finansörün yaptığı yatırımın karşılığını alıp alamayacağını bilmeden finansman sağlananın yargılama masraflarını karşılaması özelliğiyle sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelere²⁰⁹ (*Aleatory contract*) oldukça benzemektedir.

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi bakımından belirsiz olay, davanın olumlu sonuçlanıp sonuçlanmayacağıdır. Finansör, davanın olumsuz sonuçlanması ihtimalinde yargılama masraflarını üstlenmesine karşın herhangi bir maddi gelir elde etmeme riskini taşımaktadır. Uygulamada finansörler hangi davalara finansman

²⁰⁶ Yavuz, s. 1649 vd.

²⁰⁷ <https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=109159>, Erişim Tarihi: 24.02.2022.

²⁰⁸ Necmeddin Güney, **Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi Erbakan Üniversitesi, 2013, s. 97; Turan Şahin, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, 1 Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019, s. 37.

²⁰⁹ *Aleatory contract*, doktrinde sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler olarak veya muhataralı akidler olarak çevrilmiştir. *Aleatory*, Türkçe’de şansa bağlı anlamına gelmekteyken, muhatara tehlike anlamına gelmektedir. Bu sebeple *aleatory contract*, tezimizde sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler olarak kullanılmıştır.

sağlayacaklarını gözü kapalı seçmemekte, davalara finansman sağlamaya karar vermeden önce davanın başarı olasılığını detaylıca hesaplamaktadırlar. Bu sayede finansörlerin üçüncü taraf finansman sözleşmesi ile üstlendikleri risk azaltılmaktadır. Her ne kadar finansörler detaylı bir inceleme yapsalar da hakemlerin hukuki değerlendirmesi ve delilleri değerlendirilmelerindeki belirsizlikler ya da sonradan ortaya çıkabilecek vakıalar gibi önemli sayıda öngörülemeyen faktör bulunmaktadır. Ayrıca belirli bir sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin veya ne ölçüde gerçekleşeceğinin istatistik ve olasılık biliminden faydalanarak belirlenmiş olması, o sözleşmenin talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşme niteliğinde olmasını engellemez. Zira bir risk her zaman bakidir. Bu sebeple üçüncü taraf finansman sözleşmesini prensip olarak talih ve tesadüfe bağlı sözleşme (*aleatory contract*) olarak nitelendirmek mümkündür.

Talih ve tesadüfe bağlı sözleşme, dar anlamda, ancak risk unsuru sözleşmenin bir parçasıysa mevcuttur. Bir sözleşmenin sonuçlanmasının bir risk veya fırsat içermesi, tek başına bir sözleşmeyi talih ve tesadüfe bağlı sözleşme yapmaz. Tarafların, tesadüf unsurunu sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline getirip getirmediği veya belirli bir karakteristik riskin taraflardan yalnızca biri için saik oluşturması sözleşmenin nitelendirilmesi bakımından bir fark teşkil etmemektedir.²¹⁰

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi bakımından sözleşmenin tesadüf unsuru, tipik olarak taraflardan herhangi biri için baskın bir saik olarak görülmemelidir. Zira her iki tarafın da amacı genellikle riski mümkün olduğunca azaltmaya çalışmaktır. Ayrıca talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerde karakteristik olarak yer alan sözleşmenin sonucunun taraflardan birinin veya diğerinin lehine işleyip işlemeyeceğine ilişkin belirsizlik, üçüncü taraf finansman sözleşmesinde mevcut değildir. Tam aksine, üçüncü taraf finansman sözleşmesindeki tesadüf unsuru, davanın kazanılıp kazanılamayacağı, konusunda tarafların çıkarları genel olarak uyumludur. Daha açık bir anlatımla, dava kazanıldığında her iki taraf da kazanmış olacak, dava kaybedildiğinde ise her iki taraf da kaybetmiş olacaktır.

Talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler, hukukumuzda tipik olarak kumar ve bahis, ömür boyu gelir sözleşmesi ve ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak

²¹⁰ Pitkowitz/Müller, s. 231.

düzenlenmiştir. Sayılan bu sözleşmelerin kanundaki kapsamı oldukça dar ve spesifik olarak düzenlenmiştir. Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin yalnızca tahkim davasında yapılacak olan finansman için kurulması, finansman sağlananın tahkim yargılaması yürütme ve sonuçlandırma yükümlülüğü bulunması bu üç sözleşme tipiyle de eşleşmemektedir. Zira üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinde kumar veya bahiste olduğu gibi salt para yatırılarak bir sonuç beklenilmemektedir. Tam aksine para bir araç olarak tahkim yargılamasında başarılı olabilmek amacıyla kullanılmaktadır. Öte üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinde ömür boyu gelir veya ölüncüye kadar bakma sözleşmelerinde olduğu gibi ölüm vakasına yüklenen bir sonuç da bulunmamaktadır.²¹¹ Bu nedenlerle üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin sonuçları itibarıyla talih ve tesadüfe bağlı sözleşme niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz.

2.4.2. Kendine Özgü Sözleşme

2.3.1. nolu başlıkta ifade ettiğimiz üzere kendine özgü sözleşme(*sui generis*) kavramı istisnai olarak kullanılmaktadır. Ancak üçüncü taraf finansman sözleşmesinin tipik sözleşmeler perspektifinden mercek altına aldığımızda da tarafların asli edimlerinin farklılaşabilmesi ve tipik sözleşmelere kanun ile getirilen sınırlamaların zaman zaman bu sözleşmeyi atipik bir sözleşme kabul etmeye ittiğini ifade etmekte fayda vardır.

Versay Temyiz Mahkemesi bir kararında üçüncü taraf finansman sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olduğunu belirtmiştir. Davada Alman bir finansör şirket olan Foris AG ile Fransız bir şirket arasında, esasına uygulanacak hukukun Alman hukuku olarak seçildiği bir üçüncü taraf finansman sözleşmesinin icrası istenmiştir.²¹² Mahkeme, kararında kendisini yetkisiz görerek esasa girmese de üçüncü taraf finansman sözleşmesinin “*sui generis bir sözleşme*” olduğunu ve “*Roma-Germen hukuk kültürüne sahip ülkeler dışında Avrupa Birliği üye ülkelerinde tanımlanmayan*” bir sözleşme olduğunu söylemiştir.²¹³ Nitekim Fransız doktrini de üçüncü taraf finansman sözleşmesinin kredi sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi ve hizmet

²¹¹ Yavuz, s. 1654 vd.

²¹² Goeler, **Third Party Funding**, s. 61.

²¹³ Cour d'appel de Versailles, CT0012, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006950886/>, Erişim Tarihi: 30.05.2022.

sözleşmesinden elementler bulunduran bir *sui generis* sözleşme olduğunu söylemektedir.²¹⁴

Daha önce ifade edilmeye çalışıldığı üzere biz bu görüşe katılmamaktayız. Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriği, taraflara getirdiği hak ve yükümlülükleri ile yapısı dikkate alındığında burada artık bir gizli adi ortaklık sözleşmesinden bahsedildiği kanaatindeyiz. Bu nedenle üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olmadığı kanaatindeyiz. Lakin gizli adi ortaklık sözleşmesinin TBK’da ayrı bir başlık altında veya adi ortaklık sözleşmesi başlığı altında kodifike edilmemesi nedeniyle Türk hukuku bakımından gizli adi ortaklık sözleşmesinin de tipik eş deyişle kanunda yer alan bir sözleşme olmadığını yeniden ifade edelim.

2.5. Esasa Uygulanacak Hukuk

2.5.1. Genel Olarak

Bir üst başlıkta incelendiği üzere üçüncü taraf finansman sözleşmesinin niteği gizli adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Zira burada aktif ortak dışarıda kendi adına ancak ortaklık hesabına işlemleri yürütmekte elde edilen sonuçlar ortaklarca paylaşılmaktadır. Tüm malvarlığı aktif ortağın kişiliğinde doğmakta ve daha sonra gizli ortağa transfer edilmektedir. Buna ilaveten, adi ortaklık sözleşmesindeki gibi kara ve zarara katılma konusunda da katı kurallar bulunmamaktadır.

Gerek niteliği gerekse de konusu itibarıyla beynelmilel bir müessese olan üçüncü taraf finansman sözleşmesinin taraflarından olan finansörler, ileride sözleşmenin içeriği anlatılırken aktarılacağı üzere, genellikle uluslararası piyasalarda işlem yapan fonlar, sigorta şirketleri veya faaliyet konusu tümüyle tahkim yargılamasında finansmana ihtiyaç duyan taraflara finansman sağlamak olan şirketler olmaktadır. Finansman sağlanan taraf ise davalı veya davacı, ekonomik durumu kötü veya iyi olan dünyadaki herhangi bir tahkim yargılamasında taraf olmak isteyen herhangi bir kişi

²¹⁴ Françoise Lefevre, Peter Callens, Guillaume Croisant, “Legality of Third-Party Funding Mechanisms under Belgian Law”, **b-Arbitra Belgian Review of Arbitration**, S. 1, 2017, ss. 35-65, s. 58.

olabilecektir. Görüleceği üzere üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinde bir yabancılık unsuru olması neredeyse genel geçer bir kabuldür.

Yabancılık unsuru²¹⁵ bulunan sözleşmelerde, taraflar arasındaki sözleşmenin esasına uygulanacak olan hukukun hangi hukuk²¹⁶ olacağı konusu tartışmaya açılmaktadır. Öyle ki, Türk finansörün yine Türkiye’de mukim bir firmaya, Türkiye’de gerçekleşecek bir tahkim yargılaması bakımından finansman sağlaması ihtimalinde taraflar arasındaki finansman sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun tartışılmasına gerek bulunmamaktayken Türkiye’de mukim bir davacının, Mısır’da yapmış olduğu bir inşaat nedeniyle ICC tahkiminde açmayı planladığı tahkim davası için, Birleşik Krallık’ta mukim bir finansör ile finansman sözleşmesi imzalaması halinde bu sözleşmenin esasına hangi hukukun uygulanacağı sorunu meydana gelmektedir.

Burada ilk olarak belirtmek gerekirse taraflar sözleşmelerine uygulanacak olan hukuku seçebileceklerdir. Bu seçimin önemi taraflar arasındaki ilişkinin, taraflarca herhangi bir uyuşmazlığa mahal verilmeksizin karşılıklı ifaların tamamlanması ihtimalinde pek fazla hissedilemeyecektir. Ancak üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinde finansman sağlanan ile finansör arasında davanın yönetiminden, yapılacak olan harcamaların tür, miktar ve gerekliliğinden yahut sözleşme öncesi *due diligence* aşamasında gizlenen ancak sonradan ortaya çıkan ve yargılamanın gidişatını etkileyecek belirli başlı durumlardan uyuşmazlık meydana gelme riski oldukça fazladır.²¹⁷ Böylesi durumlarda hukuk seçiminin yapılmamış olması taraflar bakımından ilave sorunlara, zaman kayıplarına ve ilave yargılama masraflarına yol açabilecektir.

²¹⁵ Yabancılık unsuru MTK M.2 hükmünde oldukça geniş bir şekilde tanımlanarak içeriği açıklanmıştır. Doktrinde de yabancılık unsuruna ilişkin iki temel görüş bulunmakta olup; klasik görüşe göre yabancılık unsuru coğrafi alan itibarıyla birden fazla ülke ile irtibatlı olması şeklinde kabul edilirken, diğer bazı yazarlar bakımından yabancılık unsuru sözleşmeden doğan borç ilişkisinin milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi olarak belirtilmektedir.

²¹⁶ Tahkim yargılamasında uygulanacak olan hukukun bir devletin ulusal hukuku olmasına gerek bulunmazken, ulusal mahkemeler önünde görülecek olan uyuşmazlıklarda uygulanacak olan hukukun ulusal hukuk olması gerekmektedir. Bu hususta ayrıca bkz. Nomer s.324; Sibel Özel, “Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanan Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları IV, Editör Ziya Akıncı, Berk Demirkol, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 193-221, s. 197 vd.

²¹⁷ Mick Smith, “Mechanics of Third Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective” Third Party Funding in International Arbitration, 2. Bası, Kluwer Publishing, 2017, ss. 19-37, s. 21 vd.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde sözleşmenin esasına uygulanacak olan hukuk genellikle uyuşmazlık çözümü için başvurulacak mercii tarafından tespit edilecektir. Bu tespit yapılırken, istisnalar bir kenara bırakılırsa, hukuki işlem ve eylemlere uygulanacak hukuka ilişkin olarak tüm ülkeler bakımından belirgin bir kodun bulunmaması nedeniyle esasa uygulanacak olan hukuk, yabancılık unsuru²¹⁸ içeren hukuki eylem ve işlemlerde esasa uygulanacak hukukun hangisi olacağını işaret eden ulusal kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Eş deyişle finansör ile finansman sağlanan arasındaki bu sözleşmeye uygulanacak olan hukuk ulusal kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla tespit edilecektir. Bu belirleme işlemine uluslararası hukukta *Vasıflandırma* denilmektedir.²¹⁹ *Vasıflandırma* yapılırken iki temel kavram kullanılmaktadır. Bunlar; *bağlama konusu* ve *bağlama noktasıdır*. Yabancılık unsuru içeren hukuki eylem yahut işlem *bağlama konusu* olarak nitelenmekte iken bu hukuki eylem yahut işlemin bir ulusal bir hukuka bağlanmasını sağlayacak olan hususa ise *bağlama noktası* denilmektedir. Çalışmamız bakımından; hukuki bir işlem olan üçüncü taraf finansman sözleşmesi, *bağlama konusu* teşkil ederken, ifa yeri, akdin kurulduğu yer, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yeri gibi kavramlar *bağlama noktalarını* ifade etmektedirler. Günümüzde ulusal yargılara müracaat edilmesi halinde vasıflandırma, genellikle hâkimin hukukuna (*lex fori*^ye) göre gerçekleştirilmektedir. Buna göre hâkim öncelikle karşısındaki vakıanın özünü anlamakta bunu takiben vakıayı kendi kanunlar ihtilafı kurallarının belirttiği şekilde *vasıflandırmaya* tabii tutmaktadır. Bu *vasıflandırma* sonucunda ulaşılan hukuk, esasa uygulanacak hukuk olmaktadır.²²⁰

2.5.2. Taraflarca Hukuk Seçimi Yapılmış Olması

Uluslararası ticari ve ekonomik sözleşme kategorisinde bulunan üçüncü taraf finansman sözleşmesinin muayyen bir hukuk sistemini angaje olması oldukça

²¹⁸ Yargıtay yabancılık unsurunu; “bir hukuki işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hale getiren unsur” olarak tanımlamaktadır. Yargıtay 9. HD. E. 2020/5617, K. 2020/16556, T. 24.11.2020. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 08.08.2022)

²¹⁹ Vasıflandırmanın nasıl yapılacağına ilişkin bugüne değin üç teori ortaya konulmuştur. Bunlar Bunlar; hâkimin hukuku olarak kısaltabileceğimiz *lex fori*, hüküm statüsünün hukuku olarak kısaltabileceğimiz *lex causae* ve yalnızca kanunlar ihtilafı kuralları bakımından ihdas edilmiş olan müstakil kavramlara göre vasıflandırmanın gerçekleştirilmesini ifade eden bağımsızlık teorisidir. Detaylı anlatımlar için bkz. Nomer, s.101 vd.; Hatice Selin Pürselim Arning, **İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, (Pürselim Arning, **Uygulanacak Hukuk**), s.94 vd.

²²⁰ Nomer s.85 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 23 vd.; Şanlı, s.48 vd.; Pürselim Arning, **Uygulanacak Hukuk**, s.91 vd.

önemlidir.²²¹ Bu sözleşmenin yapılması sırasında deyimi yerinde ise üç yıldız ile işaretlenecek ve dikkatten kaçırılmaması gereken bir husustur. Bu önem kendisini, tarafların sözleşmelerinde öngörmedikleri hususlarda devreye girecek olan tamamlayıcı hukuk kurallarından tutun da sözleşmeyi ihlal etmeye yeltencek olan tarafın karşılaşılabileceği muhtemel kapsamlı yaptırımları önceden öngörmesi nedeniyle tarafların gözünde caydırıcı bir etki yaratarak sözleşmenin herhangi bir şekilde akamete uğratılmadan karşılıklı ifaların tamamlanmasında gösterebilecektir.²²²

Elbette ki uygulanacak hukukun gözden kaçırılmayarak belirlenmesinin yanı sıra belirlenirken nasıl hareket edileceği ve nelere dikkat edileceğini de ifade etmek faydalı olacaktır. Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre taraflar, üçüncü taraf finansman sözleşmesinde, açıkça belirleyerek veya zımni irade beyanlarıyla hukuk seçimi yapabileceklerdir.²²³ Uygulanacak hukukun açıkça kararlaştırılması tarafların iradelerinin yoruma yer vermeyecek şekilde beyan edilmiş olmasıdır.²²⁴ Uygulanacak hukukun açıkça seçilmesi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakta ise de uygulanacak hukukun örtülü olarak nasıl seçileceği soru işaretlerini beraberinde getirerek tereddüt oluşturabilecektir. Bu doğrultuda Nomer, akdin diğer hükümleriyle aksine bir düşünceye yer vermeyecek olan emarelerden sonuç çıkarılabileceğini belirterek; bu noktada tarafların sözleşmede belirli bir hukukun hükümlerini veya genel sözleşme şartlarını kullanmalarının, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmış, benzer konu ve içerikte imzalanmış ve ifa edilmiş olan bir sözleşmenin bulunması veya tarafların imzalamış oldukları sözleşmede belirli bir hukukun maddi hukuk hükümlerine göndermede bulunmasını emarelere örnek göstermiştir.²²⁵

Peki, tarafların seçecekleri hukuk sistemi yalnızca ulusal bir hukuk sistemi olmak zorunda mıdır? Bu soru ile kastedilen husus taraflar hukuk seçimi yaparlarken

²²¹ Doktrinde ayrıca negatif hukuk seçiminin de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda tarafların kendi aralarında belirleyecekleri hukuk sistemlerinin aralarındaki sözleşme uygulanmaması yönündeki iradeleri muteber kabul edilmektedir. Bu hususta ayrıca bkz. Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020 s. 281; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 335.

²²² Şanlı, s.51 vd.

²²³ MÖHUK md.24/1 hükmü; “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.”

²²⁴ Nomer, s. 326.

²²⁵ Nomer s.328.

ulusal bir hukuk sistemi²²⁶ dışında UNIDROIT veya INCOTERMS gibi ticari örf adet hukuku(*lex mercatoria*) kuralları seçip seçemeyeceklerinin belirlenebilmesidir. Doktrinde MÖHUK md.24 hükmünde ifade edilen taraflarca seçilecek *hukuk*’un ulusal bir hukuk düzenlemesi olduğu ifade edilmektedir.²²⁷ Ancak üçüncü taraf finansman sözleşmesi taraflarının bu sözleşmeden doğacak olan uyuşmazlıkların da çözüm yerini tahkim olarak belirlemeleri halinde artık taraflar ulusal olmayan hukuk nizamlarını da seçebilme muhtariyetine sahip olacaklardır.

Taraflarca muayyen bir hukuk sisteminin seçilmesi halinde yapılan bu seçimin tarafların hak ve borçlarının tayin ve tespit edilebilmesine yarayan maddi hukuk kurallarına yapıldığı kabul edilmemekte, kural olarak “*atıf*” kuralları dışlanmaktadır. Eş deyişle seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmamaktadır.²²⁸

Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun seçimi sözleşmenin kurulmasından önce olabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da yapılabilir ve her zaman değiştirilebilir. Aynı zamanda taraflar seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Ancak kısmi hukuk seçiminin yapılabilmesi için sözleşmenin hukuki ve iktisadi olarak bölünebilir olması ve tarafların hak ve yükümlülükleri açısından bir anlaşmazlığa neden olmaması gereklidir.²²⁹

Üçüncü taraf finansmanının tarihçesinden bahsederken aktarılmaya çalışıldığı üzere, üçüncü taraf finansmanı konusunda geçmişte yaşanan farklı tecrübelerin getirmiş olduğu ve özellikle *common law* hukukunun cari olduğu ülkelerde görülen yasakların pek çoğu bugün varlığını sürdürmese de bu konuda halen varlığını koruyan kısıtlayıcı hükümlere muhtelif ulusal hukuklarda ratlanılmaktadır. Bu doğrultuda taraflarca hukuk seçimi yapılırken bu durumun da göz önüne alınarak hareket

²²⁶ Ulusal hukuk sisteminin zaman bakımından sözleşmenin imzalanmış olduğu tarih itibarıyla geçerli olan ulusal hukuk olduğu ifade edilmektedir. Şanlı, s.56.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 327.

²²⁷ 1981 Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md.1496 kuralında kabul edilmesiyle başlayan bu yaklaşım kendisini UNCITRAL model kanunda’da bulmuştur. Ayrıca MTK md.12(C) hükmünde de “hukuk” yerine “hukuk kuralları” teriminin kullanılması tarafların bu yönde tercih yapabilmelerine izin vermiştir. Ayrıca bkz. Özel, s.200.

²²⁸ Şanlı, s.55.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 327.

²²⁹ 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, ss. 27-88, s. 40-42 (Özdemir-Kocasakal, Uygulanacak Hukuk).

edilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu doğrultuda hukuk seçimi yapılırken sözleşme hükümleri ile bağlantılı bir hukukun seçilmesi tarafların menfaatlerinin korunması açısından önem arz etmektedir. Buna mukabil taraflar seçtikleri ya da seçecekleri hukukun emredici kurallarına aykırılık içeren hükümleri de sözleşmenin içeriğine koymamaya özen göstermelidirler. Benzer şekilde taraflar arasındaki sözleşme kapsamında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü sonrasında tesis edilen kararların icrasında sorun yaşanmaması adına uygulanacak hukuk-uyuşmazlık çözüm merci-i kararın muhtemel icra edileceği yer üçlüsü hakkındaki emredici kurallara riayet gözden kaçırılmamalıdır. Aksi takdirde sözleşmenin bir kısmının veya tamamının uygulanacak hukuk kapsamında geçersiz hale gelmesi veya uygulanan hukukun muhtemel icra yeri hukukunun emredici hukuk kurallarına riayet etmemesi nedeniyle kararın infazının mümkün olmaması sonuçlarıyla karşı karşıya kalılabilecektir.²³⁰

Son olarak, esasa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi ihtimalinde imzalanan üçüncü taraf finansman sözleşmesinin genel hukuki çerçevesi belirlenmiş olmaktadır. Tarafların doğabilecek tüm uyuşmazlıkları öngörüp sözleşme ile kararlaştırarak bu uyuşmazlıkları ihtilaf öncesinde çözebilmeleri mümkün değildir. Bu nedenle tarafların kendi iradeleriyle seçtikleri hukuk, yine kendi iradeleriyle yaptıkları sözleşme ile bir bütünlük oluşturacak ve sözleşmenin her iki tarafının da menfaatlerinin en etkin ve kolay şekilde korunmasını sağlayarak taraflara sözleşmenin geleceği hakkında güven verecektir. Bu itibarla Şanlı'nın deyimi ile sırf "*fantezi*" olsun diye hukuk seçimi yapılmamalıdır.²³¹ Burada vurgulanmak istenen husus hukuk seçimi yapılırken üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinin taraflarının ulusal tabiyetlerinin, sözleşmede taraflar bakımından belirlenen hak ve yükümlülüklerin, sözleşmede kararlaştırılan uyuşmazlık çözüm merciinin dikkate alınarak hukuk seçimi yapılmasının önemidir. Aksi halde hukuk seçimi, sözleşmenin işlevini kaybetmesine neden olabilecek, tarafların hak ve yükümlülüklerinin uygulanması bakımından çıkmaz sokaklara kapı aralayabilecektir.

²³⁰ Sözleşmenin emredici kurallara göre geçersiz olması halinde, hukuk seçimine ilişkin klotun da ana sözleşmenin kaderi ile bir tutularak geçersiz kabul edilmesi halinde taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kuralların tamamıyla ortadan kalkması sorunuyla başbaşa kalılabilecektir. Ayrıca bkz. Şanlı, s.56 Nomer ise bu mahzura dikkat çekerek böyle bir durumda hukuk seçiminin geçersiz olmayacağını ifade etmektedir. Nomer s.329.

²³¹ Şanlı, s.50.; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 324.

2.5.3. Hukuk Seçiminin Bulunmaması

Finansman sözleşmesinin taraflarınca açık veya Türk kanunlar ihtilafı kuralları tahtında örtülü bir hukuk seçiminin yapılmaması veya bu durumun bilinçli yahut bilinçsiz bir şekilde unutulması hallerinde, uluslararası sözleşmelere uygulanacak yeknesak bir kanun veya kurallar bulunmadığından esasa uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekecektir. Bu belirleme elbette ki uyuşmazlığın çözümünü gerçekleştirecek olan uyuşmazlık çözüm mekanizması tarafından gerçekleştirilecektir.²³²

Finansör ile finansman sağlanan arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çözüm mekanizması bakımından ulusal mahkemeler, tahkim veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kararlaştırılabilecektir. Daha önceki bölümlerde değinildiği üzere uluslararası piyasadaki aktörler uyuşmazlıkların çözümünde genellikle tahkimi tercih etmektedirler. Pek tabiidir ki üçüncü taraf finansmanından yararlananların genellikle ekonomik durumu iyi olmayan davacılar olduğu gerçeği göz önüne alındığında üçüncü taraf finansmanı sözleşmesinde de uyuşmazlık çözüm mercii olarak tahkimi belirlemek, finansman sağlananın olası bir uyuşmazlık durumunda haklarını dermeyeran etmesi bakımından her ne kadar hukuki olmasa da fiili bir imkânsızlık yaratabilecektir. Ancak bu durum, ekonomik durumu iyi olup finansmana başvuran kişi ve şirketlerin de varlığı düşünüldüğünde genel geçer bir yargı olarak kabul edilemeyecektir. Sonuç olarak esasa uygulanacak olan hukukun belirlenmesi için öncelikle tarafların uyuşmazlık çözüm mercii olarak tahkimi seçmiş oldukları esas alınacak ikinci olarak ise ulusal mahkemelere ilişkin bir yetki kaydının bulunması veya yetki kaydının bulunmaması halinde ulusal yargıya müracaat halinde esasa uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği ele alınacaktır.

2.5.3.1. Ulusal Mahkemeler Tarafından Belirlenmesi

Tarafların uyuşmazlık çözümüne ilişkin ulusal bir mahkemeyi yetkili kılmaları veya uyuşmazlık çözüm mercii'nin alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından biri olarak ayrıca ve açıkça bir anlaşmayla veya tarafların asıl anlaşmalarına konulacak bir kloz vasıtasıyla belirlenmemesi hallerinde taraflar arasındaki uyuşmazlık ulusal

²³² Lefevre/Callens/Croissant, s. 48-50.

mahkemeler kanalıyla çözümlenecektir. Uyuşmazlığın çözümlenmesi için öncelikle bu çözümün hangi kurallardan üretileceği sorununun, eş deyişle esasa uygulanacak hukuk sorununun çözümlenmesi gerekmektedir.²³³

Ulusal mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklara kendi usul hukuklarını tatbik etmektedirler.²³⁴ Esasa uygulanacak hukukun tespitinde de daha önce ifade edildiği gibi hakim görüşü²³⁵ *lex fori* 'yi hareket noktası olarak almaktadır. *Lex fori* hâkimin hukukudur. Buna göre hâkim öncelikle önüne gelen uyuşmazlığın içeriğini anlamalı akabinde bunu kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre *vasıflandırmalıdır*.

Finansör ile finansman sağlanan tarafın yetki sözleşmesi²³⁶ ile Türk mahkemelerini yetkili kılması veya herhangi bir yetki belirlememekle beraber taraflardan biri uyuşmazlığın çözümü için Türk mahkemelerine başvulmuş ve mahkeme kendisini yetkili görmüş ise Türk hâkimi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku MÖHUK kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca *vasıflandırmaya* tabi tutarak belirleyecektir.

MÖHUK bazı tipik sözleşmeler bakımından özel olarak kanunlar ihtilafı kuralları belirlemiş, bunların dışında kalanlar bakımından ise genel bir kural benimsemiştir.²³⁷ Bu kısımda hukuki nitelik kısmını kısaca hatırlarsak üçüncü taraf finansman sözleşmesinin niteliği tipik sözleşmeler bakımından kıyaslanarak tartışılmış ve sözleşmenin niteliğinin gizli adi ortaklık sözleşmesi olabileceği sonuç ve kanaatine varılmıştır.²³⁸ Gizli adi ortaklık sözleşmesi bakımından ayrıca özel bir kanunlar ihtilafı kuralının bulunmaması ve gizli adi ortaklık sözleşmesinin özel olarak düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları kapsamı içerisinde de değerlendirilemeyecek olması nedeniyle finansman sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukukun tespitinde genel kural olan MÖHUK md.24 hükmü tatbik olunmalıdır.²³⁹

²³³ Erdem, s. 514-520.

²³⁴ Doğan, s. 1327-1329.

²³⁵ Nomer s.96 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 341 vd.; Pürselim Arning, **Uygulanacak Hukuk**, s. 95.

²³⁶ Ekşi, 149 vd.

²³⁷ Ekşi, 33-34.

²³⁸ Bkz. başlık 2.4.1.2. s.46

²³⁹ Hukuki nitelik kısmında tartışıldığı üzere üçüncü taraf finansmanı gizli adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Bu bağlamda yazara göre alacağın devri sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk alacağın devri vaadi sözleşmesine uygulanacak hukuk olmalıdır. Meltem Ece Oba, “**Alacağın Devri Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**”, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak

MÖHUK md.24/4²⁴⁰,de hukuk seçimi yapılmayan haller için uygulanacak hukukun tespiti hususunda *bağlama noktaları* düzenlenmiştir. Buna göre, taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde esasa uygulanacak hukukun belirlenirken dikkate alınacak objektif bağlama noktası, sözleşmenin kuruluşu anında sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak belirlenmiştir.²⁴¹ En sıkı ilişkili hukukun ne olduğu konusunda ise emredici mahiyette bazı karinelere öncelik tanınmıştır.²⁴² Bu karineler doğrultusunda sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerden olup olmadığına göre bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan bir sözleşme ise esasa uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak uygulanacaktır. Karakteristik edimin kanuni bir tanımı yapılmamakla birlikte doktrinde, sözleşmenin karakterini belirleyen, sözleşmeye hukuki özelliğini veren ve sözleşmenin ağırlığını sağlayarak diğer edime kıyasla daha rizikolu durumda olan edim olarak nitelendirilmektedir.²⁴³

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinde tarafların asli edimlerinden 2.3.1. numaralı başlıkta bahsedilmiştir.²⁴⁴ Açıklandığı üzere finansörün asli edimi masrafların finansmanı iken finansman sağlanan tarafın asli yükümlülüğü ise genellikle yargılamanın yönetiminin sağlanmasıdır. Bu durumda üçüncü taraf finansör sözleşmesini karakterize eden edim finansörün edimi olarak ele alınacaktır.²⁴⁵ ve tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde finansörün işyeri hukuku, bu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak belirlenecektir.²⁴⁶ Finansörün birden

Hukuk, Editör Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim Arning, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 461-498, s. 491.

²⁴⁰ md.24/(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”

²⁴¹ Nomer, s. 333.

²⁴² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 341.

²⁴³ Özdemir-Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**, s. 52-60.

²⁴⁴ Bkz. başlık 2.4.1. s.42 vd.

²⁴⁵ Nomer, s. 336.

²⁴⁶ Ayrıca uygulanacak hukuka ilişkin olarak yapılan Avrupa Birliği regülasyonu için ayrıca bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

çok işyeri varsa finansman sözleşmesinin hangi işyeri ile bağlantılı olduğu tespit edilmeli ve esasa uygulanacak hukuk buna göre belirlenmelidir. Bu durum büyük fon ve sigorta şirketlerinin, coğrafi olarak yönetimlerini kolaylaştırabilmek amacıyla şubeler kurmaları ve bu şubeler vasıtasıyla finansman sözleşmesinin akdedilmesi ile gerçekleşebilecektir.²⁴⁷

MÖHUK'ta en sıkı ilişkili hukukun esasa uygulanacak hukuk olduğunu hükme bağladıktan sonra en sıkı ilişkili hukukun ne olduğuna dair karineler getiren kanun koyucu, bu karinelerin her zaman sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuku tespit edemeyeceği durumların da olabileceğini ihtimal dahilinde tutmuştur. Buna göre halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde, kanun koyucu tarafından karineler tasfiye edilecek, sözleşme bu daha sıkı ilişkili hukuka tabi olacaktır. Halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde finansör ile finansman sağlanan kişinin vatandaşlıkları, mutad meskenleri, yerleşim yerleri ya da sözleşmenin ifa yeri gibi *bağlama noktaları* göz önüne alınabilecektir.²⁴⁸

2.5.3.2. Hakem Heyeti tarafından Belirlenmesi

Finansör ile finansman sağlanan taraf, finansman sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından tahkim yolunu öngörebileceklerdir. Daha önceki paragraflarda bahsedildiği üzere tarafların uygulanacak hukuka ilişkin aralarında somut bir belirleme yapmaları ihtimalinde artık hakem heyeti bu hukuk perspektifinde uyuşmazlıkları çözecektir. Burada önemle belirtmek gerekir ki; tahkimde tarafların tahkim yerine ilişkin yapmış oldukları seçimler, ulusal yargılara mürecaatta olduğu gibi örtülü hukuk seçimi olarak yorumlanamayacaktır. Burada tarafların açık bir belirlemede bulunmaları gerekmektedir. Ancak tarafların böyle bir belirleme yapmamaları ihtimalinde hakem heyeti öncelikle bu konuya ilişkin bir karar vermek durumundadır.²⁴⁹

²⁴⁷ Elbette ki burada işlem l-şube üzeribden gerçekleşmiş olsa da işlemin özü itibarıyla genel merkez ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilir ise bu halde işyeri olarak genel merkezin bulunduğu yer esas alınmalıdır.

²⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 347.

²⁴⁹ Özel, s. 195.

Daha önce ulusal mahkemelerin esasa uygulanacak olan hukuku nasıl belirleyecekleri aktarılırken, hâkimlerin *lex fori*'den eş deyişle kendi hukuklarından hareket ederek kendi ulusal kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukuku tyespit edebilecekleri ifade edilmişti.²⁵⁰ Tahkim yargılamasında ise ulusal mahkemelerde olduğu gibi hakemlerin *lex fori*'si bulunmamaktadır. Bu sorunsal uluslararası alanda daha önce tartışılmış ve konuya ilişkin bazı yaklaşımlar ileri sürülmüştür.²⁵¹

Bu yaklaşımlar incelerken Özel ikili bir ayrıma giderek; kanunlar ihtilafı kuralları doğrultusunda hareket eden yaklaşım ve doğrudan maddi hukuk kurallarının uygulanması yönündeki yaklaşım olmak üzere ikili bir ayrım yapmaktadır.²⁵² Ancak hakemin ya da hakemler kurulunun bu konudaki takdir yetkisi sınırsız olmadığını ifade etmekte fayda vardır. Takdir yetkisi; uyuşmazlığın maddi karakteri, tarafların milletlerarası tahkimden beklentileri, taraf iradeleri ve kamu düzeni ile sınırlanmaktadır.

Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması doktrinde geleneksel görüş olarak ifade edilmektedir. Bu görüş kaynağını Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1957 Amsterdam toplantısından almaktadır. Bu tarihlerde uygulamacılar ve akademisyenler tarafından tahkimini ulusal yargıdan bağımsızlaştıramamış olması tahkim bakımından da bir *lex fori* yaratma çabasıyla bu şekilde sonuçlanmışır. Öte yandan bu görüşü takip edenler, hangi yerin kanunlar ihtilafı kurallarının kabul edileceğine ilişkin de farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bu kapsamda; uyuşmazlıkla bağlantılı bütün kanun ihtilafı kurallarının birlikte uygulanması, kanunlar ihtilafı kurallarının genel prensiplerinin uygulanması, hakemlerce uygun bulunan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bunlardan bazıları olarak sıralanabilecektir.²⁵³

²⁵⁰ Bkz. başlık 2.5.3.1.

²⁵¹ Nomer, s. 566.; Akıncı s.196 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 785.

²⁵² Akıncı, s. 352; Özel, s. 204.

²⁵³ UNCITRAL Model Kanun md.24 hükmünde de hakemlerce uygun bulunan kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle uygulanacak hukukun bulunması prensibi kabul edilmiştir. Bu kuralın köklerine bakıldığında ise prensibin 1961 Cenevre Konvansiyonu md. VII'da hükme bağlandığı görülmektedir. Bu durum hakemleri her ne kadar belirli bir hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaktan kurtarmış ise de kanunlar ihtilafı kuralları doğrultusunda bir a-nasyonael hukuka gidişin önünün detıkamıştır. Özel, s. 206.

Diğer taraftan esasa uygulanacak olan hukukun hakemlerin doğrudan maddi hukuk kurallarını uygulaması yöntemiyle gerçekleşmesi gerektiğini belirten görüşler incelendiğinde ise; Fransız Usul Kanunu md.1511 ile kanunlaşan bu yaklaşımın pek çok ulusal y tahkim kanununda da benimsendiği izlenmektedir. Öyle ki bu yaklaşımın izlerini ICC Tahkim Kuralları md.21/1’de, UNCITRAL Tahkim Kuralları md.35/1’de de görmek mümkündür. Doğrudan maddi hukuk kurallarının uygulanması çatısı altında olsa da hakemlerin takdir yetkilerine yön kazandıran bazı yaklaşımlar da mevcuttur. Buna örnek olarak Alman Tahkim Kanunu md.1051/2 ve MTK md.12(C) hükümleri gösterilebilecektir. Bu hükümlerde de hakemlerin uyuşmazlık ile en sıkı bağlantılı hukuku uygulamaları gerektiği belirtilmektedir.²⁵⁴

Görüleceği üzere uygulanacak hukukun tespitinin nasıl yapılacağına ilişkin yeknesak bir uygulamanın varlığından söz etmek pek de mümkün değildir. Elbette ki yöntemler farklı olsa da bu yöntemlerin çıkacağı sonuç aynı olabilecektir. Ancak bu durum genel geçer bir yargı olarak kabul edilemeyecektir. Bu nedenle tahkimde uygulanacak hukuk belirlenirken öncelikle tahkimin nasıl teşekkül ettiğine göre bir kategorizasyon yapılmalıdır. Finansör ile finansman sağlananın kurumsal bir tahkim merkezini tercih etmiş olmaları ihtimalinde uyuşmazlık bir kurumsal tahkim merkezinde görülecektir. Bu durumda öncelikle buranın tahkim kurallarına bakılmalıdır.²⁵⁵ Kuvvetle muhtemeldir ki seçilmiş olan kurumsal tahkim merkezinin tahkim kurallarında esasa uygulanacak olan hukukun tespitine ilişkin kurallar yer almaktadır.²⁵⁶ Ancak tarafların bir kurumsal bir tahkim merkezi yerine olay bazlı(*ad-hoc*) tahkimi tercih etmeleri halinde yukarıda belirtilen tartışmalar önem kazanacaktır.

²⁵⁴ Özel, s. 209.

²⁵⁵ Nomer, s. 567.; Akıncı s.197 vd.; Ağırman s.474; Doğan s.1143.

²⁵⁶ ICC Tahkim Kuralları Madde 21: Taraflar, hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler. Bu hususta bir anlaşma yoksa hakem kurulu uygun gördüğü hukuku uygular. Hakem kurulu, taraflar arasında yapılmış esas sözleşme hükümlerini ve varsa, ilgili ticari örf ve adetleri göz önünde bulundurur.

UNCITRAL Tahkim Kuralları Madde 35: Hakem mahkemesi, uyuşmazlığın özüne uygulanması taraflarca belirlenmiş bulunan hukuk kurallarını uygular. Tarafların uygulanacak hukuk kurallarını belirlememesi halinde, hakem mahkemesi, uygun olduğuna karar verdiği hukuku uygular. Hakem mahkemesi, sadece tarafların açıkça hakem mahkemesini yetkili kılmış olmaları halinde, dostane arabuluculuk veya hakkaniyete göre karar verir. Hakem mahkemesi, her durumda, varsa sözleşme hükümlerine göre karar vermek ve işleme uygulanabilecek herhangi bir ticari teamülü göz önünde bulundurmamak zorundadır.

ICSID Kuralları Madde 42: Hakem heyeti, uyuşmazlığı taraflarca kararlaştırılan hukuk kurallarına uygun olarak karara bağlar. Böyle bir anlaşmanın olmaması durumunda, hakem heyeti, uyuşmazlığın esasına ev sahibi devletin hukukunu bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulayacaktır.

Burada son olarak hakemlerin esasa uygulanacak olan hukuk kurallarını hatalı tespit etmeleri halinde nasıl sonuçlarla karşılaşılacağından bahsedilecektir. Eş deyişle hakemlerin yukarıda sayılan kuralları ihlal etmesi halinde bu durum hakem kararının iptali ile sonuçlanabilecek midir? Veya bu durum bir tenfiz engeline dönüşebilecek midir? Hakem kararlarının tenfizi daha önce de değinilen nerdeyse uluslararası nitelikte bir kanuna dönüşmüş olan New York Sözleşmesi uyarınca gerçekleştirilmektedir. Bu sözleşmenin temelinde yatan düşünce tanıma ve tenfizi belirli kriterlere bağlayarak hakem kararlarının, ulusal mahkemelerin mütecaviz tutumlarından korunmak istenmesidir. Bu doğrultuda yapılan denetimin içerikten çok şekli ve kamu düzeni kurallarınca gerçekleştirildiğini belirtmek hatalı olamayacaktır. Buna göre md.V(1)(c) hükmünde *hakem kararının tahkim anlaşması veya tahkim şartında belirlenmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olması ya da tahkim anlaşması veya tahkim şartının kapsamını aşan meselelerle ilgili kararlar içermesi* olarak ifade edilmiştir. Peki hakemlerin uygulanacak olan hukuka ilişkin olarak hatalı tespitte bulunmaları bir yetki aşımı olarak değerlendirilebilecek midir? Bu doğrultuda genel kanaat hakemlerin hatalı olarak uygulanacak hukuku tespit etmeleri halinde bu durumun bir yetki aşımı olmadığı yönündedir. Ancak tarafların açık hukuk seçimi yapmasına karşın hakemlerin bu hukuku uygulamamaları halinde bu kere hakemlerin yetkilerini aştığı söylenebilecektir.²⁵⁷

2.6. Sözleşmenin İçeriği

Üçüncü taraf finansman sözleşmesi, hak iddia eden bir davacı veya davalı ile, çoğunlukla davacı, davanın tarafı olmayan üçüncü kişi finansör arasında, davacının yargılamayı başlatabilmesi veya sürdürebilmesi için gerekli maddi kaynağın tamamının veya bir kısmının finansör tarafından sağlanmasına yönelik yapılan sözleşmedir.²⁵⁸ Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin genel kabul görmüş bir standardı bulunmamaktadır. Taraflar, sözleşme serbestisi gereği sözleşme hükümlerini her ne kadar serbestçe belirleyebilirler ise de genellikle finansörlerin kendi ilgili

²⁵⁷ Nomer, s. 582; Akıncı s.552 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 797; Özel, s. 209. Ağırman s.890 vd.; Doğan s.1263 vd.

²⁵⁸ Aküzüm, s. 63; Victoria Shannon Sahani, "Judging Third-Party Funding", UCLA Law Review, C. 63, S. 388, 2015, (Sahani, **Judging**), s. 5.

birimleri tarafından daha önceden hazırlamış oldukları sözleşmelerin kullanıldığı uygulamada bilinen bir gerçektir.²⁵⁹

Hukuki nitelik kısmında açıkladığımız üzere finansman sözleşmesindeki tarafların asli edim yükümlülükleri; finansör bakımından finansman sağlama, finansman sağlanan bakımından ise genel olarak davanın yürütülmesidir. Bu bağlamda sözleşmenin karakterini belirleyen finansörün borcu bakımından aşağıda belirtilen kalemlere yer verilmesi önemlidir.²⁶⁰

- Finansörün finansman sağlananın avukatlık masraflarının bir kısmını ya da tamamını karşılayacağı,
- Finansörün hakemler ve/veya tahkim kurumu tarafından talep edilen ücretlerin bir kısmını ya da tamamını karşılayacağı,
- Finansörün yargılama sürecinden haricen çıkan masrafların bir kısmının ya da tamamının karşılayacağı,
- Finansörün dava kaybedildiği ihtimalde aleyhe hükmedilen giderleri karşılayacağı,
- Finansörün yargılama masraflarına güvence olarak istenen teminatı karşılayacağı,

Hususlarının tahdidi olmamak kaydıyla belirtilmesi, sözleşmenin üçüncü taraf finansmanı sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için önemlidir. Öte yandan genellikle finansman sağlananın hak ve yükümlülükleri olarak yer alan yargılamanın yürütülmesine ilişkin hususlarda da finansöre denetleme yetkisi sağlanmaktadır. Bu bağlamda finansörün hukuki süreci takibi, süreçle ilgili bilgilere erişimi, davayı takip edecek avukat seçimine ilişkin tavsiye verme veya izin verme hakkı, seçilecek hakeme ilişkin ve uzlaşma anlaşması yapmaya ilişkin haklar gibi yargılamanın seyrini denetim ve kontrol altında tutabilmesine olanak sağlayan hükümlere de yer verilmektedir.²⁶¹

²⁵⁹ Marco Torsello, Lucia Pontremoli, **Third-Party Litigation Funding Agreements**, <https://www.lexology.com/commentary/litigation/italy/arbit-radicati-di-brozzolo-sabatini-benedettelli-torsello/third-party-litigation-funding-agreements>, Erişim Tarihi: 23.06.2022.

²⁶⁰ Tamir Livschitz, **“Third Party Funding in Arbitration”**, Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide, Editör Manuel Arroyo, 2. Bası, Wolters Kluwer, 2018, ss. 2615-2632, s. 2616

²⁶¹ Omar Puertas Alvarez, Carlos Ara Triadu, Oriol Valenti Vidal, Ana Fernandez Araluce, **“Two’s a Crowd, Three’s a Party: The Coming of Age of Third-Party Funding in International Arbitration”**, Revista del Club Espanol del Arbitraje, S. 40, 2021, ss. 25-41, s. 27-32.

Bu bağlamda tezimizin bu bölümünde üçüncü taraf finansman sözleşmesindeki önemli hususlara başlıklar halinde yer verilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

2.6.1. Tarafları

2.6.1.1. Finansörler

Üçüncü taraf finansmanı, geniş finansman portföyleri bulunan bankalar, yatırım fonları ve finansör şirketler tarafından portföylerindeki hizmetlerinden biri olarak veya portföylerinde böyle bir hizmet olmasa bile olay özelinde tekil olarak sağlanabileceği gibi sadece üçüncü taraf finansmanı alanında uzmanlaşmış, tek iş kolu tahkim ve dava yargılamalarını finanse etmek olan Burford Capital, Juridica Investments, Woodsford Litigation Funding veya Vannin Capital gibi²⁶² kurumsal finansör şirketler tarafından da sağlanmaktadır.²⁶³ Üçüncü taraf finansörleri dava finanse eden finansörler ve tahkim finanse eden finansörler olarak ayırmak son yıllara kadar pek mümkün olmasa da son yıllarda yalnızca tahkim yargılaması finanse eden finansörlere de rastlanmaktadır.²⁶⁴

Üçüncü taraf finansörlerin büyük bir çoğunluğu zaten gelişmiş bir üçüncü taraf finansman endüstrisine sahip İngiltere, Avustralya veya Amerika Birleşik Devletleri'nde yerleşik şirketlerdir. Üçüncü taraf finansörler, halka açık şirketler olabileceği gibi özel sermaye fonu şeklinde de faaliyet gösterebilmektedirler. Özel sermaye fonlarından ziyade halka açık finansör şirketlerle çalışmak daha avantajlı gözükmektedir. Halka açık bir finansör şirketin denetlenmiş finansal verileri ve mali

²⁶² <http://third-party-funding.org/list-of-funders/>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

²⁶³ Nieuwveld/Sahani, s. 11.

²⁶⁴ Yalnızca tahkim yargılaması finanse eden finansörler için ayrıca bkz. Bentham IMF Limited (formerly IMF (Australia) Limited), 2001 tarihinden bu yana Avustralya Menkul Kıymetler Borsasında listelenmektedir. Detaylı bilgi ve başvuru koşulları için bkz; <https://omnibridgeway.com/>, Erişim Tarihi 04.06.2022; Burford Capital Limited, Birleşik Krallığa ait Manş Adalarında 11 Eylül 2009 tarihinde kurulmuştur. Londra Borsasının Alternatif Yatırım Piyasasında listelenmektedir. Detaylı bilgi ve başvuru koşulları için bkz; <https://www.burfordcapital.com/>, Erişim Tarihi 04.06.2022; Calunius Capital LLP, 8 Aralık 2006 tarihinde bu tarafa İngiltere ve Galler'de kayıtlı olarak faaliyet göstermektedir. Detaylı bilgi ve başvuru koşulları için bkz; <http://www.calunius.com/>, Erişim Tarihi 04.06.2022; Juridica Investments Limited, Birleşik Krallığa ait Manş Adalarında 28 Kasım 2007 tarihinde kurulmuştur. 21 Aralık 2007 tarihinden bugüne Londra Borsasının Alternatif Yatırım Piyasasında listelenmektedir. Detaylı bilgi ve başvuru koşulları için bkz; <https://www.investegate.co.uk/juridica-investments-limited/prn/first-and-final-liquidation-distribution/20210902155026P4DAF/>, Erişim Tarihi 04.06.2022.

tabloları analiz edilerek şirketin maddi durumu kolayca tespit edilebilmektedir. Maddi kaynak arayan mali açıdan zayıf bir davacının kaynak temin edeceği şirketin mali verilerinin kuvvetli olmasını istemesi çok doğaldır.²⁶⁵ Fon şirketlerinin yanı sıra Credit Suisse, Deutsche Bank, Alchemy, Elliott gibi yatırım bankalarının da finansör olarak hareket ettikleri bilinse de sağlamış oldukları finansmanın tutarına ve detaylarına ilişkin net bir bilgi bulunmamaktadır.²⁶⁶

Riskli varlıkların hukuki ve ekonomik boyutlarıyla değerlendirilmesi ciddi anlamda teknik bilgi ve tecrübe gerektiren bir iştir. Bu nedenle genellikle finansman yöneticileri, özellikle hukuk mesleği, bankacılık ve finans, sigortacılık, muhasebe gibi farklı alanlardan gelmektedir.²⁶⁷

Kâr amacı güden, payları borsada işlem gören halka açık şirketler ve özel sermaye fonları dışında, kâr amacı gütmeyen derneklerin de üçüncü taraf finansör olarak tahkim ve dava finanse ettikleri görülmektedir.²⁶⁸ Bloomberg Hayırseverlik ve Bill ve Melinda Gates Derneği'nin 2015 yılında kurduğu Tütün Ticaretiyle Mücadele Dava Fonu (*Anti-Tobacco Trade Litigation Fund*) kâr amacı gütmeyen üçüncü taraf finansörlere örnek gösterilebilir.²⁶⁹

Tütün endüstrisi, ülkelerin tütün kullanımını azaltmaya yönelik politikalarını engellemek amacıyla birçok ülkeye karşı uluslararası tahkim yoluna başvurmakta veya ülkeleri tahkime başvurmayla tehdit etmektedir. Tütün endüstrisinden gelen bu artan tehdide yanıt olarak kurulan ve yönetimini Tütünsüz Çocuklar Kampanyası'nın (*Campaign for Tobacco-Free Kids*) sağladığı Tütün Ticaretiyle Mücadele Dava Fonu (*Anti-Tobacco Trade Litigation Fund*), tütün şirketleri tarafından uluslararası tahkimde dava edilen düşük ve orta gelirli ülkelere finansal ve hukuki destek sağlamak

²⁶⁵ Christopher P. Bogart, "Not all "funders" are created equal: What lawyers need to know & diligence about capital providers", Legal Finance 101, Burford Capital, 2021, ss. 46-51, (Bogart, *Funder's Due Diligence*), s. 48.

²⁶⁶ Goeler, *Third Party Funding*, s. 76-77.

²⁶⁷ U.S. Chamber Institute for Legal Reform, *Selling More Law Suits, Buying More Trouble Third Party Litigation Funding A Decade Later*, U.S. Chamber of Commerce, 2020, s. 6-10.

²⁶⁸ Goeler'e göre bu ayrım işlevsel bir ayrım değildir. Zira büyük çoğunlukla uluslararası tahkim yargılamasına giren tüm aktörler karlılık gütmektedirler, Goeler, *Third Party Funding*, s. 64.

²⁶⁹ Bloomberg Philanthropies & The Bill & Melinda Gates Foundation Launch Anti-Tobacco Trade Litigation Fund, <https://www.bloomberg.org/press/bloomberg-philanthropies-bill-melinda-gates-foundation-launch-anti-tobacco-trade-litigation-fund/>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

amacıyla kullanılmaktadır.²⁷⁰ Bu fon, yalnızca bir davanın savunmasıyla ve yürütülmesiyle doğrudan ilgili avukat masrafları, bilirkişi ücretleri, tahkim masrafları gibi masraflar için kullanılabilir. Fonun kurucularından Bill Gates “*Vatandaşlarını tütünün zararlarından korumaya çalışan ülke liderleri, büyük tütün şirketlerinden gelen maliyetli yasal tehditlerle caydırılmamalı.*” diyerek fonun kuruluş amacının masraflı tahkim yargılamalarının finanse edilmesi olduğunu vurgulamıştır.²⁷¹

Büyük sermayelere sahip finansör şirketler veya dernekler dışında teknolojinin gelişmesiyle beraber yeni çeşit üçüncü taraf finansörler de doğmaya başlamıştır. Henüz başlangıç aşamasında olan bir projeye göre²⁷² tıpkı büyük sermayelere sahip finansörler gibi herhangi bir kişi de hisse senedi alır gibi bir davaya yatırım yapabilecektir. Kripto para ve blok zincir teknolojilerinden yararlanılarak oluşturulan kripto para tokenleri ile bu sistemde kişiler, dava sonuçlandığında hükmedilen tutardan yatırdığı tutar üzerinden bir kâr getirisi elde edebilecektir.²⁷³ Zira özellikle e-ticaret bakımından kullanılan sanal alışveriş platformları gibi belirli başlı platformların dava finansmanı amacıyla oluşturulması ve böylelikle kitle fonlaması modelini²⁷⁴ kullanarak üçüncü taraf finansmanı çok daha ileri taşınabilecektir.²⁷⁵

²⁷⁰ Technical Support on Trade and Investment Law, https://www.tobaccocontrol.org/litigation/spotlight_uruguay/trade_investment_laws, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

²⁷¹ The International Legal Consortium’s Global Legal Center The Anti-Tobacco Trade Litigation Fund, <https://www.tobaccofreekids.org/what-we-do/global/legal/trade-litigation-fund>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

²⁷² <https://ryval.market/>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

²⁷³ First tokenized lawsuit fund goes live on Republic, will distribute on Avalanche, <https://www.theblockcrypto.com/post/122044/first-tokenized-lawsuit-fund-goes-live-on-republic-will-distribute-on-avalanche>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

²⁷⁴ Bu anlamda Kitle fonlamasına ilişkin SPK tarafından yayımlanan tebliğde yer alan kurallar ve kaideler bakımından ayrıca bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/tebligler/kitle-fonlamasi-teblig-i-iii-35-a-2>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

²⁷⁵ Eric Chang, **Litigation Finance and Crypto Tokens: How a Blockchain Startup Seeks to Create Financing Marketplaces for Disputes**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/16/litigation-finance-and-crypto-tokens-how-a-blockchain-startup-seeks-to-create-financing-marketplaces-for-disputes/>, Erişim Tarihi: 07.06.2022.

2.6.1.2. Finansmandan Yararlananlar

Teoride davalılar da üçüncü taraf finansman yöntemine başvurabilseler de²⁷⁶ uygulamada üçüncü taraf finansmandan yararlanmak için başvuran ve finansörler tarafından bu talepleri kabul görenlerin büyük çoğunluğunu davacılar oluşturmaktadır.²⁷⁷ Haksız bir davayla karşı karşıya kalan maddi açıdan zor durumda olan bir davalı da herhangi bir davacı kadar finansman ihtiyacı duyabilir. Davalıların üçüncü taraf finansmanına genellikle karşı dava açtıkları durumlarda başvurdukları görülmektedir.²⁷⁸

Davalıların karşı dava açmadığı bir tahkim yargılamasında üçüncü taraf finansmanına başvurması durumunda finansörün yatırımının karşılığının neye göre ve nasıl hesaplanacağı konusunda zorluklar yaşanmaktadır. Bu sorunun çözümü olarak davacı tarafından başta talep edilen miktar ile tahkim sonunda davalı aleyhine hükmedilen miktar arasındaki farktan finansöre bir ödeme yapılması gündeme getirilmişse de uygulamada bu şekilde anlaşmalar çok nadir görülmektedir.²⁷⁹

Davalı tarafın üçüncü taraf finansmanından yararlandığı az sayıdaki örnekler de çoğunlukla finansörün, davalıdan bağımsız olarak davanın sonucuyla ilgili maddi veya maddi olmayan bir çıkar ilişkisinin olduğu durumlardır. Örnek olarak *RSM Production v. Grenada* tahkim yargılamasında davalı Grenada devleti *Global Petroleum* isimli bir üçüncü taraf finansör tarafından finanse edilmiştir. *Global Petroleum* şirketi, davacı *RSM Production*'nin kaybettiği petrol arama haklarını satın almıştır. *RSM Production*'nin elinden alınan petrol arama haklarına ilişkin görülen tahkim yargılamasında Grenada devletinin kazanmasının kendi yararına olduğunu düşünen *Global Petroleum* şirketinin devlet olan davalı tarafı finanse etmesi, nadir de olsa davalıların üçüncü bir taraf tarafından finanse edilmesine ilginç bir örnek teşkil etmektedir.²⁸⁰

²⁷⁶ Bernardo M. Cremades, "Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration", **Transnational Dispute Management**, C. 8, S. 4, 2011, (Cremades, **Third Party Funding**), s. 16.

²⁷⁷ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 20.

²⁷⁸ Cremades, **Third Party Funding**, s. 16-17.

²⁷⁹ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 23.

²⁸⁰ *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID Case No ARB/10/6, <https://www.italaw.com/cases/937>, Erişim Tarihi: 12.04.2022; ICCA-Queen Mary Task Force, s. 23-24.

Bu duruma başka bir örnek de Uruguay ve İsviçre devletleri arasında imzalanan ikili yatırım anlaşmasına²⁸¹ istinaden açılan *Philip Morris v. Uruguay* ICSID tahkim yargılamasıdır.²⁸² Uyuşmazlığın çıkış sebebi, Uruguay hükümeti tarafından ülkedeki tütün tüketimini azaltmak amacıyla yapılan bir takım yasal düzenlemelerdir. *Philip Morris*'e göre yapılan bu yasal düzenlemeler sebebiyle satışları azalmış, bazı ürünlerinin satışını durdurmak zorunda kalmış ve ticari markası zarar görerek işletmesi önemli ölçüde olumsuz etkilenmiştir.²⁸³ Uruguay'ın pes ederek yaptığı yasal düzenlemeleri gevşetme ihtimalinin yüksek sesle konuşulmaya başlandığı anlarda Uruguay, Bloomberg Vakfı tarafından finanse edilen ABD merkezli bir sivil toplum hareketi olan Tütünsüz Çocuklar Kampanyası (*Campaign for Tobacco-Free Kids*) tarafından savunmasına yardım edileceğini açıklamıştır. Davanın ilk aşaması için 200.000 dolar destek sağlayan organizasyon, ayrıca hukuki araştırma ve uzmanlıklarıyla da yardım edeceklerini belirtmiştir.²⁸⁴ Tahkim yargılaması sonucunda Uruguay, savunmasında haklı bulunmuştur.²⁸⁵

Üçüncü taraf finansmanında, finansmandan gerçek kişiler yararlanabileceği gibi, şirketler hatta yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi yatırım tahkiminin masrafları nedeniyle devletler bile yararlanabilmektedir.²⁸⁶ Üçüncü taraf finansmanından sadece mali açıdan zor durumda olan kişilerin yararlanmak isteyeceği düşünülse de üçüncü taraf finansmanından yararlananlar sadece mali açıdan zor durumda olan kişilerle sınırlı değildir. Yargılama masraflarını ödeyebilecek maddi gücü olduğu halde sermayesini yargılama masraflarına harcamak yerine üçüncü taraf finansmanına başvurup kaynaklarını kendi işletmesine yatırmayı tercih eden kişilerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır.²⁸⁷ Ayrıca yargılamanın doğasında bulunan risk unsurunu tek

²⁸¹ Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

²⁸² Global Legal Center of Tobacco Free Kids, Litigation Spotlight: Philip Morris v. Uruguay, <https://www.tobaccofreekids.org/what-we-do/global/legal/trade-and-investment/philip-morris-v-uruguay>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

²⁸³ 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, <https://www.italaw.com/cases/460>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

²⁸⁴ Cremades, **Third Party Funding**, s. 18.

²⁸⁵ Arbitral Tribunal Affirms Uruguay's Sovereign Right to Regulate Tobacco, <https://foleyhoag.com/news-and-events/news/2016/july/foley-hoag-helps-uruguay-secure-landmark-victory-over-philip-morris>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

²⁸⁶ De Boulle, s. 23.

²⁸⁷ Aküzüm, s. 27.

başlarına üstlenmek istemeyen tarafların da üçüncü taraf finansmanına başvurdukları görülmektedir.²⁸⁸

Üçüncü taraf finansmandan yararlanmak isteyen şirketlerin büyük çoğunluğu mali açıdan zor durumda olduğundan bu şirketler arasında iflâs etmiş şirketlerin bulunması da pek tabii doğaldır.²⁸⁹ Müflis şirketlerin uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanından yararlanmasının tahkim yargılamasına teminat gösterilmesi vb. açılardan ne gibi etkileri olduğu tezimizin 3.4. numaralı bölümünde detaylı olarak açıklanmıştır. Ancak Türk hukukunda müflis şirketlerin malları, alacakları ve hakları iflas masasına geçtiğinden ve şirketlerin bu mallar, alacaklar ve haklar üzerindeki tasarruf yetkileri kısıtlandığından tek başlarına tahkime başvurmaları ve üçüncü taraf finansman sözleşmesi akdetmeleri mümkün değildir. Bu sözleşmeyi akdetme yetkisi iflas masasına ait olup iflas masası bu tasarruf yetkisini yasal temsilcisi olan iflas idaresi vasıtasıyla kullanmaktadır.²⁹⁰ Zira 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'na (İİK) göre iflas etmiş şirketlerin alacaklarını tahsil etme yetkisi iflas idaresine geçmektedir. İİK madde 229'da yer alan “İflas idaresi, masanın vadesi gelmiş alacaklarını tahsil ve lüzumunda takip veya dava eder.” hükmü uyarınca şirketin alacakları için tahkime başvurma yetkisi de iflas idaresindedir.²⁹¹ Bu sebeple Türk hukuku bakımından üçüncü taraf finansmanından yararlanmak isteyen müflis şirketlerin ve avukatlarının iflas idaresini ikna etmesi gerekecektir.²⁹²

2.6.2. Gizlilik ve Münhasırlık

Gizlilik, enformasyon ve verinin hızlı ve kolayca kullanılması ve iletilmesi sonucu bir ihtiyaç haline dönüşmüştür. Özellikle gizli verilerin taraflar arasında yapılan bir sözleşme veya iki taraflı ilişkide bulunan yükümlülükler kapsamında paylaşılması halinde; şahıslar bakımından kişisel veri mevzuatı çerçevesinde, şirketler

²⁸⁸ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 20.

²⁸⁹ Nieuwveld/Sahani, s. 11.

²⁹⁰ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 1218.; Cemre Tüysüz, **İcra ve İflas Hukukundaki Davaların Tahkim Anlaşmasının İcrasına Etkisi**, 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 343 vd. (Tüysüz, **İcra Davasının Tahkim Anlaşmasına Etkisi**).

²⁹¹ Mert, s. 16-17.

²⁹² Fatih Işık, Hande Pat, “**Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**”, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Taraf Finansmanı, Editör Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 93-109, s. 94.

bakımından ise ticari sırları koruyan hükümler bağlamında gizlilik sözleşmelerinin imzalandığı görülmektedir.

Üçüncü taraf finansman sözleşmelerinde gizlilik sözleşmesi, iki ana zaman diliminde görülmektedir. İlk olarak aşağıdaki başlıkta da değinileceği üzere finansörün finansman sağlayıp sağlamayacağına ilişkin karar verebilmek amacıyla yapacağı *due diligence* süreci öncesinde talepte bulunan şirketin ticari verilerinin güvenliği amacıyla imzalanmaktadır. Yine bu süreçte bazı finansörlerin münhasırlık sözleşmeleri imzaladıkları görülmektedir. Çünkü *due diligence* süreci zahmetli ve masraflı bir iş olduğundan finansör, bu işe giriştikten sonra talepte bulunanın bir süre başka bir finansör ile görüşmelerde bulunmasını ve finansman anlaşması imzalamasını yasaklayan ve bu yasağın ihlalinin cezai şart, götürü tazminat gibi yaptırımlara bağlayan münhasırlık sözleşmeleri imzalamayı genellikle istemektedir.²⁹³

Bu sözleşmelerde genel olarak gizli bilginin tanımı, gizli kabul edilmeyecek olan bilgilerin belirtilmesi, gizliliğin kapsamı, tarafların ne kadarlık bir süre ile bu sözleşme ile bağlı kalacakları, tarafların hak, yükümlülük ve borçları, bu yükümlülük ve borçların ihlal edilmesi halinde karşılaşılabilecek yaptırımlar²⁹⁴, taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk, ihtilafların çözüm yolu, tebligat adresi ve delil sözleşmesi gibi hükümler eklenmektedir. Münhasırlık bakımından da yukarıda sayılan hususlar geçerlidir.

İkinci olarak ise finansörün, finansman sağlamaya karar vermesi neticesinde imzalanacak olan finansman sözleşmesine eklenecek olan gizlilik hükümleridir.²⁹⁵ Böylelikle taraflar arasındaki gizlilik hükümleri herhangi bir kesintiye uğramaksızın

²⁹³ Emily Slater, “Getting to Yes How to Secure Legal Finance”, Legal Finance 101, Burford Capital, 2021, ss. 6-12, s. 8.

²⁹⁴ Gizlilik anlaşmasının ihlali durumunda uğranılan zararın varlığını ve zararın miktarını ispat etmek çok zordur. Bu sebeple bu zorluğu bertaraf etmek amacıyla tarafların sözleşmelerinde gizliliğin ihlali halinde bir cezai şart öngörmesi faydalı olacaktır. Bu hususta ayrıca bkz. Umut Yeniocak, **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, 5. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 192.

²⁹⁵ Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, finansman anlaşmalarına ayrıca finansman sağlananın avukatının finansöre finansman ile ilgili bilgi paylaşabileceğine ilişkin hüküm de konulmaktadır. Buradaki amaç genel olarak ulusal kodlarda avukatın sır saklama yükümlülüğünün bulunması ve bu durumun bir ihlal oluşturmaması amacıyla, yasal gizliliği bertaraf etmek amacıyla yapılmaktadır.

devam etmektedir.²⁹⁶ ²⁹⁷ Finansman sözleşmesinde bu hükümlere yer verilmesinin altında yatan düşünceye bakıldığında ise tarafların zorunlu bırakılmadıkça üçüncü taraf finansörün varlığının ve kimliğinin ifşa edilmesini istememeleri görülmektedir. Üçüncü taraf finansörler, kural olarak davaya dahillerini ne karşı tarafın ne de hakemin öğrenmesini istememektedirler.²⁹⁸ Ancak ICC ve bazı diğer kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kuralları, üçüncü taraf finansörün varlığı halinde hakemlere ve taraflara finansörün varlığının bildirilmesi gerektiğini düzenlemektedir.²⁹⁹

2.6.3. Sözleşme Öncesi Davanın Değerlendirilmesi

Üçüncü taraf finansmanı piyasasındaki yüksek marjlı kârların ortaya çıkması büyük fon ve sigorta şirketlerinin bu alana yönelik iştahını kabartmış ve son dönemde piyasa önemli ölçüde rekabetçi bir piyasa haline dönüşmüştür. Bu durum üçüncü taraf finansmanı hakkında hiçbir deneyimi ve hatta yeterince bilgisi dahi olmayan şirketleri bu konuda uzman avukatlarla çalışmaya yönlendirmiştir. Bu piyasada aracılardan da rolü azımsanamayacak kadar fazladır. Hatta son dönemde taraf ve avukatının bu komisyoncular vasıtasıyla finansörler ile bağlantıya geçtiklerini söylemek daha doğru olacaktır.³⁰⁰ Zira, finansman için öncelikli olarak bir finansör arayışına girilmekte ve bu bağlamda fizibilite çalışması yapılmakta, tamamlanan fizibilite çalışması akabinde belirlenen finansöre, kendisinin belirlemiş olduğu usul ve esaslar doğrultusunda başvuru yapılmaktadır.³⁰¹ Başvuran taraf çoğunlukla finansman talep eden taraf olmasına karşın nadiren de olsa grup davalarında finansörlerin doğrudan finansman talep eden taraf veya avukatıyla görüşerek teklif sunduğu da görülmektedir. Finansör arayış sürecinde genellikle başvuru için birden fazla şirket belirlenmekte ve başvuru

²⁹⁶ Esin'e göre taraflar arasındaki sözleşmelerde genel olarak, taraflar arasındaki son sözleşmenin hali hazırda imzalanan sözleşme olduğu ve bundan önceki bütün teklif, form ve sözleşmenin bu sözleşme ile yürürlükten kaldırıldığı mealinde bir madde yer almaktadır. Bu madde taraflar arasındaki gizlilik korumasını kesintiye uğratabilecektir. Bu nedenle bu hususun gizlik bakımından istisna tutulması önemlidir. İsmail G. Esin, **Birleşme ve Devralmalar**, 3. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 127.

²⁹⁷ Smith, s. 23.

²⁹⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 38.

²⁹⁹ ICC 2021 Tahkim Kuralları Madde 11/7, https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_11, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

³⁰⁰ Peter Yuen, **“Case Management Strategy: Forming the Right Team Third-Party Funding, Experts, Investigators and Other Services Providers”** Managing Belt and Road Business Disputes: A Case Study of Legal Problems and Solutions, Kluwer Law International, 2021, ss. 405-434, s. 408-410.

³⁰¹ Burford Capital başvuru süreci için bkz. <https://www.burfordcapital.com/how-we-work/>, Erişim Tarihi: 04.06.2022.

yapılmaktadır. Zira böylelikle finansman bulma konusundaki şans artmaktadır. Birden fazla başvurunun hem kabul edilme oranını artırması, ki finansörlerin kendilerine gelen başvuruların büyük bir oranını reddettiği bilinmektedir, hem de birden fazla kabul alınması halinde teklifler arasında kıyaslama yapılabilmesi bakımından oldukça önemlidir.³⁰²

Finansörler, tahkim sürecini profesyonel bir iş olarak görürler ve amaçları yaptıkları yatırımdan en yüksek getiriye elde etmektir. Bu nedenle finansörler, finansman sağlamaya karar vermeden önce kendilerine getirilen teklifleri değerlendirirken, çoğunlukla davacı ve avukatı tarafından sağlanan belgelere dayalı olarak, davanın kapsamlı bir durum tespitini (*due diligence*) yapmaktadırlar.³⁰³ Burada konunun ve davacı tarafın haklılığının yeterince anlaşılabilmesi bakımından davacı tarafından ticari sır içeren belgelerin finansöre verilmesi bir gerekliliktir. Bu durum gizli bilgilerin bir şekilde ifşasına ihtiyaç duyduğu için gerek davacının ticari sırlarının ifşa edilmesi, gerekse de davacının muhtemel davalı ile arasındaki sözleşmede yer alması kuvvetle muhtemel gizlilik hükümlerine ilişkin yükümlülükleri bakımından ciddi sakıncalar ve tazminat yükümlülüğü doğurabilecektir. Bu durumda kanaatimizce her aşamada tıpkı şirket birleşme devralma süreçlerindeki *due diligence* aşamasında olduğu gibi³⁰⁴ gizlilik sözleşmeleri yapılması tarafların gizlilik kaygılarını kontrol altına almalarına imkân sağlayacaktır.

Nitekim bu gizlilik sorunu New York Barosu'nun üçüncü taraf finansmanı hakkında yazdığı raporda tartışılmış ve “Avukat, müvekkile avukat-müvekkil gizliliğinden feragat edilmesinin keşifte ve davanın diğer aşamalarında potansiyel olarak oluşturabileceği etki hakkında bilgi verip müvekkilin bilgilendirilmiş onayını almadıkça bir finansman şirketine müvekkilin gizli bilgilerini ifşa edemez. Avukat, kendi muhakemesine göre gerekli olandan daha fazla bilgi vermemeye özen göstermelidir.” denerek müvekkilin detaylı bir şekilde bilgilendirilmesi gerektiği ortaya konulmuştur.³⁰⁵ Bahsettiğimiz üzere bu konunun en pratik ve güvenli çözümü

³⁰² ICCA-Queen Mary Task Force, s. 30.

³⁰³ Niccolo Landi, “The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration An Overview”, Austrian Yearbook on International Arbitration, Editör Klausegger ve diğerleri, 2012, ss. 85-104, s. 100.

³⁰⁴ Goeler, *Third Party Funding*, s. 17; Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, s. 129.

³⁰⁵ New York City Bar Association, *Formal Opinion 2011-2012: Third Party Litigation*

taraflar arasında hangi bilgilerin gizli addedileceği ve hangi bilgilerin ne kadar süre ile paylaşılabilceği gibi somut tespitler bulunmalıdır.

Finansörün durum tespiti(*due diligence*) davanın durumuna ve finansör tarafından talep edilen bilgi ve belgelerin zamanında teslim edilmesine göre birkaç günden birkaç haftaya kadar sürebilmektedir. Bu süreçte finansör ve finansman sağlanan arasında çoğunlukla gizlilik sözleşmesi bazen de münhasırlık sözleşmesi imzalanmaktadır.³⁰⁶

Due diligence genellikle iki aşamalı olarak yapılmaktadır. Finansörler öncelikle davayı ilk bakışta (*prima facie*) yetki, davanın esası, davacının geçmiş dava deneyimleri, karşı tarafın ödeme gücü, yargılamanın tahmini süresi, davanın tahmini maliyeti ve hakem kararının icra edilebilirliği bakımından değerlendirmektedir.³⁰⁷ Bu değerlendirme sonucunda finansör, davayı risk ve muhtemel elde edilecek gelir bakımından yeterince anladığında finansman sağlanana bir teklif sunar. Bu teklif sonucunda davacının cevabı beklenir ve taraflar ilk olarak mali şartlar üzerinde bir anlaşma sağlarlar. Bu yaklaşımın sebebi, eğer mali şartlar üzerinde bir fikir birliği yoksa, davacının, finansörün ve avukatların sözleşmenin diğer şartlarını müzakere etmek ve detaylı durum tespiti (*due diligence*) yapmak için zaman ve enerji harcaması bir bakıma boşa kürek çekmek olacaktır. Çoğunlukla ön bütçe ve mali şartlar bir hafta içinde kararlaştırılmaktadır.³⁰⁸ Taraflar bu hususta anlaşma sağladığında daha kapsamlı ve detaylı olan ikinci inceleme süreci başlamaktadır.³⁰⁹

2.6.4. Finansman Teklifi

Üçüncü taraf finansör, yukarıda bahsedilen unsurları değerlendirdiği *prima facie* inceleme sonrasında finansman sağlayana yaptığı teklifi, neye göre ve hangi

Financing, <https://www.nycbar.org/member-and-career-services/committees/reports-listing/reports/detail/formal-opinion-2011-2-third-party-litigation-financing> , Erişim Tarihi: 01.03.2022.

³⁰⁶ Slater, s. 8.

³⁰⁷ Hussein Haeri, Claudia Baro Huelmo, Giacomo Gasparotti, **Third-Party Funding in International Arbitration,** <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-to-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

³⁰⁸ Smith, s. 26.

³⁰⁹ Aküzüm, s. 64.

hesaplama yöntemine göre yaparak bu unsurları nasıl rakama dönüştürdüğünü anlamanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Finansörlerin, finansman sağlarken ilk dikkate aldıkları husus talep edilen finansman tutarının miktarı olmaktadır. Zira miktar bakımından yeterli büyüklüğe ulaşmamış olan bir davada lehe karar alınsa bile bu sonuç iyi bir yatırım kararı sonucunu doğurmayacaktır. Bu bağlamda miktarın 1 ila 25 milyon dolar arasında değişkenlik gösteren bir rakam olduğundan bahsedebiliriz.³¹⁰ İkinci olarak yatırımdaki maliyetler ve bu maliyetlerin hangi süre içerisinde geri dönebileceği hususu da önemli bir kriter oluşturmaktadır. Üçüncü olarak taraflar arasında meydana gelen ve haklılığı gösteren olaylar ve bu olayların varlığını gösteren deliller ile uyumsuzluğa hangi hukukun uygulanacağı konusu gelmektedir.³¹¹ Dördüncü olarak elde edilen kararın uygulanabilirliği eş deyişle karşı tarafın ekonomik durumu ve kararın icrasına yerel yasalarla konulmuş engellerin bulunup bulunmadığıdır. Beşinci sırada davacının avukatlığını üstlenecek olan avukat veya avukatların yetkinliği kriteri bulunmaktadır. Bunu takip eden altıncı kriter ise davayı inceleyecek olan hakem heyetinin teşekkülüdür. Zira burada hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları ve hakemlerin reddi usulü önemlidir. Tabii ki bu ihtimallle daha çok kurumsal tahkim mekanizmalarının tercih edilmediği hallerde karşılaşılmaktadır.³¹² Yedinci kriter daha çok finansör tarafı ile ilgilidir. Zira finansör, kendisine gelen talebin kendi yatırım portföyü ile ilgili olup olmadığını incelemektedir. Burada kastedilmek istenen finansörün kendi portföyünü nasıl yönettiği ve çeşitlendirdiğidir. Örneğin yatırım yelpazesinde üç adet güçlü talebe yatırım yapan finansör, dördüncü yatırımda daha riskli yatırımları tercih edebilecektir. Son kriterimiz ise finansöre gelen talebe ilişkin daha öncesinde başarısız bir dava girişiminin, kesin hükmün veya derdestlik durumunu doğuracak bir davanın bulunup bulunmadığıdır.³¹³

Finansöre gelen talebin değerlendirilmesinde, yukarıda sayılan kriterlerin uygulanmasından sonra teklifin belirlenebilmesi amacıyla matris yöntemi sıklıkla

³¹⁰ George Barker, **Third Party Litigation Funding in Australia and Europe**, Centre for Law and Economics ANU College of Law, 2012, s. 46-50.

³¹¹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 18-19.

³¹² Aren Goldsmith, Lorenzo Melchionda, **“Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)”**, International Business Law Journal, C. 2012, S. 1, 2012, ss. 53-76, (Goldsmith/Melchionda, **Third Party Funding**), s. 56-58.

³¹³ Goeler, **Third Party Funding**, s. 19-23.

kullanılmaktadır. Matris, satır ve sütunlardan oluşan bir sayı tablosudur ve bu sayılar farklı senaryoları temsil edebilmektedir. Matris genellikle, eldeki tüm sayıları kullanarak belli bir olayın oluşumunu tahmin etmek için kullanılmaktadır. Matris yöntemi, Londra’da bir avukat olan Arthur Cayley tarafından geliştirilmiştir. Avukat olmadan önce matematikçi olan Cayley, sağladığı gayrimenkul devir ve sözleşme hazırlama hizmetleri için kestiği faturaların takibini sağlamak amacıyla matris yöntemini geliştirmiştir.³¹⁴

Burada matris yöntemini ICC tahkiminde görülen farazi bir dava anlatımıyla açıklamak anlaşılmayı kolaylaştıracaktır. Yarım yüzyılı aşkın süredir yüksek kaliteli motor parçaları üreten orta ölçekli bir aile şirketi (FAM S.A.) ile küresel bir otomotiv üreticisi (CARCO) arasında bir uyuşmazlık olduğunu varsayalım. Tahkimde davacı olan FAM S.A., CARCO’nun aralarındaki tedarik sözleşmesi kapsamında gönderilen parçaları haksız bir şekilde reddettiğini iddia etmektedir. FAM S.A., CARCO’nun daha ucuz alternatif bir parça tedarikçisi bulduğundan şüphelenmektedir. Davacı, net zararının 30 milyon dolar ile 40 milyon dolar arasında olduğunu tahmin etmektedir. Bu talebin ardından CARCO ise kendisine gönderilen parçaların ayıplı olduğunu ve mecburen alternatif bir tedarikçi bulduğunu iddia ederek karşı dava ile tazminat talebinde bulunmaktadır. Her iki taraf da başarı sağlayabilmek amacıyla alanında uzman ve oldukça pahalı avukatlara başvurduğunu varsayalım. Tahkim yargılamasının toplam maliyetinin 2 milyon doları bulabileceği tahmin edilmektedir. Ayrıca bu dava bakımından hakemlerin yetkisine ilişkin usul konularının sonuca ulaşmasının 1 yıl, esasa girildikten sonra kararın verilmesinin ise davanın başlangıcından itibaren 2 yıl süreceği öngörülmektedir. FAM S.A.’nın avukatları, davayı finanse etmekle ilgilenip ilgilenmeyeceğini sormak için bir üçüncü taraf finansöre başvurduğunu düşünelim. Bu durumda üçüncü taraf finansör, *prima facie* incelemesini gerçekleştirir ve davanın 8 farklı sonuçla sonuçlanabileceğini öngörür.³¹⁵

³¹⁴ https://en.wikipedia.org/wiki/Arthur_Cayley, Erişim Tarihi: 02.06.2022.

³¹⁵ Smith, s. 31.

Tablo 1

Sonuç Olasılığı	Yetki İncelemesi Sonrası (1 Yıl) (%)	Hüküm Sonrası (2 Yıl) (%)
Kaybetme Olasılığı	5	20
Talebin %50 Oranında Uzlaşma Olasılığı	20	10
Talebin %70 Oranında Uzlaşma Olasılığı	10	15
Talebin %100 Oranında Kazanma Olasılığı	0	20

Tablo 1’de görülen matris, davanın yetki ve esas bakımından oluşturduğu riskleri birleştirmektedir. Ancak hala karşı tarafın sorumlu olabileceği tutar, karşı tarafın ödeme gücü ve yargılamanın tahmini süresi gibi unsurların hesaba dahil edilmesi gerekmektedir. Elde edilecek bu değer, daha sonra yargılamanın tahmini maliyetiyle karşılaştırılıp üçüncü taraf finansörün kabul edebileceği kar marjlarının oluşup oluşmadığı görülebilecektir. Üçüncü taraf finansör, CARCO’nun ödeyememe riskini matrise yansıtmak için yüzdelerde değişiklik yapabilir. CARCO’nun ihraç edip henüz geri ödemediği tahvilleri olduğunu tespit eden finansör, CARCO’nun ileride ödemesi beklenen tazminat miktarına gelecekte bu borçları ödememe riskini yansıtmak için bu tutar üzerinden küçük bir yüzdeyle indirim yapar. Davalının mahkemece sorumlu tutulabileceği tutarı değerlendirmek için üçüncü taraf finansör, 8 olasılığı içeren benzer bir matris oluşturur. Davacı tarafından sağlanan zarar tahminini analiz eden finansör, ihtiyatlı bir yaklaşım sergileyerek en olası sonucu 30 milyon dolar olarak tespit eder. Bu tutar üzerinden aşağıdaki matris tablosu oluşturulur.³¹⁶

³¹⁶ Smith, s. 32.

Tablo 2

Davanın Sorumlu Tutulduğu Miktar (Milyon Dolar)	Yetki İncelemesi Sonrası (1 Yıl) (Milyon Dolar)	Hüküm Sonrası (2 Yıl) (Milyon Dolar)
Kaybetme İhtimalinde	0	0
Talebin %50 Oranında Uzlaşma İhtimalinde	15	15
Talebin %70 Oranında Uzlaşma İhtimalinde	21	21
Talebin %100 Oranında Kazanma İhtimalinde	30	30

Nihayetinde finansör, Tablo 1’de gösterilen olasılık matrisi ile Tablo 2’de gösterilen miktar matrisindeki eş değer girdileri birbirleriyle çarparak ve ardından bu sonuçları toplayarak davanın beklenen değerini tespit eder. Bu hesaba göre CARCO’nun tazminatı ödeyememe riski de hesaba dahil edildiğinde, davanın beklenen değeri yaklaşık 15 milyon dolar olacaktır.

Bu beklenen değere karşılık üçüncü taraf finansörün 2 milyon doları bulabilecek tahkim maliyetlerini finanse etmesi talep edilmektedir. Bu maliyetin iki yıla eşit olarak bölündüğünü varsayarsak Tablo 1’de görülen olasılık matrisinde davanın birinci yılda sonuçlanmasına %35, ikinci yılda sonuçlanmasına %65 olasılık öngörülmüştür. Buna göre finansör davaya yaklaşık olarak 1,65 milyon dolar³¹⁷ harcamayı beklemektedir. Üçüncü taraf finansör artık dava sonucunda çıkacak tazminatın beklenen değerini ve yargılama maliyetinin beklenen değerini bilmektedir. Burada üçüncü taraf finansör, yargılamanın beklenen maliyetinin üç katının (1,65 milyon doların üç katı) yani yaklaşık 5 milyon doların, dava sonucunda beklenen tazminatın yaklaşık üçte birine denk geldiğini görmektedir. Buna göre, *prima facie* inceleme sonrası finansörün finansman talep edene, dava sonunda hükmedilen tutarın üçte birinin finansörün alacağını öngören bir teklif sunması mantıklı olacaktır. Bu nedenle üçüncü taraf finansör FAM S.A.’ya, yaptığı yatırım ve yatırıma ilave olarak yatırımın iki katını

³¹⁷ Yargılamanın 1 yılın sonunda bitme ihtimali %35 olduğu için 1 milyon doların %35’i (\$0,35M) ile 2 yılın sonunda bitme ihtimali %65 olduğu için 2 milyon doların %65’i (\$1,3M) toplanarak 1,65 milyon dolar tutarına ulaşılmıştır.

veya dava sonunda elde edilecek gelirin %35'ini alacağını öngören bir teklif sunacaktır.³¹⁸

Taraflar mali şartlar üzerinde mutabakata vardıktan sonra üçüncü taraf finansör daha detaylı olan ikinci aşama incelemesini gerçekleştirmektedir.³¹⁹ Bu aşamada *prima facie* incelemesinde elde edilen sonuçların doğrulanması yapılmaktadır. Bu aşamada üçüncü taraf finansör, ticari uyumsuzluğa sebep olan sözleşmeleri, lisanslar ve hissedarlar listesi gibi önemli varlıkların sahipliğini kanıtlayan belgeleri, tanık ifadelerini, davacının avukatları tarafından sağlanan hukuki görüşleri, davacının denetlenmiş hesaplarını, fatura ve banka hesap özetlerini ve hasarla ilgili mevcut tüm bilirkişi raporlarını incelemektedir. Bu inceleme aynı zamanda finansman sağlanan tarafa tahkim yargılaması sürecinde kolaylık sağlayacaktır. Üçüncü taraf finansör, tecrübesiyle ve yaptığı detaylı inceleme sayesinde uyumsuzluğa ilişkin önemli konuları önemsiz ve asılsız olanlardan ayırt ederek finansman sağlanana bildirecektir. Finansman sağlanan ise bu bilgilerle tahkimin hızlı ve etkili biçimde yürütülmesini sağlayabilecektir.³²⁰

2.6.5. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Her sözleşmede olduğu gibi üçüncü taraf finansman sözleşmesinin de en önemli kısmı tarafların hak ve yükümlülüklerinin detaylıca belirlenmesidir.³²¹ Bu belirlemenin yapılması ileride kurulacak bütün ilişkilere temel teşkil edeceği, uyumsuzlukları önleyeceği, önleyemediği zamanlarda ise uyumsuzluk çözüm kurallarını ve mekanizmasını gösterecektir.³²²

Hiç şüphesiz ki sözleşmelerde tarafların; teslim, vergisel yükümlülüklerle, düzenlenecek olan mali belgelerin(faturalar, raporlar vb.) şekil, içerik ve teslimine, bu belgelerde hata olması halinde düzeltilmesine, tarafların sözleşmeyi ihlal etmelerini

³¹⁸ Smith, s. 33.

³¹⁹ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 31.

³²⁰ Çalışkan, s. 650.

³²¹ Baysal'ın aktardığı üzere değişiklikler sırasında metni bir kenara madde numarası bile korunan Fransız Medeni Kanunu m.1134 hükmü; "Sözleşme taraf iradelerinin somutlaştığı hukuki araçtır ve taraflar arasında kanun hükmündedir." Başak Baysal, "Fransız Borçlar Hukukuna İlişkin Tasarıya Ön bir Bakış", **İÜHF** C. LXIV, S.2, 2006, ss.215-234, s.217, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95812>, Erişim Tarihi: 05.06.2022.

³²² Yeniocak, s. 29.

önleme amacı güden cezai şart³²³ hükümlerine, aynı şekilde ifa yardımcılarının fiillerinden doğan sorumluluğa,³²⁴ tebligat adresleri, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, delil sözleşmesine veya şartına üçüncü taraf finansmanı sözleşmelerinde de yer verilmektedir. Ezcümle, genel hükümler olarak adlandırabileceğimiz bu hükümler sözleşmedeki tarafların rolleri ve esas yükümlülükleri dikkate alınarak özelleştirilmelidir. Bunu örneklendirmek gerekirse, finansman sağlananın çoğunlukla ekonomik güçlük halinde olması ve ihlal halinde ekonomik yaptırımların etkisiz olacağı gerçekliğidir. Bu hükümlerin ağırlıklı olarak genel bilgiler içermesi nedeniyle bu hususları özelleştirecek üçüncü taraf finansman sözleşmesinin karakterini belirleyen hususlara yer vermek, bu çalışmanın kapsamı bakımından daha yerinde olacaktır.

2.6.5.1. Mali Konular

Daha önceki bölümlerimizde de bahsettiğimiz üzere, finansman sözleşmesinin tarafı olan finansörün rolü ve edimi davayı finanse etmektedir. Mali unsurlar genellikle üçüncü taraf finansman sözleşmesi müzakerelerinde üzerinde ilk anlaşılan husustur. Bu aşamada bütçe ve masraf kalemleri belirlenir. Finansörün yaptığı yatırımın yargılamanın aşamalarında nasıl kullanılacağı, tahkim masrafları, hakem masrafları, avukatlar, mahkeme ve bilirkişi masrafları gibi birçok kalem göz önünde bulundurularak bir bütçe ortaya konmaktadır.³²⁵ Tabi burada zaman zaman finansörün, finansman sağlanan şirketin operasyonel faaliyetlerine devam edebilmesi için bir bütçe oluşturdukları görülmektedir. Elbette ki buradaki en büyük gider kalemini avukatlık masrafları oluşturmaktadır.³²⁶

Finansman sözleşmesinde bütçe belirlenirken öncelikle üst sınır belirlenmektedir. Bu sınıra dayalı olarak eldeki bütçenin belirlenen maliyetlere nasıl ayrılacağı kararlaştırılmaktadır. Bunlar genellikle ayrıntılı tablolar ile gösterilmektedir. Burada örneğin görev belgesi aşamasına kadar olan süreç, duruşma

³²³ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal Kocağa, **Ceza Koşulu(Sözleşme Cezası)**, 2. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018.

³²⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Yünlü, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, 1. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.

³²⁵ Smith, s. 26-27

³²⁶ Bu bağlamda sık olmamakla beraber zaman zaman tıpkı Contingency anlaşmalarında olduğu gibi avukat ile başarıyla dayalı anlaşmalar yapılabilmektedir., Goeler, **Third Party Funding**, s. 28.

aşaması, karar sonrası süreç ve bu süreçlerdeki avukatlık saat ücreti gibi detaylı hesaplamalar yapılmaktadır. Buna mukabil, bu tabloda öncesinde öngörülmemiş ancak karşılaşılabilecek muhtemel karşı tarafın iddialarını çürütmek için gösterilecek deliller, hakem heyetince alınabilecek tedbir kararları vb. durumlar için de bir kısım tutar ayırılmaktadır. Ancak elbette ki masrafların artması halinde başlangıçta belirlenen üst sınır tamamıyla kesin ve kat-i olmamakta, bu durum finansör tarafından güncellenebilmektedir.³²⁷

Burada davanın gider kalemlerinden olabilecek teminat konusu önemlidir. Hakem heyetinin aleyhe hükmedilebilecek yargılama giderleri için teminat istemesi ihtimalinde³²⁸ bu hususa ilişkin taraflar arasında bir düzenleme yapılıp yapılmadığı önem arz etmektedir. Aksi halde yargılamanın henüz başında üçüncü taraf finansman ilişkisinin yürütülemez bir hale gelmesi söz konusu olabilecektir.³²⁹

Üçüncü taraf finansmanının tutarı ve finansman yapısı finansörden finansöre değişebilmektedir. Finansörlerin teklifleri birbirlerine kıyasla daha pahalı veya daha ucuz olabileceği gibi finansörlerin riskleri fiyatlama yöntemleri de değişebilmektedir. Ancak her ne kadar finansman için yapacakları harcama modelleri farklı olsa da elde edilen getirinin %20-%40 arasında belirlenecek olan tutar ile finansman için harcanan meblağın üç katı tutarlarından hangisi daha yüksek ise genellikle o tutar esas alınmaktadır. Bunun anlamı, eğer dava lehe sonuçlanırsa üçüncü taraf finansörün yatırımının en az üç katı kadar bir getiri elde etmeyi beklemesidir.³³⁰ Tahkim yargılamasının tarafların uzlaşmasıyla veya hakemlerin hüküm kurmasıyla sonuçlanmasından bağımsız olarak finansörün bu oran beklentisi baki kalmaktadır.³³¹

Üçüncü taraf finansmanına yeni girmek isteyen yatırımcılar bakımından banka faiz oranlarına kıyasla düşünüldüğünde yatırım için harcanacak tutar çok fazla gelmektedir. Bunun sebebi tahkim finansmanında yatırım için harcanan paranın geri dönmeme riskinin varlığıdır. Diğer bir deyişle üçüncü taraf finansmanı, davacıya

³²⁷ 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), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 16-31, s. 26; Goeler, **Third Party Funding**, s.29.

³²⁸ Bu konu tezin 3.4.numralı bölümünde detaylı şekilde ele alınmıştır.

³²⁹ Alvarez/Triadu/Vidal/Araluce, s. 31.

³³⁰ Örnek hesaplamalar için ayrıca bkz Seidel, s. 27.

³³¹ Seidel, s. 28; Aküzüm, s. 76.

sağlanan geri ödemeli bir kredi değil, davanın kendisine yapılan bir sermaye yatırımdır.³³²

Üçüncü taraf finansörler operasyonlarını başarılı bir şekilde sürdürüp altı yıllık bir finansman döngüsü boyunca üç kat getiri hedeflerini tutturlarsa, beklenenin üzerinde veya altında kazanç sağladıkları davalar ve işletme maliyetleri de göz önüne alınıp düşüldüğünde, portföydeki davaların toplam net getirisi yaklaşık iki kat olacaktır. Diğer bir deyişle %100 oranındaki bu kâr, beş, altı yıllık bir periyot içerisinde kabaca yıllık %15 ila %20’lik bir yatırım getirisine eşit olacaktır.³³³ Üçüncü taraf finansman mekanizması, bu denli kârlı olması sebebiyle yatırımcılar açısından oldukça cazip gözükmemektedir. Bu sebeple finansörlerin sayısının gün geçtikçe arttığını görmekteyiz.³³⁴

2.6.5.2. Davanın Kontrolü Konuları

Üçüncü taraf finansörün, davayı değerlendirme ve takip etmesi kendisi davanın tarafı olmadığından finansman sağlanan tarafla yakın bir iş birliğini gerektirmektedir. Bu sebeple üçüncü taraf finansman sözleşmesi, finansman sağlanan tarafa eş zamanlı olarak bilgi ve belgeleri finansöre açıklamakla ilgili yükümlülükler öngörmektedir.³³⁵

³³⁶ Bu açıklama yükümlülüğünün detaylı olarak düzenlenmesi bilgi akışındaki verilerin zamanında ve doğru raporlanması ve muhasebeleştirilmesi bakımından çok önemlidir. Bu doğrultuda finansöre verilecek olan raporun sıklığı, raporun şekli ve içeriği, raporun gönderim şekli, rapordaki hususlara itirazların değerlendirme süresi, değerlendirmenin nasıl ve ne şekilde paylaşılacağı, bu durumun finansör tarafından

³³² Hussein Haeri, Claudia Baro Huelmo, Giacomo Gasparotti, **Third-Party Funding in International Arbitration**, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-to-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 23.06.2022.

³³³ Smith, s. 28-29.

³³⁴ AlixPartners, **The Future of Third-Party Litigation Funding**, s. 14, <https://www.alixpartners.com/insights-impact/insights/the-future-of-third-party-litigation-funding/>, Erişim Tarihi: 12.04.2022.

³³⁵ Goeler, **Third Party Funding**, s. 32.

³³⁶ Burada bir diğer önemli husus sözleşme öncesi(ex-ante) olayların bütün doğruluk ve olayın gerçek yüzünü yansıtır şekilde finansöre açıklanmasıdır. Zira bu husus sözleşmenin beyan ve taahhütler kısmında bulunmasında ve buna aykırılık halinin açıkça düzenlenmesi oldukça önemlidir. Zira, taraflar bu hususun kendi aralarında bir esaslı ihlal teşkil edip etmediğini belirleyebilecek ve bu doğrultuda, fesih, tazminat, götürü tazminat veya cezai şart gibi unsurlar yaptırım olarak düzenlenebilecektir.

kabul edilmemesi halinde nasıl bir aksiyon alınacağı³³⁷, hatalı bilgi verilmesi halinin yaptırımları, finansörün periyodik veya önceden bildirmek kaydıyla kendisinin belirleyeceği herhangi bir zamanda bilgi isteme ve denetim hakkının düzenlenmesi bilgi akışı yönetimini sağlayacaktır.

Üçüncü taraf finansörün, tahkim yargılaması ve finansman sağlananın alacağı kararlar üzerinde ne ölçüde kontrol yetkisine sahip olacağı, genellikle davacılar, avukatlar ve kanun koyucuların üçüncü taraf finansmanı konusuna ilişkin en çok dile getirdikleri endişelerden biridir. Hatta bu kontrol sorunu *maintenance* ve *champerty* doktrinlerinin hala varlığını sürdürdüğü bazı *common law* ülkelerinde üçüncü taraf finansman sözleşmesinin geçerliliğini değerlendirirken oldukça önemli bir kriter olmaktadır. Gerçekten de üçüncü taraf finansman sözleşmelerinin geçerliliğini korumak amacıyla, sözleşmelerde finansörün dava üzerindeki kontrol yetkisini düzenleyen hükümler finansöre tamamen kontrol vermemek için dikkatlice düzenlenmektedir.³³⁸

Buna mukabil bilgi edinilmesi sonrası dava yönetiminin kontrolüne bakıldığında ise; finansör, dava sürecinin aşırı kontrolünü amaçlamasa bile üçüncü taraf finansman sözleşmesi, finansörün yatırımını korumak amacıyla bazı kararlar üzerinde kontrol yetkisinin olduğunu düzenleyen hükümler içerebilmektedir. Zira üçüncü taraf finansman sözleşmesi sırf davayı sonuca götürmek için yapılan koşulsuz bir finansman anlaşması değildir. Finansman sağlananın yargılamada kendisini temsil etmesi ve süreci yönetmesi için seçeceği avukat³³⁹, finansman sağlananın seçeceği hakem ve karşı tarafla uzlaşmaya ilişkin kararlarında finansörün kontrol yetkisi olduğu sıklıkla düzenlenmektedir. Ancak finansörün yargılama üzerindeki kontrol yetkisinin kapsamı yalnızca sözleşmede belirtilen kararların alım süreçlerinde karar verme veya veto hakkı ile anlaşılmamaktadır. Zira finansörün sözleşmeyi feshetme, bütçeyi belirleme

³³⁷ Tarafların anlaşılamadığı hususun teknik bir bilgiyi içermesi halinde konuyla alakalı bir uzman görevlendirme bir çözüm yolu olarak benimsenebilecektir.

³³⁸ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 28.

³³⁹ Burada belki de en önemli husus avukat seçimidir. Çünkü finansörler genel olarak avukat belirlemesi yapmamaktadırlar. Finansman sağlanan yetkilendirmiş olduğu avukatını finansöre sunar finansör onay konusundaki kararını verir. Bu kararın olumsuz olması halinde finansör tarafından finansman sağlanana bir liste paylaşarak bu listeden bir avukat görevlendirmesi istenir böylelikle süreç tamamlanır. Akabindeki tüm işlemlerde finansman sağlanana hukuki önderlik edecek olan avukattır. Bu durum davada olduğu gibi finansman sağlananın finansör ile ilişkilerinde de geçerli olacaktır.

ve davayı takip yetkilerinin oldukça geniş olması dolaylı olarak finansöre yargılamadaki kontrol yetkisini teslim etmektedir.³⁴⁰

Üçüncü taraf finansörün dava üzerindeki kontrol yetkisinin en belirgin göstergesi dava bütçesini belirleme yetkisidir. Her yatırımcı gibi üçüncü taraf finansör de maliyetleri en aza indirmeye, karını en yükseğe çıkarmaya ve yatırımını korumaya çalışmaktadır. Bu durum, finansörün böyle bir amacı olmasa bile kaçınılmaz olarak davanın yürütülmesinde önemli ölçüde kontrol yetkisine sahip olmasına sebep olacaktır.³⁴¹

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinde yer alan dava için belirlenen sermaye miktarı ve bu sermayenin nasıl harcanılacağına dair hükümler finansörün dava üzerindeki kontrolünün başlangıcı sayılabilir. Finansörler daha sonra, finansman sağlanan tarafın dava sürecindeki yaptığı harcamaların bütçeye uyup uymadığını takip edecektir. Büyük bir finansör şirketin örnek finansman sözleşmesinde görülen; (i) finansman sağlanan tarafın davanın ekonomik, mümkün olan en ucuz ve en az riskli yöntem ile ilerlemesini sağlama yükümlülüğünü öngören, (ii) finansörün, önceden masraftan veya masrafı doğuran olaydan haberdar edilmediği durumlarda o masrafı karşılama yükümlülüğü olmadığını öngören veya finansman sağlananın masrafı doğuracak her işleminin finansörün onayına tabi olması ve finansörün onayı olmaksızın yapılan masraflardan finansörün yükümlü olmadığını öngören hükümler birlikte değerlendirildiğinde finansörün bütçeleme yoluyla dava üzerinde nasıl kontrol sağlayabileceği anlaşılabilecektir.³⁴²

Finansörün davayı kontrolü, sözleşmeyi tek taraflı feshetme yetkisini kullanma tehdidiyle de olabilir. Haklı fesih başlığında bahsedildiği üzere Dava Finansörleri Birliği'nin³⁴³ davranış ilkelerinde de gösterilen finansörün makul bir nedenden dolayı davanın esasına olan inancını yitirmesi durumunda sözleşmeyi haklı nedenle

³⁴⁰ Goeler, **Third Party Funding**, s. 35.

³⁴¹ New York City Bar Association, **Formal Opinion 2011-2012: Third Party Litigation Financing**, s. 7, <https://www.nycbar.org/member-and-career-services/committees/reports-listing/reports/detail/formal-opinion-2011-2-third-party-litigation-financing> , Erişim Tarihi: 10.04.2022; Goeler, **Third Party Funding**, s. 42.

³⁴² Landi, s. 103-104 ; Foris AG resmi web sitesi için ayrıca bkz., <https://www.foris.com/en/litigation-funding/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

³⁴³ Birleşik Krallıkta kurulan birliğin yapısı, faaliyetleri hakkında detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. <https://associationoflitigationfunders.com/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

feshedebileceğini öngören bir hükmün yer aldığı bir üçüncü taraf finansman sözleşmesi varsayalım. Yargılama sürecinde bir tanığın sorguya çıkarılıp çıkarılmamasıyla ilgili finansör ile finansman sağlanan tarafın bir anlaşmazlık yaşadığını varsayalım. Finansman sağlanan ve avukatı tanığın sorguda dinlenmesi gerektiğini düşünürken finansör bunun çok riskli olduğunu düşünmektedir. Her ne kadar üçüncü taraf finansman sözleşmesinde finansörün yargılamada gösterilecek delilleri kontrol yetkisi öngörülmemiş olsa bile gösterilen delilin ters etki doğurması durumunda finansörün davanın esasına olan inancını yitirdiğinden bahisle sözleşmeyi tek taraflı feshetme riski bulunduğundan finansman sağlanan tarafın finansörün görüşüne uygun olarak hareket etmesi çok yüksek ihtimaldir. Görüldüğü üzere üçüncü taraf finansman sözleşmesi finansörün kontrol yetkilerini düzenlemese bile davanın önemli ölçüden kontrolü dolaylı olarak finansöre geçebilmektedir.³⁴⁴

2.6.6. Fesih

Tarafların bu sözleşmeyi imzalama amaçlarının gerçekleşmesi için gerekli olan bütün çabayı göstererek üçüncü taraf finansman sözleşmelerinin devamlılığı ve ifa edilmesi kuraldır. Bu nedenle genel eğilim hangi ihlallerin sözleşmenin feshine yol açacağını ve sözleşmenin feshi sonrasında nasıl yaptırımların oluşabileceğini belirlemek yönündedir.³⁴⁵

Üçüncü taraf finansörün tek taraflı olarak masrafları ödemekten vazgeçmesi genellikle finansman sağlanan tarafından haklı fesih nedeni olacağı düzenlenmektedir. Böyle bir durumda haklı fesih halinde sözleşmeye aykırılık hallerinin genel yaptırımları uygulanır.³⁴⁶

Finansman sözleşmesinde genellikle, finansman sağlananın basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği, uzlaşma gibi önemli meselelerde avukatlarının verdiği makul tavsiyelere uyması gerektiği ve her türlü bilgi ve belgeyi üçüncü taraf finansör ile paylaşması gerektiği³⁴⁷, elde edilebilecek muhtemel tazminat miktarını azaltıcı yönde davranışlarda bulunmaması yönünde yükümlülük ve borçları düzenleyen

³⁴⁴ Goeler, **Third Party Funding**, s.44.

³⁴⁵ Smith, s. 21; Goeler, **Third Party Funding**, s. 36.

³⁴⁶ M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, 19. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 398 vd.

³⁴⁷ Goeler, **Third Party Funding**, s. 36.

hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlere aykırılık genellikle sözleşmenin esaslı ihlali kabul edilmektedir. Tabii ki taraflar sözleşmelerini hazırlarken daha başka borç ve yükümlülüklerin de esaslı ihlal mertebesine yükseltilmesini düzenleyebileceklerdir. Bahsedilen bu borç ve yükümlülüklerin esaslı ihlal edilmesi halinde üçüncü taraf finansörün haklı fesih hakkı doğacaktır.³⁴⁸

Birleşik Krallık'taki üçüncü taraf finansörlerin oluşturduğu Dava Finansörleri Birliği'nin (*Association of Litigation Funders*) tavsiye niteliğinde, bağlayıcı olmayan davranış ilkeleri (*code of conduct*), üçüncü taraf finansörlerin fesih hakkı bakımından finansörlere bir çerçeve çizmektedir. Buna göre üçüncü taraf finansör veya iştirakleri, (i) makul bir nedenden dolayı davanın esasına olan inancını yitirirse, (ii) makul bir şekilde uyuşmazlığın artık ticari olarak elverişli olmadığına karar verirse, (iii) üçüncü taraf finansman sözleşmesinin finansman sağlanan tarafından esaslı bir şekilde ihlal edildiğine makul bir sebebe dayalı olarak karar verirse üçüncü taraf finansman sözleşmesini sona erdirebilir. Ayrıca bu davranış kurallarında bu bahsi geçen nedenler dışında sözleşmeye üçüncü taraf finansöre sözleşmeyi isteğe bağlı tek taraflı feshedebilme hakkı tanıyan hükümlerin eklenmemesi gerektiği söylenmektedir.³⁴⁹

Üçüncü taraf finansörün ne zaman makul bir nedenden dolayı davanın esasına olan inancını yitirdiğinin tespit edilebilmesi için sözleşmeye, davanın başarı yüzdesinin belirli bir baremin altına düşmesi halinde makul sebebin oluşacağı şekilde bir makuliyet ölçütü eklenebilecektir. Uyuşmazlığın artık ticari olarak elverişli olmadığına bir örneği olarak da davalının iflas etmesi verilebilir. Zira bu durumda finansörün yaptığı yatırımların karşılığını davalıdan alması mümkün olmayacağından daha fazla yatırım yapması elverişli olmayacaktır. Dava sonucunda elde edilmesi beklenen tazminat miktarının önemli ölçüde azalması da yatırımın artık ticari olarak elverişli olmadığına karar verilmesine sebebiyet verebilmektedir.

Ancak çoğu finansman sağlanan tarafın ya iflas etmesi halinde ya da iflasın eşliğinde olduğu düşünüldüğünde üçüncü taraf finansörün haklı feshi halinde, sözleşmeye aykırılık yaptırımları uyarınca tazminat talebinin karşılanabilmesi

³⁴⁸ Smith, s. 22.

³⁴⁹ Dava Finansörleri Birliği Davranış Kuralları Madde 11.2 ve Madde 12, <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>, Erişim Tarihi 07.03.2022.

mümkün olmayacaktır. Bu durumda üçüncü taraf finansör ancak finansman sağlananın davaya devam etmesi ve kazanması halinde beklediği kazanca ulaşabilecektir.³⁵⁰ Örnek olarak finansman sağlanan tarafın kötü niyetli olarak üçüncü taraf finansman sözleşmesini feshettiği ve alternatif yollarla davalı ile anlaştığı bir ICSID yatırım tahkiminden sonra finansör, hakkettiği ücretler için finansman sağlananı başarılı bir şekilde dava etmiştir.³⁵¹

2.7. Kazanılan Tutarın İlgililer Arasında Paylaşılması: Paylaşım Sözleşmesi

Paylaşım Sözleşmesi³⁵² (*Priorities Agreement*), yargılama sonuçlandığında kazanılan paranın paydaşlar arasında nasıl dağıtılacağını düzenleyen sözleşmedir.³⁵³ Bu sözleşme üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içinde veya harici olarak düzenlenebilmektedir ve genellikle tüm paydaşların muvafakatini gerektirmektedir.³⁵⁴ Üçüncü taraf finansman ilişkisinde sadece finansör ve finansman sağlanan yoktur. Finansman sağlananın avukatı ve finansörün sigortacısı da çoğunlukla davanın riskini paylaşmaktadırlar. Bu sebeple paranın hangi öncelik sırası ile paylaşılacağını önceden belirlemek önem arz etmektedir. Uygulamada sıra genellikle;

- (i) finansörün o ana kadar yaptığı yatırımın geri ödenmesi,
- (ii) finansörün yatırımının karşılığı anlaşılmış olduğu tutarın ve sigortacıya koşula bağlı veya geciktirilmiş primlerin ödenmesi,
- (iii) anlaşımlarsa avukatlara başarıya dayalı vekalet ücretlerinin ödenmesi,
- (iv) bakiye miktarın finansman sağlanan tarafa ödenmesi şeklinde olmaktadır.³⁵⁵

³⁵⁰ Aküzüm, s. 69.

³⁵¹ Waguih Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Dava No. ARB/05/15), <https://www.italaw.com/cases/1022>, Erişim Tarihi: 07.03.2022; King & Spalding v. Waguih Elie George Siag ve diğerleri LCIA Dava No. 91491, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-king-spalding-llp-v-waguih-elie-geroge-siag-mona-elie-george-siag-rami-elie-george-siag-touristic-investment-hotels-management-siag-s-a-e-and-siag-taba-co-email-from-tribunal-to-parties-granting-interim-measures-tuesday-30th-march-2010>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

³⁵² Esasen literatürde “Priorities Agreement” olarak geçen sözleşmelerin Türkçe karşılığı olarak incelenen kaynaklarda bir açıklamaya rastlanmamış olup, sözleşmenin konu ve amacı dikkate alınarak tarafımızca isimlendirilmiştir.

³⁵³ Goeler, **Third Party Funding**, s. 34.

³⁵⁴ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 27.

³⁵⁵ Smith, s. 24.

Öte yandan Paylaşım Sözleşmesi(*Priorities Agreement*)’nin diğer önemli aktörleri ise yargılama sonuçlandığında kazanılan miktar üzerinde hak iddia edebilecek üçüncü taraf finansmanı sözleşmesine katılmayan ancak davacıdan alacaklı olan üçüncü kişilerdir. Değinildiği üzere üçüncü taraf finansmanına başvuran kimseler genellikle ekonomik olarak zor durumda olan kimselerdir. Burada finansman sağlanan ödemeden aciz durumda veya iflas sürecinde olabilecektir. Bu iki duruma göre izlenecek prosedür değişmektedir.

Finansman sağlananın ödemeden aciz durumda ve fakat iflas sürecine dahil olmadığı ihtimalde öncelikle finansman sağlanandan bir hak veya alacak talep eden veya potansiyel olarak talep edebilecek olan kimselerin ve alacak tutarlarının bir listesi yapılmalıdır. Bu listenin oluşturulabilmesi içinse iki önemli kaynak bulunmaktadır. Bunlardan ilki, *due diligence* aşamasında finansman sağlananın ekonomik durumu ile borçları hakkında yapılan araştırmadır. Bu araştırmada finansman sağlanan aleyhinde yapılan yerel mahkemelere yansımış bir icra prosedürünün bulunup bulunmadığı kontrol edilmeli ayrıca finansman sağlananın muhasebe kayıtlarına yansımış ya da yansımaması kuvvetle muhtemel alacak taleplerinin süjeleri ile alacak miktarlarının detaylı listesi çıkarılmalıdır. İkincisi ise finansman sağlananın, üçüncü taraf finansmanı sözleşmesine konulabilecek “*Beyan ve Taahhütler*” bölümünde, borç, rehin, ipotek gibi üçüncü kişilere vermekle yükümlü olduğu şeylere ilişkin beyan ve taahhütleridir. Bu veriler doğrultusunda alacaklı olan üçüncü kişilerin ve alacaklarının tespit edilmesinden sonra tüm tarafların bir araya getirilerek Paylaşım Sözleşmesi(*Priorities Agreement*)’nin imzalanması gerekmektedir. Zira aksi halde yatırım yapılarak bir kazanç elde edilse bile bu kazanca üçüncü kişiler tarafından el konulabilecek veya kontrolsüz bir paylaşım ile karşılaşılabilir.³⁵⁶

Öte yandan iflas sürecinde bulunan finansman sağlananlar bakımından ise tespit süreci biraz daha kolay olmaktadır. Zira iflas idaresi hali hazırdaki faaliyetinde zaten iflas durumunda bulunan kimsenin kendisine müracaat eden alacaklıları ve alacak miktarlarını vadeleri ve diğer detayları ile toplayarak tasnif etmektedir.³⁵⁷ Bu nedenle buradaki süreçte de yine listenin oluşmasının ardından bir önceki paragrafta yazıldığı

³⁵⁶ Esin, s. 116 vd., 187 vd.

³⁵⁷ İflas idaresine müracaat eden alacaklılar ve alacaklıların iflas tasfiyesindeki önemi ve yetkileri ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Güray Erdönmez, **İflasta Alacaklılar Toplanması ve Yetkileri**, 1. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, (Erdönmez, **İflas**)

gibi Paylaşım Sözleşmesi(Priorities Agreement)'nin imzalanmasıdır. Buradaki farklılık ise iflas idaresinin hazırlayacağı sıra cetveli esas alınarak paylaşım sözleşmesi yapılması ve taraflarca imzalanması hususu olacaktır.³⁵⁸ Burada finansör ile iflas idaresi arasındaki ilişkiler oldukça önem kazanmaktadır. Bu konu oldukça kapsamlı bir konu olduğundan bu konuya daha fazla yer verilmesi tezin sınırlarını aşacağı için sınırlı olarak yer verilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

3. ÜÇÜNCÜ TARAF FİNANSMANIN YARATTIĞI SORUNLAR

3.1. Finansmanın Varlığının Açıklanması

Uluslararası tahkim yargılamasında üçüncü taraf finansmanına ilişkin belki de en temel ve önemli sorun, finansman sağlanan tarafın üçüncü taraf finansman sözleşmesinin varlığını tahkim heyetine veya karşı tarafa açıklama zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Zira üçüncü taraf finansmanının, tahkim yargılaması üzerine etkilerinin olduğu tahkim davalarından edinilen tecrübelerle görülmüştür. Bu etkiler aslında genel olarak hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bunun kadar yoğun olmasa da üçüncü taraf finansörün finansman sağlanan taraf ile arasındaki sözleşme dolayısıyla yargılamayı tamamen kontrol altına alabileceği, delillerin sunulması vb. gibi önemli dönemeçlerde etkili olabileceği ve finansman sağlananın iddiasında başarılı olamaması halinde ortaya çıkan masraflardan finansörün sorumlu tutulup tutulamayacağı gibi hususlar da etkilidir.

3.1.1. Finansmanın Varlığı

Tahkim yargılaması dayanağını taraflar arasındaki tahkim anlaşmasından alır ve yargılama bu anlaşma üzerinde tarafların hakem heyeti önüne getirmiş oldukları bilgi ve belgeler üzerinden yürütülür. Eş deyişle, tahkim yargılamasında hakem heyeti, ancak önüne sunulan bilgi ve belgelere göre karar verebileceğinden, üçüncü taraf

³⁵⁸ Kuru, s. 1279 vd.; İsmail Ercan, **Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 5. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 927 vd.; Ayrıca bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tüysüz, **İcra Davasının Tahkim Anlaşmasına Etkisi**, s. 261 vd.

finansmanın tahkim yargılaması üzerinde etkili olabilmesi ancak hakem heyetine bu bilgilerin açıklandığı kadarıyla mümkün olabilecektir.³⁵⁹

Mevcut durumda bazı önemli kurumsal tahkim merkezlerinin değişen kuralları üçüncü taraf finansmanın varlığının açıklanmasına ilişkin zorunluluklar getirirse bütün tahkim merkezlerinin dahil olduğu tümel bir uygulama an itibariyle söz konusu değildir.³⁶⁰ Üçüncü taraf finansörler çoğunlukla varlığının taraflarca öğrenilmesini istemese bile hakem heyetinin bir üçüncü taraf finansman anlaşmasının varlığından ve hatta içeriğinden haberdar olmasının çeşitli yolları vardır.³⁶¹

Finansman sağlanan taraf, yargılamanın başında veya ilerleyen aşamalarında kendi isteğiyle finansmandan faydalandığını tahkim heyetine ve karşı tarafa açıklayabilir. Tabi ki, bu ihtimalde finansman sağlananın finansöre karşı olan gizlilik yükümlülüğünün tarafların anlaşması veya başka bir şekilde kaldırılmış olması gereklidir. Bu açıklamanın sebebi karşı tarafın davranışları nedeniyle kendisinin düştüğü ekonomik durumu tahkim heyetine vurgulamak veya karşı tarafa yargılamayı sonuna kadar götürebilecek kaynaklara sahip olduğunu ima edip uzlaşma görüşmelerinde kozunu güçlendirmek gibi taktiksel nedenlere dayalı olabilir. Ayrıca üçüncü taraf finansörlerin yalnızca kazanma ihtimali yüksek davalara yatırım yaptığı düşünüldüğünde finansman sağlanan taraf davasının kuvvetli olduğunu belirtmek amacıyla da finansmandan faydalandığını açıklayabilecektir. Aynı şekilde finansörler de daha fazla müşteri çekebilmek amacıyla yatırım yaptıkları tahkimleri kamuya açıklamak isteyebilirler veya halka açık şirket olan finansörler bakımından yaptıkları anlaşmaları piyasaya açıklama mecburiyetleri olabilecektir.³⁶²

Hakem heyetinin finansmandan haberdar olmasının başka bir yolu ise delillerdeki bazı kayıtların üçüncü taraf finansmana atıf yapması veya finansman sağlandığı bilgisinin kamuya açık halde olmasıdır. Ayrıca ekonomik durumu açıkça kötü olan bir şirketin kaliteli ve pahalı hukuk danışmanlarıyla beraber geniş kapsamlı bir tahkim yargılaması başlatması da üçüncü taraf finansmanından faydalandığını örtülü olarak gösterebilecektir.³⁶³

³⁵⁹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 125.

³⁶⁰ Stone, s. 68.

³⁶¹ Levy/Bonnan, s. 79.

³⁶² Goeler, s. 127-128.

³⁶³ Stone, s. 64-65.

Öte yandan finansör ile finansman sağlanan arasında finansman anlaşması uyarınca ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların yerel mahkemelere yansması halinde de üçüncü taraf finansman ilişkisi ortaya çıkabilecektir.³⁶⁴ Çünkü yerel mahkemelerde kural olarak aleniyet prensibi geçerlidir.³⁶⁵

Tahkim yargılamasının karşı tarafı da üçüncü taraf finansmanın varlığından şüphelendiği halde finansman sağlanan taraftan bunu doğrulamasını isteyebilir veya hakem heyetine üçüncü taraf finansman sözleşmesinin varlığının ya da içeriğinin açıklanmasına karar vermesi için talepte bulunabilecektir. Ancak finansman anlaşmaları özel bir konu olduğundan ve çoğunlukla bu anlaşmalar gizliliğe ilişkin hükümler de içerdiğinden finansman sağlanan taraf bu bilgileri açıklamakta veya hakem heyeti açıklanması için karar vermekte çekingen davranmaktadırlar.³⁶⁶

Bugünün şartlarında artık pek çok kurumsal tahkim merkezinin kurallarında³⁶⁷ üçüncü taraf finansmanının açıklanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle üçüncü taraf finansmanının varlığının bildirilmesi tartışması, tahkim merkezlerinin düzenlemeleri doğrultusunda önemini yitirmiş gibi gözükse de bu tartışmalar gerek henüz bu konuda düzenleme yapmamış olan tahkim merkezleri kuralları doğrultusunda gerçekleştirilecek tahkim yargılamaları bakımından, gerekse de finansman anlaşmasının tamamının veya detaylarının da açıklanma zorunluluğu kapsamında kabul edilmesi yönündeki görüşler bakımından halen önemini korumaktadır.

³⁶⁴ S&T Oil Equipment and Machinery ve Juridica Investments arasındaki finansman anlaşması nedeniyle oluşan uyuşmazlık LCIA tahkim merkezinde karara bağlandıktan sonra Teksas yerel mahkemelerinde tedbir nedeniyle açılan bir dava neticesinde Juridica Investments şirketinin S&T Oil Equipment and Machinery şirketinin Romanya devletine karşı açmış olduğu davasında finansman kullanmış olduğu ortaya çıkmıştır. Karar için ayrıca bkz: <https://www.italaw.com/cases/967>

³⁶⁵ Nadiren oluşmuş bir örnek olsa da bir davada finansmanın varlığı; Ekvadorlu bir takım davacının Chevron'a karşı açmış oldukları davada Chevron'un, Burford Capital tarafından finanse edilen davacıların baş avukatı olan Steven Donziger aleyhinde RIKO(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act.) yasası uyarınca New York bölge mahkemesinde dava açması neticesinde ortaya çıkmıştır. Karar için ayrıca bkz: <https://casetext.com/case/ecuadorian-plaintiffs-v-chevron-corp>

³⁶⁶ Levy/Bonnan, s. 79.

³⁶⁷ HKIAC, CIETAC, ICC, CIAM, SIAC gibi tahkim merkezleri tarafından tahkim kuralları düzenlemelerine açıklama zorunluluğu da eklenmiştir.

Genel bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde³⁶⁸ hakem heyetleri genel olarak IBA tarafından 2014 yılında yayımlanan Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri³⁶⁹, ne göre üçüncü taraf finansmanının hakemler bakımından menfaat çatışması yaratabilecek bir argüman olması nedeniyle bazı kararlar vermekteydiler. Menfaat çatışmasına ilişkin hususlara açıklama zorunluluğunun nedeni kısmında değinileceğinden burada ayrıca değinilmeyecektir. Hakem heyetleri, üçüncü taraf finansmanının ne şekilde açıklanacağına ilişkin belirgin bir kurallar silsilesinin bulunmaması, üçüncü taraf finansman anlaşmasının tahkim yargılaması dışında bir belge olması gerekçeleriyle 2010 yılında düzenlenmiş ve son olarak 2020 yılında güncellenmiş olan Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kurallarını³⁷⁰ dikkate alarak hareket etmişlerdir.³⁷¹ Bu doğrultuda ilgili düzenlemenin madde.3/3-(a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belgenin ibrazını talep eden tarafından, ki bu çoğunlukla davalı taraf olmaktadır, nasıl ve ne şekilde isteneceği belirtilmiştir. Buna göre bir ibraz istemi aşağıdakileri içerir;

- (i) Talep edilen her Belgenin o Belgeyi tespiti yeterli olacak derecede tarifi veya (ii) Var olduklarına inanılması için makul sebepler olan, talep edilen dar ve belirli bir Belge kategorisinin yeterli detayda (konu dâhil) tarifi; Belgeler elektronik ortamda muhafaza edilmişlerse, talep eden Taraf belirli dosyaları, arama terimlerini, ilgili kişileri veya bu Belgelerin verimli ve ekonomik bir şekilde aranması için diğer yolları belirleyebilir veya Hakem Heyeti bu belirlemenin yapılmasına karar verilebilir.
- Talep edilen Belgelerin davayla ilgisine ve davanın sonucunu nasıl etkileyeceğine dair açıklamayı, ve
- İstenilen Belgelerin talep eden Tarafın elinde, muhafazasında veya idaresinde olmadığına dair beyanı ya da söz konusu Belgelerin talep eden

³⁶⁸ Tahkimde finansmanın yeni olmasının yanı sıra dava finansmanında da yerleşik kurallar bulunmamaktadır. Genel olarak açıklama zorunluluğu grup davalarında göze çarpmaktadır. Avustralya Federal Mahkemesinin, son olarak 2013 yılında revize edilen Article 3.6 of the Federal Court's Practice Note CM 17 hükümlerine bakıldığında dava fonlayanın ifşasının grup davalarında gerekli olduğu belirtilmektedir. Bkz. Goeler, **Third Party Funding**, s. 130.

³⁶⁹ Metnin tamamı için ayrıca bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135>.

³⁷⁰ Metnin tamamı için ayrıca bkz. <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Rules-on-Taking-of-Evidence-2020-Turkish>.

³⁷¹ Bu hususta IBA Delil İkamesi kurallarının dikkate alındığı ilk dava Guaracachi America & Rurelec vs. Bolivia davasıdır. Bu davada davalı taraf, basına yansıyan bildiriler ile davacının finansmandan faydalandığını öğrenerek bu hususun açıklanmasını hakem heyetinden talep etmiştir. Karar için ayrıca bkz. <https://www.italaw.com/cases/518>.

Tarafça ibrazının kendisi için ölçüsüz bir şekilde külfetli olacağı hakkında gerekçeli beyanı, ve Talep eden Tarafın, neden istenilen Belgelerin diğer Tarafın elinde, muhafazasında veya idaresinde bulunduğunu varsaydığına dair beyanı³⁷²

Elbette yukarıda ifade edildiği üzere açıklama mecburiyetinin tahkim yargılamasının görüldüğü kurumsal tahkim merkezinin tahkim kuralları arasında düzenlenmesi ihtimalinde talep eden taraf, talebini bu düzenlemeye dayandıracaksa da kurallarda böyle bir mecburiyetin bulunmaması halinde IBA Delil İkamesi kuralları doğrultusunda gerçekleştirebilecektir.³⁷³

3.1.2. Finansmanın Açıklanması İhtiyacı

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin varlığının hakem heyetine açıklanma zorunluluğunun olup olmaması gerektiğiyle ilgili doktrinde en çok tartışılan konu tahkim yargılamasına görünürde taraf olmayan finansörlerin hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyerek çıkar çatışmasına yol açabileceği endişesidir.³⁷⁴ Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü bütün hukuk sistemlerinde genel bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bu yükümlülük sadece ulusal hukuk sistemlerinde değil, uluslararası hukuk alanında da evrensel bir biçimde tanınmıştır.³⁷⁵ Bu manada gerek UNCITRAL³⁷⁶ model kanununda gerekse de ICC³⁷⁷, ISTAC³⁷⁸ gibi tahkim merkezlerinin uygulama kurallarında hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin maddi düzenlemelere yer verilmiştir. Uluslararası

³⁷² Türk Medeni Usul Hukukuna göre de karşı tarafta bulunan bir belgenin ibrazını isteyen taraf, benzer şekilde ibrazı istenen belge hakkında yeterince bilgi vermeli ve talebini somutlaştırmalıdır. Güray Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, (Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**) s. 144-168.

³⁷³ Goeler, **Third Party Funding**, s. 133-134.

³⁷⁴ Maxi Scherer, “**Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?**”, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 95-100, (Scherer, **Disclosure**), s. 95.

³⁷⁵ Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**, s. 51.

³⁷⁶ UNCITRAL Model Kanunun 12. Maddesi; *Bir şahıs ile muhtemel hakem olarak atanması hususunda irtibat kurulduğu zaman, o şahıs tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin haklı şüphelere yol açabilecek her türlü durumu ifşa eder. Bir hakem atandığı tarihten itibaren tahkim davası süresince, hiçbir gecikmeye mahal vermeksizin, daha önceden bilgilendirilmemişse, bu tür durumları taraflara açıklar.*”.

³⁷⁷ ICC Tahkim Kurallarının 11/1 maddesinde “*Hakemlerin her biri tarafsız ve tahkime katılan taraflardan bağımsız olmalı ve bu şekilde kalmalıdır.*”.

³⁷⁸ ISTAC Tahkim Kurallarının 12/1 maddesinde “*Her hakem, tarafsız ve bağımsız olmalı; tarafsızlık ve bağımsızlığını yargılama sona erinceye kadar korumalıdır.*”.

uyuşmazlıklarda tarafların ulusal mahkemeler yerine tahkimi tercih etmelerinin en büyük sebeplerinden biri de ulusal mahkemelerin istemli veya istemsiz olarak kendi vatandaşlarına daha yakın hissedebileceği mahkemelerin vereceği kararda bu durumun mahkemenin tarafsızlık ve bağımsızlığına etki edebileceği riskidir. Bu sebeple tarafların, tahkim yargılamasının en önemli avantajlarından olan hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasına önem gösterdikleri tartışmasıdır.³⁷⁹

Tarafsızlık, hakemin bir tarafa imtiyaz tanımaması ve ihtilaf konusunda herhangi bir önyargıya sahip olmaması anlamına gelmektedir. Bağımsızlık ise, hakemin, taraflarla, mevcut veya geçmişte yargılama özgürlüğünü etkileyecek nitelikte bir ilişkisinin olmamasıdır.³⁸⁰ Bu nedenle, üçüncü taraf finansörün kimliğinin açıklanmaması hakem/ler ile üçüncü taraf finansör arasındaki olası bir çıkar çatışmasının bilinmemesine neden olacak, bu durum hakem heyetinin usule uygun olarak teşekkülünü engelleyebilecek, hakemlerin reddi hatta verilecek olan kararın iptali veya icrasının imkansızlığına yol açabilecektir.³⁸¹

3.1.2.1. Çıkar Çatışması

Üçüncü taraf finansörün tahkim yargılamasına dahil olması, finansman kullanmayan, çoğunlukla davalı, tarafı çıkar çatışması konusunda pek çok detayı düşünmeye itecektir. Açıklamalarımızdan önce ifade etmekte fayda var ki, burada ifade edilen çıkar çatışması halleri tahdidi(*numerus clauses*) bir şekilde belirtilmemektedir. Sayılanların dışındaki nedenlerle de finansör ile hakemler arasında çıkar çatışması meydana getirebilecek durumlarla karşılaşılabilir.

Genelde en çok karşılaşılan, önde gelen hakemlerden bazılarının finansör şirketlere daimî veya geçici danışmanlık hizmetleri verdiklerinin bilinmesidir. Diğer sebepler ise uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansman kullanımının yaygınlaşması,

³⁷⁹ Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**, s. 38.

³⁸⁰ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 255.

³⁸¹ Burcu Osmanoğlu, **“Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”**, Journal of International Arbitration, C. 32, S. 3, Kluwer Law International, 2015, ss. 325-350, s. 332.

finansörler ile bazı hukuk firmalarının ortaklığa varacak derecede yakın ilişkilerinin bulunması olarak sayılabilecektir.³⁸²

Hakem ile üçüncü taraf finansörün ilişkisinin çıkar çatışması yaratabileceği başka bir senaryoda ise bir tarafın üçüncü taraf finansmanından yararlandığı bir tahkim yargılamasındaki hakemlerden biri, aynı zamanda aynı finansörün finanse ettiği başka bir tahkim yargılamasında finanse edilen tarafın avukatı ise çıkar çatışması gündeme gelecektir.³⁸³ Her ne kadar hakemin avukatlık yaptığı ve hakemlik yaptığı bu iki tahkim yargılaması normal şartlarda birbiri ile alakasız olsa da hakemin avukatlık yaptığı yargılamada müvekkilinin finansmandan yararlanması hasebiyle finansör ile sık sık etkileşime girecek olması ve hakemlik yaptığı yargılamada finansörün doğrudan ekonomik çıkar elde ediyor olması çıkar çatışmasını gündeme getirecektir.³⁸⁴

Aynı senaryoda hakemin kendisinin değil de çalıştığı avukatlık bürosunun ortaklarından birisinin aynı finansörün finanse ettiği başka bir yargılamada finanse edilen tarafın avukatlığını yapması durumunda dahi çıkar çatışması gündeme gelebilecektir.³⁸⁵ Her ne kadar üçüncü taraf finansmanıyla doğrudan ilgili olmasa da İngiliz mahkemelerinde bu durumun çıkar çatışması yaratacağına ilişkin kararlar verilebilmektedir.³⁸⁶ Ancak doktrinde bu durumun bir çıkar çatışması yaratmayacağını söyleyen görüşler de mevcuttur.³⁸⁷ Buna göre Uluslararası Barolar Birliğinin Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin Kılavuz İlkelerinde³⁸⁸ sayılan “bağlı şirket” tanımına üçüncü taraf finansör girmediğinden ve sadece taraflar ve bağlı

³⁸² ICCA-Queen Mary Task Force, s. 82.

³⁸³ Hakemlerin aynı zamanda avukatlık yapması literatürde iki-şapka(*double-hatting*) olarak ifade edilmektedir. 2017 senesinde yayımlanmış bir araştırmaya göre davaların %47’sinde en az bir hakemin aynı zamanda başka bir davada avukatlık yaptığı tespit edilmiştir. Yılmaz, **ICSID Değişiklik Önerisi**, s. 478-479.

³⁸⁴ Scherer, **Disclosure**, s. 97; Rogers, s. 29.

³⁸⁵ Antonio Crivellaro, **“Third-Party Funding and Mass Claims in Investment Arbitrations”**, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 137-152, s. 149.

³⁸⁶ Osmanoğlu, s. 334.

³⁸⁷ Bogart, **Overview**, s. 54.

³⁸⁸ Söz konusu kılavuzda çıkar çatışması yaratabilecek durumlar Yeşil, Turuncu, Feragat Edilebilir Kırmızı ve Feragat Edilemez Kırmızı liste olarak 4 farklı listede sayılmıştır. Kılavuzun Türkçeye çevrilmiş hali için bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135>, Erişim Tarihi: 28.05.2022.

şirketlerin çıkar çatışması yaratabileceğinden bu durumda bir çıkar çatışması mevcut olmayacaktır.³⁸⁹

Uluslararası tahkim yargılamasında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlüğüne ilişkin başvurulacak yegâne kapsamlı düzenleme Uluslararası Barolar Birliğinin hazırlamış olduğu Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleridir. IBA Tahkim Komitesi tarafından yürütülen bu kapsamlı çalışma sonucunda tahkim uygulamasında en sık karşılaşılan ihlal oluşturulabilecek durumlar listelenmiştir.³⁹⁰ Her ne kadar bu kılavuz bağlayıcı olmasa da tahkim uygulamasında hakemler ve tahkim kurumları tarafından sıklıkla kullanılan kriterlerden olmuştur.³⁹¹

Bir başka çıkar çatışması yaratabilecek durum ise üçüncü taraf finansörün dahil olduğu yargılamalarda sürekli olarak aynı hakemin seçilmesidir. Zira bir taraf veya avukatlık bürosunun, dahil olduğu tahkim yargılamalarında sürekli olarak aynı hakemi seçmeleri, hakemin bağımlılığı ve etki altında olması endişelerini getirmektedir.³⁹² Bu nedenle IBA Menfaat Çatışmasına İlişkin Kılavuz İlkelerinin 3.1.3 maddesinde *“Hakemin son üç yıl içerisinde, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketi tarafından, iki veya daha fazla sefer hakem olarak atanmış olması”* ve 3.1.4. maddesinde *“Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosunun son üç yıl içerisinde, uyuşmazlık ile ilgisi olmayan ve hakemin dahil olmadığı bir olayda, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketinin ya da karşı tarafın vekilliğini yapmış olması”* durumunda bu durumun açıklanması zorunlu kılınmaktadır.³⁹³

Hakemin, tahkim yargılamasının taraflarından birine finansman sağlayan halka açık bir üçüncü taraf finansör şirkette yatırımı olması veya daha kötüsü,³⁹⁴ halka açık

³⁸⁹ Laurent Levy, Regis Bonnan, **“Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings”**, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 78-94, s. 85

³⁹⁰ Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**, s. 198-199.

³⁹¹ Margaret Moses, **The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>, Erişim Tarihi: 10.06.2022.

³⁹² Rogers, s. 28.

³⁹³ Kılavuz, deniz, spor veya emtia tahkimleri gibi konuda uzman kişilerin az olduğu ve aynı hakemin farklı davalarda sürekli görevlendirilmesinin yerleşik uygulama olduğu durumları istisna olarak belirlemiştir.

³⁹⁴ Hakemin halka açık olmayan bir finansör şirkette yatırımı olması halka açık bir şirkete kıyasla daha sıkı bir ilişki gerektirmektedir. Zira halka açık bir şirkete şirketin bilgisi olmadan yatırım

olmayan bir finansör şirkette yatırımı olması vasıtasıyla finansör şirket ile direkt ilişki içerisinde olması çıkar çatışmasını gündeme getirecektir.³⁹⁵ Nitekim, IBA Menfaat Çatışmasına İlişkin Kılavuz İlkelerinin 3.5.1. maddesinde “*Hakemin, halka arz olmuş taraflardan birinin veya bu tarafın bağlı şirketinin, sayı veya nominal değer itibarıyla önemli bir miktar payını, doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulundurması.*” ve 2.2.1. maddesinde “*Hakemin, ilgili taraf veya bağlı şirketin halka açık olmayan özel şirket olduğu durumlarda, taraflardan biri veya bağlı şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olması.*” denilerek bu durumun bir çıkar çatışması yaratabileceği ve açıklanması gerektiği düzenlenmiştir.

3.1.3. Açıklanmamasının Yaratabileceği Sorunlar

Üçüncü taraf finansörün mevcudiyeti ve bu mevcudiyetin hakem heyeti tarafından bilinmediği bir yargılamada, finansör ve hakemin yukarıda bahsedilen şekilde bir danışmanlık veya başka türlü bir ilişkisi olduğu sonradan açığa çıkarsa, hakemin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasıyla yargılama sonunda verilen hakem kararının tenfizi aşamasında sorunlar meydana gelebilecek ve hatta kararın iptali dahi söz konusu olabilecektir.³⁹⁶ Bu sebeple doktrindeki ağırlıklı görüş, üçüncü taraf finansmanın varlığının karşı tarafa ve hakemlere bildirilmesi gerektiği yönündedir.³⁹⁷

Hakemin üçüncü taraf finansörün varlığından haberdar olmaması, özellikle üçüncü taraf finansör ve hakem arasında uygunsuz ekonomik bir bağlantı olduğu durumda hakemin aklanması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir.³⁹⁸ Karar verilmeden önce tahkim taraflarından birisine finansör tarafından finansman sağlandığı ve bu finansör ile hakem arasında kabul edilemez bir ilişki olduğu açığa çıkarsa hakemin reddi gündeme gelebilecektir. Hakem kararı verilmeden önce hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğüne aykırı davrandığının öğrenilmesi hakemin reddini gündeme getirebilecektir.³⁹⁹ Örnek olarak UNCITRAL Tahkim

yapılabilirken, halka açık olmayan şirketlerde bu mümkün değildir. Bu sebeple hakemin halka açık olmayan şirketlere yatırım yapması Kırmızı listede, halka açık şirketlere yatırım yapması Turuncu listede sıralanmıştır.

³⁹⁵ Livschitz, s. 2630.

³⁹⁶ Kayalı, s. 98.

³⁹⁷ William Stone, “Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?”, Asian Dispute Review, C. 2015, S. 2, 2015, ss. 62-70, s. 69.

³⁹⁸ Rogers, s. 29-30.

³⁹⁹ Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**, s. 283.

Kurallarının 12/1 maddesinde “*Hal ve şartlar, herhangi bir hakemin yansızlığı veya bağımsızlığı hakkında haklı şüphelerin varlığını ortaya koyarsa, hakem ret edilebilir.*” denerek bu müessese düzenlenmiştir.

Tahkimin taraflarından birisine finansman sağlayan finansör ile hakem arasında kabul edilemez bir ilişki olduğu yargılama sonunda, karar verildikten sonra ortaya çıkarsa, bu durumda hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle hakem kararının iptali gündeme gelebilecektir. Zira, uluslararası tahkimde hakem kararlarına karşı genel olarak kabul edilen başvuru yolu, tahkim yerindeki mahkemelerde açılacak bir iptal davasıdır.⁴⁰⁰

Hakem kararının iptalinin mümkün olmasının yanında, kararın tenfiz edilmesi de engellenebilecektir. 170 ülke tarafından imzalanan Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York sözleşmesinin tenfiz engellerini düzenleyen V/1-b maddesinde “*Aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf, hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkanını elde edememiş bulunur ise,* V/1-d maddesinde “*hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve mukavelede sarahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse*” ve V/2-b maddesinde “*Hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması*” şeklindeki düzenlemelere dayanılarak hakemlerin bağımsız veya tarafsız olma yükümlülüklerine aykırı davrandıklarından bahisle hakem kararının tenfizi engellenebilecektir.⁴⁰¹

3.1.4. Açıklanmasının Zorunlu Olmasını Eleştiren Görüşler

Doktrinde, üçüncü taraf finansmanın varlığının açıklanmasının zorunlu olmaması gerektiğini düşünen görüşler de mevcuttur. Buna göre açıklamanın zorunlu kılınması elverişsiz olacak ve taraflar zorunlu açıklama rejiminin olduğu tahkim yargılamalarına katılmak istemeyecek ve sonuç olarak katılım azalacaktır.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**, s. 347.

⁴⁰¹ Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**, s. 391 vd.; Osmanoğlu, s. 333.

⁴⁰² Sarah Gilcrest, “**When Peer Pressure is Not Enough: Mandatory Disclosure and Third-Party Funding**”, Arbitration Brief, C. 6, S. 1, 2019, ss. 60-81, s. 76-77.

Açıklama zorunluluğu, üçüncü taraf finansman sözleşmelerindeki gizliliğe ilişkin hükümleri geçersiz kılacak hatta bu yükümlülüğü ihlal eden taraf bakımından tazminat yükümlülüğü doğurabilecektir. Ayrıca herhangi bir hakem heyetinin yetkisinin dışında yapılmış özel bir sözleşme olan üçüncü taraf finansman sözleşmesi, tahkim kurumlarının zorunlu açıklama kurallarına tabi olamayacaktır.⁴⁰³

Davacının üçüncü taraf finansmanından faydalandığı bir tahkim yargılamasında davalı bu bilgiyi öğrendikten sonra mesnetsiz şekilde hakemin reddi talebi veya yargılama giderleri için teminat gösterilmesi talebi gibi anlamsız iddialarla kasıtlı olarak yargılama sürecini uzatabilir. Bu uzatma sadece dava stratejisi anlamında olmayıp, davacının maddi kaynaklarının kısıtlı olduğu bilgisine haiz davalı, davacının finansman sayesinde faydalandığı kaynakları tüketirip davacıyı yargılamayı sürdüremez hale getirmeyi de pek tabii hedefleyebilecektir.⁴⁰⁴

Üçüncü taraf finansmanın tek ve evrensel bir tanımının olmaması belirsizlik ve gecikmeler yaratabilecektir. Zira her kurumsal tahkim merkezi farklı kapsamda ve türde üçüncü taraf finansman tanımı yapabilecektir. Üçüncü taraf finansmanına uygulanan zorunlu açıklama rejimleri geniş anlamda finansman türlerini kapsamayabileceğinden, finansman sağlanan taraf finansman ilişkisinin zorunlu açıklama kapsamına girip girmediğiyle ilgili iddialarda bulunabilecektir. Bu durum da tahkim sürecinin uzamasına neden olabilecektir.⁴⁰⁵

Ayrıca üçüncü taraf finansmanın doğası gereği zorunlu açıklamanın gereksiz olduğu da düşünülmektedir. Finansörler, yatırımlarından kazanç elde etmek istedikleri için tahkim yargılamasının beklenen getirisine ve kazanma olasılığına göre yatırım yapmaktadırlar. Davanın beklenen getirisini ve kazanma olasılığını hesaplayabilmek için finansörler davanın esasından icra edilebilirliğine kadar kapsamlı bir durum tespiti yapmaktadırlar.⁴⁰⁶ Haliyle bu durum tespiti, potansiyel hakem seçimleri ve kararın icra edilebilirliğini önemli derecede etkileyebilecek çıkar çatışması ihtimalinin araştırılmasını da kapsamaktadır. Bu sebeple finansörlerin gelirlerini maksimize etmek

⁴⁰³ Sarah E. Moseley, “**Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration**”, Texas Law Review, C. 97, S. 6, 2019, 1181-1203, s. 1194.

⁴⁰⁴ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 86.

⁴⁰⁵ Goeler, **Third Party Funding**, s. 284.

⁴⁰⁶ Tezin 2.5.4. numaralı bölümünde finansörlerin bu tespiti nasıl ve hangi kriterlere göre yaptıkları anlatılmıştır.

ve icra edilme engellerinden kaçınmak amacıyla kendi kendilerini regüle edecekleri ve çıkar çatışması yaratabilecek durumlara dikkat edecekleri düşünülmektedir.⁴⁰⁷ Üçüncü taraf finansmanının açıklanması zorunluluğunun olmaması gerektiğini düşünenler genellikle bu düşüncelerle karşı çıkmaktadırlar.

3.1.5. Açıklanmasının Zorunlu Olması Gerektiği Yönündeki Görüşler ve Açıklama Zorunluluğunun Kapsamı

Her ne kadar doktrinde bazı gerekçelerle üçüncü taraf finansmanın varlığını açıklama zorunluluğunun olmaması gerektiğini ifade eden görüşler olsa da doktrindeki çoğunluk görüşü açıklanma zorunluluğunun olması gerektiği yönündedir.⁴⁰⁸ Zira *Queen Mary School of International Arbitration* tarafından 2015 yılında yapılan uluslararası tahkimdeki gelişmeler ve yenilikler konulu çalışma kapsamındaki ankete katılanların %76'sı üçüncü taraf finansman kullanımının, %63 'ü de finansörün bilgilerinin bildirilmesinin zorunlu olmasının gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.⁴⁰⁹

Buradaki asıl tartışılan konu ise açıklama zorunluluğunun kapsamının ne olması gerektiği üzerinedir. Açıklama zorunluluğunun kapsamının; üçüncü taraf finansman anlaşmasının varlığı mı, finansörün kimliği mi yoksa finansman sözleşmesinin içeriği mi olacağı yönündeki tartışma güncelliğini korumaktadır.

Uygulamada finansörler sözleşme şartlarının açıklanmasını tercih etmemektedirler.⁴¹⁰ Nitekim *Queen Mary School of International Arbitration* tarafından 2015 yılında yapılan araştırmada katılımcıların %71 'i ise finansman anlaşmasının tamamının bildirim tabi tutulmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak bazı durumlarda çıkar çatışmasını belirleyebilmek için finansörün davadaki kontrol

⁴⁰⁷ Juan Antonio Cremades, "Adapting Disclosure Obligations to the Realities of Modern Third-Party Funding", BCDR International Arbitration Review, C. 6, S. 1, 2019, ss. 6-26, (Cremades, Disclosure), s. 25-26; Goeler, Third Party Funding, s. 292.

⁴⁰⁸ Kayalı, s. 98; Yeoh, s. 122; Marc J. Goldstein, "Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? – Thoughts About a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration", Transnational Dispute Management, C. 8, S. 4, 2011, s. 8; David Samuels, Third Party Funding: Avoiding the Pitfalls, <https://globalarbitrationreview.com/article/third-party-funding-avoiding-the-pitfalls>, Erişim Tarihi: 13.06.2022; Scherer, Disclosure, s. 96.

⁴⁰⁹ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary, University of London and White & Case, s. 48, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015 International Arbitration Survey.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015%20International%20Arbitration%20Survey.pdf), Erişim Tarihi: 11.06.2022.

⁴¹⁰ Nieuwveld/Sahani, s. 31.

yetkisinin derecesi önemli olabilmektedir. Bu da ancak sözleşme şartlarının incelenmesiyle ortaya çıkabilecektir.⁴¹¹ Üçüncü taraf finansmanının kullanıldığı tahkim yargılamalarında hakem heyetleri, şeffaflığı, tahkim yargılamasının bütünlüğünü korumak ve olası tarafsızlık kaygılarına engel olmak amacıyla çoğunlukla finansörlerin varlığının ve kimliğinin açıklanmasına karar vermektedir. Hakemler, davanın finansöre tamamen temlik edildiği veya davacının aleyhe yargılama giderlerini ödeyememe ihtimalinin bulunduğu istisnai durumlar dışında finansman sağlanan tarafın üzerinde gereksiz külfet oluşturacağı gerekçesiyle genellikle finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanmasına karar vermemektedirler.⁴¹²

EuroGas v. Slovak Republic ICSID tahkim yargılamasında hakem heyeti hakemlerin potansiyel çıkar çatışmalarını inceleyebilmek amacıyla üçüncü taraf finansörün varlığının ve kimliğinin açıklanmasına karar vermiştir.⁴¹³ *South American Silver Limited v. Bolivia* tahkim yargılamasında davalı, hakemlerin potansiyel çıkar çatışmalarını inceleyebilmesi, yargılamada asıl çıkarı olan tarafın tespit edilmesi ve davacının aleyhe yargılama giderlerini finansörün karşılayıp karşılamadığının tespit edilmesi amacıyla finansörün kimliğinin ve finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanması gerektiğini savunmuştur. Hakem heyeti, şeffaflık amacıyla finansörün kimliğinin açıklanmasına karar verirken finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanmasına gerek duymamıştır.⁴¹⁴ *Guaracachi ve Rurelec v. Bolivia* tahkim yargılamasında da hakem heyeti davalının, finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanması talebini reddetmiştir. Hakem heyeti kararında, finansörün kimliğinin hakemlerce bilindiğinin ve çıkar çatışmasının mevcut olmadığının tespiti için bunun yeterli olduğunu söylemiştir.⁴¹⁵

⁴¹¹ Scherer, **Disclosure**, s. 99.

⁴¹² Antonio Crivellaro, Lorenzo Melchionda, “**Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding**”, BCDR International Arbitration Review, Editör Nassib G. Ziade, C. 5, S. 2, 2018, ss. 281-306, s. 297-298.

⁴¹³ EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, **Geçici Tedbirlere İlişkin İlk Oturum ve Duruşma**, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6267.pdf>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

⁴¹⁴ South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, **Usule İlişkin 10 numaralı Karar**, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

⁴¹⁵ Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, **13 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 3, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1329.pdf>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

Görüldüğü üzere tahkim mahkemeleri genellikle çıkar çatışmasına ilişkin bir tespit yapabilmek için üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanmasının gerek olmadığına karar vermektedirler. Ancak üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriği, yargılama sonunda hükmedilebilecek aleyhe giderlerden finansörün sorumlu olup olmadığı⁴¹⁶ ve davanın temlik ediliş edilişinin tespitinde önemli olmaktadır. Davanın temlik edildiği açıkça belirtilmese bile, finansörün yargılama sonunda hak edilecek tutar üzerinden alacağı yüzde orantısızsa, örneğin %50'den fazla ise, ve finansör yargılama stratejisi üzerinde yüksek kontrol sahibiye, üçüncü taraf finansman sözleşmesi *de facto* olarak temlik sözleşmesi sayılabilecektir. Bu durum ancak finansman sözleşmesi incelendikten sonra tespit edilebilecektir. Bu durumda davalı, davanın asıl çıkar sahibinin davacı değil finansör olduğunu ve finansör ile herhangi bir tahkim anlaşması imzalanmadığından hakem heyetinin yetkisiz olduğunu savunabilecektir. Özellikle yatırım tahkiminde davalı devlet, hakem heyetinin hem konu bakımından hem de kişi bakımından yetkili olmadığını söyleyebilecektir. Zira bu iddiaya göre davacı finansör olacaktır ve finansör yabancı yatırımcı olmadığı⁴¹⁷ ve ev sahibi devlette herhangi bir yatırım yapmadığından uluslararası anlaşmaların koruma kapsamına girmeyecektir.⁴¹⁸

Nitekim benzer bir iddia *Teinver v. Argentina* ICSID tahkim yargılamasında ortaya atılmıştır. Yargılamada davacılar, Burford Capital isimli bir finansör ile üçüncü taraf finansman sözleşmesi imzalamışlardır. Davalı ev sahibi devlet Arjantin, finansman sözleşmesi nedeniyle gerçek davacının Burford olduğunu ve bu finansörün de ICSID Konvansiyonu ve İspanya-Arjantin ikili yatırım anlaşması uyarınca belirlenen kriterlere uymadığını zira Burford'un İspanyol bir yatırımcı olmadığını ve Arjantin'de herhangi bir yatırım yapmadığını, bu sebeple hakem heyetinin yetkisiz olduğunu savunmuştur. Hakem heyeti kararında, finansörün *de facto* olarak davayı temlik aldığı kabul edilse dahi, finansman sözleşmesinin tahkim başlatıldıktan sonra imzalandığını ve tahkim yetki durumunun başvuru tarihindeki duruma göre tespit edilmesi gerektiği ve sonrasında gerçekleşen durumların yetkiyi etkilemeyeceğinden

⁴¹⁶ Bu tespitin önemi yargılama giderlerinin belirlenmesi ve yargılama giderlerine teminat gösterilmesi tedbirine karar verilmesi aşamasında önemli olmaktadır. Tezimizin 3.4. numaralı bölümünde konu detaylı ele alınmıştır.

⁴¹⁷ ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesine göre kişi bakımından yetkinin sağlanabilmesi için, yatırım yapan tüzel kişinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan ve ev sahibi devlet dışında, başka bir devletin tabiiyetinde olması gereklidir., Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, (Erkan, **Yetki**), s. 226.; Yılmaz, **ICSID**, s. 90 vd.

⁴¹⁸ Crivellaro/Melchionda, s. 284, 299.

bahisle davalının bu talebini reddetmiştir.⁴¹⁹ Böylece heyet, üçüncü taraf finansman sözleşmesinin yatırım tahkiminde kişi bakımından ve konu bakımından yetkiye nasıl bir etkisi olduğunu tartışmamıştır.

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanmasını talep eden bir davalı bu talebini sağlam bir zemine oturtmalıdır. Davalı özellikle finansman sözleşmesinin içeriğinin, yargılama giderleri için teminat gösterilmesi tedbiri veya tahkim heyetinin kişi veya konu bakımından yetkisinin tespiti için önemli olduğunu göstermeli ve davacının maddi durumunun aleyhe yargılama giderlerini ödemeye yeterli olmadığına veya davanın finansöre temlik edildiğine ilişkin, ilk bakışta yeterli şüphe oluşturacak deliller sunabilmelidir. Bu iddiaların mesnetsiz bir şekilde ortaya atılması finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanması için yeterli değildir.⁴²⁰ Nitekim, bu durum daha önce IBA Delil İkamesi Kurallarının madde.3/3-(a), (b), (c) ve (d) bentlerinden bahsederken ifade edildiği üzere hakem heyetinin talebi dikkate alması için belirtilmesi gereken önemli unsurlardır.

Manuel García Armas and others v. Venezuela tahkim yargılamasında hakem heyeti, aleyhe yargılama giderleri için teminat gösterilmesi hakkında karar verebilmek için davacının üçüncü taraf finansman sözleşmesini ibraz etmesine karar vermiştir. Aynı zamanda hakem heyeti, sözleşmede yer alabilecek gizli bilgilerin ifşa olmaması için bu sözleşmenin davalı tarafa değil sadece kendisine ibraz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Davacı tarafından gizli bilgilerin sansürlenerek sunulduğu bu sözleşme, hakem heyeti tarafından incelendikten sonra davalı tarafa gönderilmiştir. Heyet, bu şekilde hareket ederek hem davacının gizli bilgilerini koruduğunu hem de aleyhe giderler bakımından risk yaratabilecek durumları tespit edebildiğini belirtmiştir.⁴²¹

⁴¹⁹ 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, **Yetkiye İlişkin Karar**, s. 59-60, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090.pdf>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

⁴²⁰ Aren Goldsmith, Lorenzo Melchionda, “Third-Party Funding: Toward the Development of and Incremental Methodology for Disclosure”, Paris Journal of International Arbitration, C. 2016, S. 1, 2016, (Goldsmith/Melchionda, **Disclosure**) s. 339-343.

⁴²¹ Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, **Yargılama Giderlerine İlişkin 9 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 3, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

Muhammet Çap v. Turkmenistan yargılamasında ise hakem heyeti davalının yargılama giderleri için teminat gösterilmesi talebini ve yargılamanın şeffaf olması gerektiğini gerekçe göstererek üçüncü taraf finansörün kimliğinin ve üçüncü taraf finansman sözleşmesinin şartlarının açıklanmasına karar vermiştir. Heyet, kararında finansman sözleşmesinin tamamının değil, yalnızca sözleşmedeki ilgili maddeler hakkında bilgi verilmesini istemiştir.⁴²² Heyetin sözleşmenin kendisinin değil de yalnızca gerekli olan ilgili maddelerin açıklanması kararı, doktrinde de destekçiler bulmuştur.⁴²³

Bir sonraki başlığımızda detaylıca inceleneceği üzere, tahkim kurallarına getirilen düzenlemeler genellikle kapsamlı gibi görünmese de üçüncü taraf finansmanının tanımlanması için gerekli özellikleri; finansman varlığı, finansörün ismi, ne zaman açıklanacağı, kime açıklanacağı gibi hususları barındırmaktadır. Bu bağlamda finansman açıklamasının yargılamanın tüm süjelerine mi yoksa yalnızca hakem heyetine mi gerçekleştirileceği konusu da bu kurallarda ifade edilmektedir. Bu açıklama bazen taraflar için bir zorunluluk iken bazen de hakem heyetinin takdirine bırakılmış bir konudur. Finansmanın tahkim yargılamasına etkilerinden finansör ve hakemler arasında çıkar çatışması olabileceği ve finansman varlığının yargılama giderlerine etkisi sorunu, finansmanın varlığının yalnızca hakem heyetine açıklanmasıyla çözülebilecektir. Zira nihai karar verici hakem heyetidir. Ancak bu durumda karşı tarafın bu sorunlara ilişkin iddialarını ve beyanlarını sunma imkânı kısıtlanmış olacak ve hukuki dinlenilme hakkının engellenmesi söz konusu olabilecektir.⁴²⁴

Bu sebeple kanaatimizce hakem heyeti, üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriğinin tahkim yargılaması bakımından önemli olduğuna kanaat getirirse, yalnızca gerekli gördüğü ilgili maddeler hakkında bilgi verilmesinin istenmesi, sözleşmenin tamamını incelemek ihtiyacı duyar ise de sözleşmenin önce sadece hakem heyetine gönderilmesi ve yalnızca heyetin ilgili gördüğü kısımların davalı tarafın erişimine açılması ve böyle bir erişimin olması halinde de gizliliğe ilişkin protokol düzenlenmesi hem üçüncü taraf finansmanın yargılamada sorun çıkarabileceği noktaların tespitini

⁴²² Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, **Usule İlişkin 3 Numaralı Karar**, s. 4, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

⁴²³ Crivellaro/Melchionda, s. 302.

⁴²⁴ Scherer, **Disclosure**, s. 99.

yapabilmek hem de finansman sağlanan taraf ve finansörün gizli bilgilerinin ifşa olmasını engelleyebilmek için en uygun yöntem olarak gözükmektedir.⁴²⁵

3.1.6. Finansmanın Varlığının Açıklanmasına İlişkin Düzenlemeler

3.1.6.1. İki veya Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin varlığını ve üçüncü taraf finansörün kimliğini açıklamanın zorunlu olması yönündeki kurumsal tahkim merkezi kurallarında artan eğilim, aynı zamanda uluslararası yatırım anlaşmalarında da kendine yer bulmuştur.⁴²⁶ Bu anlamda dikkate değer bir örnek olan Kanada ve Avrupa Birliği arasında imzalanan Kapsamlı Ekonomi ve Ticaret Anlaşması (*Comprehensive Economic and Trade Agreement-CETA*) üçüncü taraf finansmanın açıklanmasına ilişkin birtakım düzenlemeler içermektedir.

CETA'nın tanımlar başlıklı 8.1. maddesinde üçüncü taraf finansör *“uyuşmazlığın tarafı olmayan fakat uyuşmazlığın tarafı ile yargılamanın masraflarının bağış, karşılıksız ödünç veya yargılamanın sonucuna bağlı olarak ücret elde edecek şekilde, kısmen veya tamamen finansmanı konusunda bir anlaşması olan gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır.⁴²⁷ Üçüncü taraf finansmanı başlıklı 8.26. maddesinde *“Üçüncü taraf finansmanın kullanıldığı halde, finansmandan faydalanan taraf, üçüncü taraf finansörün kimliğini ve adresini diğer tarafa ve hakem heyetine açıklayacaktır. Açıklama, davanın açılması sırasında veya finansman anlaşmasının akdedilmesi, hibe veya bağışın yapılması davanın açılmasından sonra gerçekleşmiş ise anlaşma akdedildikten veya bağış ya da hibe verildikten sonra gecikmeksizin yapılır.”* denerek⁴²⁸ kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına çok benzer şekilde düzenlemeler getirilmiştir.

⁴²⁵ Doktrindeki üçüncü taraf finansmanın açıklanmasına ilişkin prosedür önerileri bakımından görüşlerin bir kolajı için ayrıca bkz. Osmanoğlu, s. 346-347.

⁴²⁶ Crivellaro/Melchionda, s. 296-297.

⁴²⁷ Comprehensive Economic and Trade Agreement Madde 8.1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)#d1e2899-23-1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)#d1e2899-23-1), Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴²⁸ Comprehensive Economic and Trade Agreement Madde 8.26, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)#d1e4721-23-1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)#d1e4721-23-1), Erişim Tarihi: 03.06.2022.

CETA'daki düzenlemeye çok benzer bir düzenleme Transatlantik Ticaret ve Yatırım Anlaşmasına⁴²⁹ eklenecek olan Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Avrupa Birliği Teklifi'nde de yer almaktadır.⁴³⁰ Ayrıca AB ve Vietnam ve AB ve Singapur arasında imzalanan ticaret ve yatırım anlaşmalarında da benzer yükümlülükler bulunmaktadır.⁴³¹ Yatırım anlaşmalarında bu eğilim artarak devam etmektedir.

3.1.6.2. Kurumsal Tahkim Merkezleri Tarafından Yapılan Düzenlemeler

Halihazırda üçüncü taraf finansmanın zorunlu olarak açıklanmasına ilişkin tüm tahkim merkezlerince genel kabul görmüş bir kural olmasa da üst başlıkta açıklandığı üzere hem doktrin hem de uygulamacıların tercihleri doğrultusunda kurumsal tahkim merkezleri üçüncü taraf finansmanın açıklanmasını zorunlu kılan düzenlemeleri hayata geçirme konusunda ciddi bir eğilim göstermektedirler.⁴³²

Bu eğilim doğrultusunda 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC 2021 Tahkim Kuralları değişiklikleri, üçüncü taraf finansmanına ilişkin yeni düzenlemeler getirmiştir. Kurumsal tahkim kurallarının altın standardı⁴³³ olarak gösterilen ICC, bu konuyu ilk olarak 2016 yılında kabul edilen Hakemler Tarafından Menfaat Çatışmalarının Açıklanmasına İlişkin Kılavuz Notu'nda ele almıştır. ICC bu notta, hakemlerin, açıklama yaparken uyuşmazlıkla doğrudan ekonomik ilişkisi olan veya bir tarafı tazmin etme yükümlülüğü bulunan herhangi bir kuruluşu da dikkate almaları

⁴²⁹ “Daha fazla küreselleşme, dünya ticaretinde var olan engellerin kaldırılması ve daha liberal ekonomik kurallar bağlamında ortaya çıkan Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Anlaşması (TTIP), Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) arasında olan ve müzakerelere 2013 Haziran ayında başlanmış olan kapsamlı bir serbest ticaret anlaşmasıdır.” Bkz. Namika Elif Küçük, Nurdan Aslan, “**Transatlantik Ticaret ve Yatırım Anlaşması'nın Tarihsel Süreci ve Türkiye'ye Etkileri**”, Beykoz Akademi Dergisi, C. 3, S. 1, 2015, ss. 99-118, s. 101.

⁴³⁰ TTIP, EU Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes Madde 8, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴³¹ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 104; Crivellaro/Melchionda, s. 296-297.

⁴³² John Beechey, “**The Pandora's Box of Third-Party Funding: Some Practical Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments**”, Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, C. 20, ICCA Congress Series, 2019, ss. 558-586, s. 573. ; Victoria Shannon Sahani, “**Global Laboratories of Third-Party Funding Regulation**”, AJIL Unbound, S. 34, 2021, ss. 34-39, (Sahani, **Funding Regulation**), s. 35.

⁴³³ Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Jacob Henze, **Third-Party Funding Finds its Place in the New ICC Rules**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/05/third-party-funding-finds-its-place-in-the-new-icc-rules/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

gerektiği belirtmiştir.⁴³⁴ Notta yer alan üçüncü taraf finansör tanımının, Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA Kılavuz İlkelerinin 7/a maddesinde mümkün olan en kısa sürede açıklanması belirtilen ve 6/b maddesinde tanımı yapılan üçüncü taraf finansör tanımıyla neredeyse birebir aynı olduğu gözükmemektedir.⁴³⁵

ICC'nin 2016 yılındaki bu yönelimiyle beraber gelmesi beklenen değişiklik, 2021 kurallarında Genel Hükümler başlıklı 11. Maddede kendine yer bulmuştur. Bu maddeye eklenen fıkra göre “*Müstakbel hakemlerin ve hakemlerin madde 11(2) ve 11(3) kapsamındaki görevlerini yerine getirmelerine yardımcı olmak için, taraflardan her biri, yargılamanın sonucundan ekonomik bir çıkarı bulunan ve iddia veya savunmalara ilişkin masrafların finansmanını üstlenen yargılamanın tarafı olmayan kişinin varlığını ve kimliğini; Sekreterliğe, hakem heyetine ve diğer taraflara derhal bildirmelidir.*” Madde metninden de anlaşılacağı üzere üçüncü taraf finansörün varlığını ve kimliğini açıklama zorunluluğu hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığını temin etmek amacıyla getirilmiştir.⁴³⁶

CIETAC Yatırım Tahkimi Kuralları'nın 27/2 maddesine göre “*Üçüncü taraf finansman sözleşmesi tamamlanır tamamlanmaz, finansman sağlanan taraf, üçüncü taraf finansmanın varlığını, üçüncü taraf finansman sözleşmesinin niteliğini ve üçüncü taraf finansörün kimliği ve adresini gecikme olmaksızın, yazılı olarak, diğer taraf ya da taraflara, hakem heyetine, IDSC veya davayı yöneten CIETAC Hong Kong Tahkim Merkezine bildirir. Hakem heyeti, üçüncü taraf finansman sözleşmesine ilişkin ilgili herhangi bir bilginin, finansmanı kabul eden tarafça açıklanmasını emretme yetkisine haizdir.*” Bu düzenlemeye uymamanın yaptırımı ise madde 27/3'te düzenlenmiştir. Buna göre hakem heyeti yargılama giderlerini belirlerken üçüncü taraf finansmanını ve 2. fıkradaki finansmandan faydalanan tarafın yükümlülüklerini yerine getirip

⁴³⁴ Aren Goldsmith, Lorenzo Melchionda, **The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction**, (Goldsmith/Melchionda, **ICC Guidance Note**) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴³⁵ Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri Madde 6/b: “....Bu bağlamda, 'üçüncü kişi finansör' ve 'sigortacı' ifadeleri, karara ilişkin olarak doğrudan ekonomik menfaate sahip ya da tahkimdeki tarafa karşı tazmin etme yükümlülüğü altında olan, davanın açılmasında veya savunmanın yapılmasında finansman veya diğer maddi destek sağlayan tüzel veya gerçek kişiyi ifade eder.”, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴³⁶ Nitekim maddede anılan ICC Tahkim Kurallarının 11/2 ve 11/3 fıkraları hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler getirmektedir.; Alvarez/Triadu/Vidal/Araluce, s. 32.

getirmediğini dikkate alacaktır.⁴³⁷ CIETAC, yayınladığı Uluslararası Tahkimde Üçüncü Taraf Finansmanına Yönelik Kılavuz İlkeleri'nde üçüncü taraf finansmanın varlığının açıklanması zorunluluğunun gerekçesi olarak hakemler ile finansörler arasındaki muhtemel çıkar çatışmalarını göstermiştir.⁴³⁸

SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları Madde 24/1-l ise *“Hakem heyeti, bir tarafın üçüncü taraf finansman anlaşmasının varlığını ve/veya üçüncü taraf finansörün kimliğini ve uygun olduğu yerde, üçüncü taraf finansörün yargılama sonucunda elde edeceği menfaati ve/veya üçüncü taraf finansörün aleyhe giderleri üstlenme yükümlülüğü olup olmadığının açıklanmasına karar verme yetkisine haizdir.”* şeklindeki düzenleme ile ICC ve CIETAC'den farklı olarak taraflara kendiliğinden açıklama yükümlülüğü vermek yerine hakemlerin bu konuda karar verme yetkisi olduğunu düzenlemiştir. SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları ayrıca 33. ve 35. maddelerinde de üçüncü taraf finansmanına yer vererek finansmanın varlığının yargılama giderlerini belirlemede ve aleyhe giderlerin hükmedilmesinde dikkate alınabileceğini düzenlemiştir.⁴³⁹

HKIAC Tahkimi Kuralları da 2018 yılında yaptığı değişiklikle üçüncü taraf finansmanın varlığının ve üçüncü taraf finansörün kimliğinin açıklanmasını zorunlu kılmıştır.⁴⁴⁰ HKIAC Tahkim Kurallarının Tahkim için Üçüncü Taraf Finansmanın Açıklanması başlıklı 44.1. Maddesi; *“44.1 Bir finansman anlaşması yapılırsa, finansman sağlanan taraf, diğer tüm tarafları, hakem heyetine, herhangi bir acil durum hakemine ve HKIAC'e; (a)Üçüncü taraf finansman anlaşmasının yapıldığını; (b)Üçüncü taraf finansörün kimliğini yazılı bir şekilde bildirecektir.”* Bildirimin usulü

⁴³⁷ CIETAC Yatırım Tahkimi Kuralları Madde 27/3: Hakem heyeti, tahkim masrafları ve diğer masraflara ilişkin bir karar verirken, üçüncü taraf finansmanın anlaşmasının varlığını ve taraf veya tarafların ikinci fıkradaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini dikkate alabilir.

⁴³⁸ CIETAC Guidelines for Third Party Funding in Arbitration, Madde 2.9 Çıkar Çatışması: Finansmandan faydalanan taraf, bu finansmandan kaynaklanan ve yürürlükteki yasalar ve kurallar uyarınca olası herhangi bir çıkar çatışması sorununa yol açabilecek herhangi bir durumu derhal hakem heyetine ve diğer tarafa açıklamalıdır. <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en> Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴³⁹ SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları Madde 33/1: *“...Hakem heyeti tahkim masraflarını paylaştırırken herhangi bir üçüncü taraf finansman anlaşmasını dikkate alabilir.”* ve Madde 35: *“...Heyet, kararında bir tarafın yasal veya diğer masraflarının tamamının veya bir kısmının başka bir tarafça ödenmesine karar verirken herhangi bir üçüncü taraf finansman anlaşmasını dikkate alabilir.”* Denilmiştir. Açıkçası yeterli bir açıklama içermemesi nedeniyle bu hükümler farklı yorum ve sonuçlara neden olabilecektir. Zira sürekli olarak vurgulandığı üzere tahkim anlaşması yalnızca taraflar hakkında hüküm kurmaya elverişlidir. Bu nedenle bu kuralların uygulamasının hangi temelde ve ne şekilde yapılacağı mer konusu olmaktadır.

⁴⁴⁰ HKIAC Tahkim Kuralları Madde 44.

ise 44.2. maddede belirtildiği üzere; “(a)Tahkim yargılaması başlangıcında veya başlangıcından önce yapılan üçüncü taraf finansman anlaşmaları bakımından, acil durum hakem atanması başvurusunda, Tahkim Bildiriminde, Tahkim Bildirimine Cevapta, Dava Arkadaşlığı Talebinde veya Dava Arkadaşlığı Talebine Cevapta; veya (b)Tahkim yargılaması başladıktan sonra yapılan üçüncü taraf finansman anlaşmaları bakımından, finansman anlaşması yapıldıktan sonra mümkün olan en kısa sürede.” şeklinde düzenlenmiştir. Madde 44.3’te ise meydana gelebilecek değişikliklerin dikkate alınabilmesi amacıyla “Finansman sağlanan herhangi bir taraf, ilk açıklamanın ardından madde 44.1’de atıfta bulunulan bilgilerde meydana gelen değişiklikleri açıklayacaktır.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.⁴⁴¹

1 Ocak 2020’de yürürlüğe giren CIAM Tahkim Kurallarının Tahkim Finansmanı başlıklı 23/1 maddesinde “Herhangi bir taraf üçüncü taraf finansmanından faydalanırsa, bu taraf, finansman sağlanır sağlanmaz, üçüncü taraf finansman sağlandığını ve finansörün kimliğini hakem heyetine, karşı tarafa ve Merkeze bildirmek zorundadır.” denilerek açıklama zorunluluğu getirilmiştir. CIAM ayrıca Tahkim Kurallarının 23/2 maddesinde “Hakem heyeti, gizlilik, mesleki sır veya avukat-müvekkil gizliliği kurallarına aykırı olmamak kaydıyla uygun gördüğü ölçüde, üçüncü taraf finansmanından faydalanan taraftan, finansman ve finansör hakkında herhangi bir bilgiyi açıklamasını isteyebilir.” şeklindeki düzenleme ile hakemlerin uygun düştüğü ölçüde finansman sözleşmesinin ilgili şartlarının da açıklanmasını isteyebileceklerini düzenlemiştir.⁴⁴² Bu haliyle düzenlemenin SIAC düzenlemesi ile benzer doğrultuda olduğu söylenebilecektir.

1 Kasım 2021’de yürürlüğe giren 2021 Delos Tahkim Kuralları⁴⁴³ da üçüncü taraf finansmanın açıklanmasına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu kuralların 7/2 maddesine göre “Müstakbel hakemlerin ve hakemlerin, açıklama görevlerini yerine getirmelerini sağlayabilmek amacıyla, yasal temsilciler, iddia veya savunmalara ilişkin masrafların finansmanını üstlenmek üzere anlaşma yapan yargılamanın tarafı

⁴⁴¹ Caroline Overgaard, Johan Tufte-Kristensen, “Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration”, Nordic Journal of Commercial Law, C. 2020 S. 2, 2020, s. 8.

⁴⁴² Düzenleme içib bkz. <https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/09/Arbitration-rules-EN.pdf> Erişim Tarihi: 12.06.2022.

⁴⁴³ Metin için bkz. <https://delosdr.org/rules/> Erişim Tarihi: 03.06.2022.

*olmayan talimat aldıkları kişinin kimliğini beyan edecektir.”*⁴⁴⁴ Açıkçası bu düzenlemede bulunan talimat kelimesinin (*instructions*) madde metninde olmamasının daha anlamlı olacağı kanaatindeyiz. Zira bu kelime, finansör ile finansman sağlanan arasındaki ilişki bilinmeden anlamlı bir şekilde kullanılamayacaktır. Öte yandan kelime sanki finansörün davayı tamamıyla yönettiği manasına gelmekte olup, üçüncü taraf finansman anlaşmasının temelinde böyle bir çalışma prensibi bulunmadığı tüm kaynak ve yazında açıkça ifade edilmektedir. Nitekim aksi durum dava satın alma yasağını (*Maintenance and Champerty*) gündeme getirebilecektir.

1 Temmuz 2021’de yürürlüğe giren 2021 VIAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları da benzer şekilde üçüncü taraf finansmanın açıklamasına ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Bu kurallarda da üçüncü taraf finansmanın tanımının⁴⁴⁵ yapılmasının yanında üçüncü taraf finansmanın varlığı ve finansörün kimliğini açıklama zorunluluğu⁴⁴⁶ öngörülmüştür.⁴⁴⁷

1 Ağustos 2021’de yürürlüğe giren 2021 AIAC Tahkim Kurallarının madde 13/5-e⁴⁴⁸ göre “*Tahkim yargılamasını sürdürürken, hakem heyeti, üçüncü taraf finansörün yargılama sonunda sağlayacağı ekonomik çıkarı da dahil olmak üzere üçüncü taraf finansman anlaşmalarının varlığına ilişkin gerekli araştırmalar yapmak ve taraflara bu türdeki anlaşmalar ve bu anlaşmalarda meydana gelen değişiklikler hakkında açıklama yaptırma yetkisine haizdir.*” Görüldüğü üzere diğer tahkim merkezlerinden farklı olarak ve SIAC Yatırım Tahkimi Kurallarına ve CIAM tahkim kurallarına benzer olarak AIAC Tahkim Kuralları, taraflara üçüncü taraf finansmanın

⁴⁴⁴ Rebecca Zard, Marina Mayer, **Nudging Better Arbitrations? An Introduction to the Revised 2021 Delos Rules of Arbitration**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/02/25/nudging-better-arbitrations-an-introduction-to-the-revised-2021-delos-rules-of-arbitration/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁴⁵ VIAC 2021 Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları Madde 6/1.9: Üçüncü taraf finansmanı, yargılamanın tarafı veya tarafların temsilcilerinden olmayan gerçek veya tüzel kişinin, dolaylı veya dolaysız olarak, masrafların bir kısmını veya tamamını, bağış ya da hibe ya da kısmen veya tamamen davanın sonucuna bağlı olarak ödenen ücret veya bedel karşılığında yargılamanın finansmanı sağlaması veya başka türlü maddi destek sağlaması konusunda tarafların anlaşmasıdır.

⁴⁴⁶ VIAC 2021 Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları Madde 13a/1: Taraflar, herhangi bir üçüncü taraf finansmanın varlığını ve üçüncü taraf finansörün kimliğini, dava veya cevap dilekçesinde veya üçüncü taraf finansman anlaşmasının imzalanmasından hemen sonra açıklayacaktır.

⁴⁴⁷ Johanna Kathan-Spath, Alice Fremuth-Wolf, **VIAC Rules Revision 2021 Part I: Revised Vienna Rules Enter into Force on 1 July 2021**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/01/viac-rules-revision-2021-part-i-revised-vienna-rules-enter-into-force-on-1-july-2021/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁴⁸ AIAC Tahkim Kuralları Madde 13/5, Düzenleme için bkz. <https://www.aiac.world/wp-content/arbitration/Arbitration-Rules.pdf> Erişim Tarihi: 03.06.2022.

varlığını ve finansörün kimliğini açıklama zorunluluğu öngörmek yerine hakem heyetine tarafların bu hususları açıklaması konusunda karar verme yetkisi tanımıştır.

Benzer şekilde 1 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe giren AAA-ICDR Tahkim Kurallarında da taraflara açıklama zorunluluğu getirmek yerine hakem heyetine bu konuda karar verme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralların 14/7 maddesinde hakem heyetinin, taraflardan birinin talebi üzerine veya resen, üçüncü taraf finansmanın varlığının ve üçüncü taraf finansörün kimliğinin ve finansörün yargılamadaki çıkarının niteliğinin açıklanmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.⁴⁴⁹ Aynı şekilde SIAC Yatırım Tahkimi Kurallarına, CIAM Tahkim Kurallarına ve AIAC Tahkim Kurallarına benzer şekilde düzenlendiği ifade edilebilecektir.

CAM-CCBC Tahkim Kurallarında üçüncü taraf finansmanın açıklanmasına ilişkin bir kural bulunmasa da CAM-CCBC tarafından 2016 yılında kabul edilen 18 numaralı İdari Çözümün 4. maddesinde olası çıkar çatışmalarını önleyebilmek için üçüncü taraf finansmanın varlığının ve üçüncü taraf finansörün kimliğinin mümkün olan en kısa sürede açıklanmasını tavsiye etmektedir. CAM-CCBC’de diğer kurumsal tahkim merkezlerinden farklı olarak açıklamanın hakem heyetine veya taraflara değil, CAM-CCBC’ye yapılması ve akabinde CAM-CCBC’nin bu bilgiyi hakemlere ve karşı tarafa ileteceği öngörülmüştür.⁴⁵⁰

3.1.6.3. Özel Olarak ICSID ve UNCITRAL Düzenlemeleri

ICSID ve UNCITRAL düzenlemelerinin ayrı başlıkta incelenmek istenmesinin nedeni ICSID değişikliğinin içeriği ve konvansiyona üye ülkelerin fikri katılımı bakımından neredeyse en kapsamlı düzenleme olmasıdır. Buna mukabil UNCITRAL Model Kanunu neredeyse bütün tahkim düzenlemelerine kaynak teşkil etmekte

⁴⁴⁹ AAA-ICDR Tahkim Kuralları Madde 14/7, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁵⁰ Carlos Forbes, Patricia Shiguemi Kobayashi, Louise Antunes Gonçalves, **CAM-CCBC**, <https://globalarbitrationreview.com/review/the-arbitration-review-of-the-americas/2018/article/cam-ccbc>, Erişim Tarihi: 03.06.2022; CAM-CCBC, **İdari Çözüm 18/2016**, <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

olduğundan UNCITRAL’de yapılan düzenlemenin de vurgulanması kanaatimizce önemlidir.

ICSID Tahkim Kurallarını modernleştirmeyi, basitleştirmeyi ve teknolojiyen faydalanarak çevresel zararı en aza indirmeyi hedefleyen dördüncü ve bugüne kadarki en kapsamlı değişiklik tasarısı, 5 yıl süren kapsamlı bir çalışma ve 6 adet çalışma belgesi (*working paper*) sonrası 20 Ocak 2022’de Yönetim Konseyi’ne sunulmuş ve taraf devletlerin çoğunluğu tarafından 21 Mart 2022 tarihinde onaylanmıştır. 1 Temmuz 2022 tarihinde yürürlüğe giren bu kural değişiklikleri üçüncü taraf finansmanı ve yargılama giderleri için teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemeler de öngörmektedir.⁴⁵¹

2018’de yayınlanan çalışma belgesinde⁴⁵² ilk önerilen değişikliklerin üçüncü taraf finansmanın açıklanması başlıklı 21. maddesinde üçüncü taraf finansmanın tanımı “*uyuşmazlığın tarafı olmayan gerçek veya tüzel kişi (“üçüncü taraf finansör”) tarafından davanın takibi veya savunmasına destek sağlamak amacıyla finansman veya diğer maddi desteğin uyuşmazlığın bir tarafına, tarafın iştirakine veya tarafı temsil eden hukuk bürosuna sağlanmasıdır.*” şeklinde yapılmıştır. Üçüncü taraf finansmanına ilişkin düzenlemeler ayrıca 4 ve 6 numaralı çalışma belgelerinde de tartışılmıştır. Nihai olarak kabul edilen düzenlemede taraflara üçüncü taraf finansmanının varlığını ve finansörün kimliğini açıklama zorunluluğu getirilmiştir. Madde gerekçesinde üçüncü taraf finansmanın son yıllarda giderek artan popülerliğinden, diğer finansman türleriyle farkından, çeşitli tahkim kuralları ve doktrinde yapılan üçüncü taraf finansman tanımlarından bahsedilmiş ve hakemler ile olası çıkar çatışmalarını önlemek için finansmanın varlığını açıklama zorunluluğunun getirildiği belirtilmiştir.⁴⁵³

Üçüncü taraf finansmanının açıklanmasına ilişkin öne sürülen bu düzenleme önerisi üye devletler tarafından şeffaflığı sağladığı gerekçesiyle yerinde görülmüştür.

⁴⁵¹ ICSID Rules and Regulations Amendment, <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>, Erişim Tarihi: 05.05.2022; Maria Jose, **ICSID Reform: Balancing the Scales?**, Kluwer Blog, (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/28/icsidreform-balancing-the-scales/>) Erişim Tarihi: 12.06.2022.

⁴⁵² <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁵³ Proposals for Amendment of the ICSID Rules - Working Paper, s. 130-139, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

Ancak aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bazı devletler hakemler tarafından üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriğinin veya sözleşmedeki masraflardan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin açıklanmasına karar verilebileceğinin de düzenlemeye eklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Devletler bu yöndeki taleplerinin gerekçesi olarak aleyhe yargılama giderlerini ödememe riski bulunan davacıların tespit edilebilmesi ve teminat göstermesi tedbirinin uygulanmasını göstermiştir. Nitekim öneriler içerisinde sadece üçüncü taraf finansman sözleşmesinin içeriğinin açıklanmasına ilişkin değil, hakemlerin yargılama giderleri için teminat gösterilmesi tedbirine karar verirken üçüncü taraf finansman sözleşmesini dikkate alacağının düzenlenmesini söyleyen görüşler de mevcuttur.⁴⁵⁴

Devletlerin, akademisyenlerin ve uygulamacıların çeşitli önerileri ve bu önerilerinin tartışılması sonucunda 12 Kasım 2021'de altıncı çalışma belgesi ile nihai yasa tasarısı ortaya çıkmıştır. Buna göre üçüncü taraf finansmanın bildirilmesi(*notice of third-party funding*) başlıklı 14. maddede üçüncü taraf finansmanı “*Tarafın, davanın takibi veya savunması için, doğrudan veya dolaylı olarak, bağış veya hibe yoluyla, yargılamanın sonucuna bağlı olarak bir ücret karşılığında, yargılamaya taraf olmayan bir kişiden finansman alması*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bazı diğer kurumsal tahkim kurallarına göre daha kapsayıcı bir tanım tercih edilmiştir. Bu sayede sözleşmenin üçüncü taraf finansman sözleşmesi kapsamına girip girmediğine ilişkin tartışmaları azaltmak amaçlanmıştır.⁴⁵⁵

Tanımın yapıldığı 14.1. maddede üçüncü taraf finansörün adının ve adresinin yazılı olarak Sekreteryaya bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca eğer üçüncü taraf finansör bir tüzel kişilik ise bu tüzel kişiye sahip olan ve kontrol eden kişilerin ve kurumların adının da bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Devletler tarafından önerilen bu hüküm beşinci çalışma belgesinde Sekreteryaya tarafından reddedilse⁴⁵⁶ de bu değişiklik altıncı çalışma belgesinde üçüncü taraf finansörün kimliğine ilişkin

⁴⁵⁴ Compendium of State and Public Comments on Working Paper 3, s. 17-23, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_Comment_Compendium.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁵⁵ Alberto Favro, **New ICSID Arbitration Rules: A Further Step in the Regulation of Third-Party Funding**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/03/new-icsid-arbitration-rules-a-further-step-in-the-regulation-of-third-party-funding/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁵⁶ Proposals for Amendment of the ICSID Rules - Working Paper 5, s. 278-279, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

şeffaflık sağlamak ve finansörü kontrol eden hak sahibini tespit ederek hakemlerin olası çıkar çatışması tespiti yapabilmesini kolaylaştırmak amacıyla eklenmiştir. Doktrinde, üçüncü taraf finansmandan faydalanan, yargılamanın tarafı olan şirketin pay sahiplerinin açıklanma zorunluluğu yokken üçüncü taraf finansörlere böyle bir zorunluluk getirilmesi eleştirilmiştir.⁴⁵⁷

14.2. maddede bildirimin, tahkime başvuru sırasında yapılacağı veya üçüncü taraf finansman anlaşması tahkime başvurudan sonra gerçekleşti ise finansman anlaşmasının akdedilmesinden hemen sonra yapılacağı ve yapılan bildirimde meydana gelebilecek değişikliklerin de Sekreteryaya hemen bildirileceği düzenlenmiştir. Kuralların 14.3. maddesinde Sekreteryanın, bu bildirim taraflara ve hakemlere ileteceği düzenlenmiştir. 14.4. maddesinde ise üye devletlerin önerileri göz önüne alınarak madde 36.3'te düzenlenen hakemlerin taraflardan delil ve belge isteme yetkisine dayanarak hakemler, üçüncü taraf finansman sözleşmesine ve üçüncü taraf finansöre ilişkin daha fazla bilgi talep edebilir denilerek hakemlerin bu konuda yetkisi olduğu özellikle düzenlenmiştir.⁴⁵⁸

Bu düzenleme finansman sağlanan tarafın mali olarak zayıf durumda olacağı ve aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyemeyeceği varsayımı ile üye devletler tarafından talep edilmiştir. Bu varsayım üzerinden ilerlenirse ve üçüncü taraf finansman sözleşmesinde üçüncü taraf finansörün yargılama sonunda hükmedilebilecek aleyhe giderlerden sorumlu olmadığı düzenlenmiş ise davalının tüm giderlerinin kendi üstüne kalması riski yüksek olacaktır. Bu nedenle üçüncü taraf finansman sözleşmesinde belirlenen finansörün yükümlülüklerinin kapsamının incelenmesi, özellikle yargılama giderleri için teminat gösterilmesi tedbirinin uygulanması bakımından finansmandan faydalanmayan tarafın korunması için mantıklı görülmektedir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Maria Victoria Gomez, **Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁵⁸ Yılmaz, **ICSID Değişiklik Önerisi** s. 484-485; Proposals for Amendment of the ICSID Rules, s. 33-34, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/amended_rules_en.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁵⁹ Alberto Favro, **New ICSID Arbitration Rules: A Further Step in the Regulation of Third-Party Funding**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/03/new-icsid-arbitration-rules-a-further-step-in-the-regulation-of-third-party-funding/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

UNCITRAL, tahkim kuralları uygulamasında karşılaşılan üçüncü taraf finansmanı ile ilgili çeşitli sorunlara çözüm getirmek amacıyla yatırım tahkimi kurallarında üçüncü taraf finansmanına ilişkin reform çalışmaları yapmaktadır.⁴⁶⁰ Bu kapsamda UNCITRAL III. Çalışma Grubu, Üçüncü Taraf Finansmanı Düzenlemesine İlişkin İlk Taslak'ı yayınlamıştır.⁴⁶¹ Taslakta, üçüncü taraf finansmanın yarattığı sorunların çözümüne ilişkin çeşitli düzenleme modelleri ele alınmıştır. “Yasaklama” modeli yatırım tahkiminde üçüncü taraf finansmanın yasaklanmasını öngörmektedir. “Kısıtlama” modeli ise üçüncü taraf finansmanını yasaklamamakla beraber kullanımına çeşitli sınırlamalar getirmektedir. Bu model altında 3 ayrı model olarak sunulmuştur. “Adalet Erişim Modeli” yalnızca davacının başka türlü tahkim başlatma imkânı olmadığı hallerde üçüncü taraf finansmanına izin vermektedir. “Sürdürülebilir Kalkınma Modeli”ne göre yatırımcı ancak yaptığı yatırım ev sahibi devletin belirlediği sürdürülebilir kalkınma planı şartlarını uygun ise üçüncü taraf finansmanından faydalanabilecektir. “Sınırlı Liste Modeli”ne göre ise finansörün aşırı yararlanması gibi bazı istisnai haller dışında üçüncü taraf finansmanına izin verilecektir.⁴⁶²

Taslakta yer alan üçüncü taraf finansmanın açıklanma zorunluluğuna ilişkin tasarı düzenlemeler ise diğer kurumsal tahkim merkezlerine göre çok daha katı ve kapsayıcıdır. Yasa tasarısına göre üçüncü taraf finansmandan faydalanan taraf, finansörün adını ve adresini, finansörün adına karar verme yetkisine haiz veya finansör şirkette nihai hak sahibi gerçek veya tüzel kişilerin adını ve adresini ve finansman sözleşmesinin hükümlerini diğer taraflara ve hakem heyetine açıklamak zorundadır.⁴⁶³ Ayrıca bu zorunlulukların yanında hakem heyetinin, finansörün aleyhe giderlerden

⁴⁶⁰ <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁶¹ Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Draft Provisions on Third-Party Funding, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/210506_tpf_initial_draft_for_comments.docx, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁶² Herbert Smith Freehills, **UNCITRAL Publishes Initial Draft on The Regulation of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement**, <https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2021/05/20/uncitral-publishes-initial-draft-on-the-regulation-of-third-party-funding-in-investor-state-dispute-settlement/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022; Tilbe Birengel, **Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanına Dair Düzenlemeler – Bölüm 1, (Birengel, Düzenlemeler)**, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/yatirim-tahkiminde-ucuncu-kisi-finansmanina-dair-duzenlemeler-bolum-i>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁶³ UNCITRAL Üçüncü Taraf Finansmanına İlişkin Taslak Düzenleme m. 7/1: Finanse edilen taraf hakem heyetine ve uyuşmazlığın diğer taraflarına aşağıdaki bilgileri açıklayacaktır:

- (a) üçüncü taraf finansörün adı ve adresi;
- (b) üçüncü taraf finansörün nihai hak sahibinin veya finansör adına karar verme yetkisine sahip herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin adı ve adresi; ve
- (c) finansman sözleşmesi veya hükümleri.

sorumlu olup olmadığını, finansörün yatırımından beklediği getiri miktarını, finansörün yargılama üzerindeki kontrol ve etki düzeyini gösterir haklarını, finansörün finansman sözleşmesini feshetme yetkisini gösterir haklarını, finansörün davalı devlete karşı finansman sağladığı tahkim davasının sayısı, varsa finansör ile finansman sağlanan tarafın yasal temsilcisi arasında imzalanmış sözleşmeyi veya uygun gördüğü herhangi bir bilgiyi finansman sağlanan tarafın açıklamasına karar verme yetkisine haiz olduğu düzenlenmiştir.⁴⁶⁴ Bu yükümlülöklere uymamanın yaptırımı olarak ise hakem heyetinin yargılamayı askıya alabileceğı veya sona erdirebileceğı, yargılama giderlerini paylaştırırken bu durumu göz önüne alabileceğı veya uygun gördüğü herhangi bir tedbiri uygulayabileceğı düzenlenmiştir.⁴⁶⁵

Tasarı, bu haliyle uygulamacılar tarafından eleştirilere maruz kalmıştır. ILFA, (*International Legal Finance Association*-Uluslararası Yasal Finansman Birliğı) tarafından yayınlanan tasarıya ilişkin yorumda,⁴⁶⁶ bugüne değin gelen uygulamada bu denli endişe yaratacak bir durumun olmadığı kapsamlı tahkim kararlarına atıflar yapılarak ifade edilmiştir. ABA (*American Bar Association*-Amerikan Barolar Birliğı) da yayınladığı yorumda,⁴⁶⁷ üçüncü taraf finansmanın adalete erişim tesis ettiğini belirterek ILFA ile aynı yönde yorumlarda bulunmuştur.⁴⁶⁸ Yorumlarda Kanada ve

⁴⁶⁴ UNCITRAL Üçüncü Taraf Finansmanına İlişkin Taslak Düzenleme m. 7/2: 1. fıkrada sayılanlara ek olarak, hakem heyeti, finansman sağlanan tarafın aşağıdaki bilgileri açıklamasını isteyebilir:

- (a) üçüncü taraf finansörün aleyhe hükmedilen yargılama giderlerini karşılamayı kabul edip etmediğini;
- (b) üçüncü taraf finansörün beklediğı getiri tutarını;
- (c) üçüncü taraf finansörün, talebi ve yargılamayı kontrol veya yönetimine etkisine ve finansman sözleşmesini feshetmesine ilişkin hakları;
- (d) üçüncü taraf finansörün finansman sağladığı davalı devlet aleyhindeki davaların sayısı;
- (e) üçüncü taraf finansör ile finansman sağlanan tarafı temsil eden yasal danışman veya hukuk bürosu arasındaki herhangi bir anlaşma;ve
- (f) hakem heyeti tarafından gerekli görölen diğer bilgiler.

⁴⁶⁵ UNCITRAL Üçüncü Taraf Finansmanına İlişkin Taslak Düzenleme m. 7/5: Finansman sağlanan taraf, bu hükümdeki yükümlölöklere uymazsa hakem heyeti aşağıdaki önlemleri alabilir;

- (a) yargılamayı askıya almak veya sona erdirmek;
- (b) yargılama masraflarına ilişkin karar verirken bu gerçeğı dikkate almak; ya da
- (c) diğer uygun önlemleri almak.

⁴⁶⁶ ILFA Comments on UNCITRAL Working Group TPF Reform Proposals, https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/61088589e63c5979a9f22599_ILFA%20comments%20UNCITRAL%20WG%20III%20TPF%20Reform%20Proposals%20FINAL.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁶⁷ ABA-ILS Comments on UNCITRAL Working Group III Draft Provisions on Third-Party Funding, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/international_law/blanket-authorities/aba-ils-comments-on-uncitral-working-group-iii-draft-provisions-on-third-party-funding.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁶⁸ Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Maria Victoria Gomez, **Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

Avrupa Birliği ve Üye Devletleri de finansman sözleşmesinin açıklanmasının kendiliğinden zorunlu olmaması gerektiği, sadece taraflardan birinin gerekçelerini bildirerek bir kötüye kullanım olduğu iddiasında bulunması üzerine açıklama zorunluluğunun bulunması gerektiğini belirtmişlerdir. Taslak md.7.1-(c)'de belirtilen sözleşme içeriğinin, “doğrudan bildirme zorunluluğu” içerisinde kabul edilmeyip, doğrudan bildirme zorunluluğu kapsamına alınmak yerine bu bende ikinci fıkrada yer verilerek hakem kararı neticesinde bildirme zorunluluğunun doğması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁴⁶⁹ Ayrıca Singapur, İsviçre ve Birleşik Krallık da aynı yönde görüş bildirmiştir.⁴⁷⁰ Kuruluşların ve devletlerin aynı yönde görüş bildirmesi kanaatimizce tasarının olması gerekenden daha katı olduğunu ispatlar niteliktedir.

3.1.6.4. Ulusal Düzenlemelerin Öncüleri: Singapur ve Hong Kong

Uluslararası kurumsal tahkim merkezleri tahkim kurallarında olası çıkar çatışmalarının önüne geçebilmek amacıyla üçüncü taraf finansmanın açıklanmasına ilişkin kurallar düzenlerken ulusal yargı alanlarının çok azında bu şekilde bir düzenleme mevcut olduğu görülmektedir. Bu anlamda Singapur ve Hong Kong'taki düzenlemelerden bahsetmenin, bu konuda düzenleme yapan ülkelerin başında gelen ülkeler olması sebebiyle faydalı olacağı kanaatindeyiz.⁴⁷¹

Bu bağlamda Singapur, ilk başta 2017 yılında getirdiği bir değişiklik ile üçüncü taraf finansmanın yasal olduğunu düzenlemiştir.⁴⁷² Akabinde Hukuk Mesleği Mesleki Etik Kurallarına yapılan bir değişiklik⁴⁷³ hukukçulara üçüncü taraf finansman sözleşmesinin varlığı ve yargılama masraflarını karşılayan üçüncü taraf finansörün

⁴⁶⁹ European Union and Its Member States Comments on UNCITRAL Working Group III Draft Provisions on Third-Party Funding, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_comments_tpf_1.pdf#page=9&zoom=100,0,0 Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁷⁰ UNCITRAL Working Group III Initial Draft on the regulation of third-party funding Compilation of comments, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_comments_tpf_1.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

⁴⁷¹ Cutrona, s. 54.

⁴⁷² Civil Law (Amendment) Act 2017 Madde 5/b-2: Üçüncü taraf bir finansörün herhangi bir tarafın bir uyuşmazlığın masraflarının tamamının veya bir kısmının karşılayacağını düzenleyen bir sözleşme, kamu düzenine veya *maintenance* veya *champerty* kurallarına aykırı değildir., <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224&ProvIds=pr2->, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁷³ Legal Profession (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017 Madde 49A, <https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S69-2017/Published/20170224170000?DocDate=20170224170000>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

kimliğini ve adresini, mahkemeye, hakem heyetine ve yargılamanın diğer taraflarına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bildirimin, üçüncü taraf finansman sözleşmesinin yargılama başlamadan önce imzalanması halinde uyuşmazlık yargılamasının başlangıcında, sözleşmenin yargılama başladıktan sonra imzalanması halinde mümkün olan en kısa sürede yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁷⁴

Hong Kong da Singapur gibi üçüncü taraf finansmanını yasal bağlamda düzenleyen ilk ülkelerden olmuştur.⁴⁷⁵ Hong Kong'daki bu yasada tıpkı Singapur gibi öncelikle üçüncü taraf finansmanın yasal olduğu düzenlenmiş⁴⁷⁶ ve üçüncü taraf finansmandan faydalanan tarafın, üçüncü taraf finansman anlaşmasının varlığını ve üçüncü taraf finansörün kimliğini tahkim kurumuna ve tüm taraflara açıklamak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca yasada üçüncü taraf finansman sözleşmesi yargılama başlamadan önce imzalanmışsa tahkim yargılamasının başlangıcında, yargılama başladıktan sonra imzalanmış ise 15 gün içinde bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁷⁷

3.2. Gizlilik

3.2.1. Tahkim Yargılamasında Gizlilik

Devlet mahkemelerinde görülen davalar, tarafların ticari sırları⁴⁷⁸ ve gizli belgelerinin aleniyet kazanmasına sebep olabilmektedir. Zira kural olarak devlet mahkemelerinde yargılama aleni yapılır. Yargılamanın gizli yapılması durumunda dahi mahkeme evraklarının herkesin erişimine açık olması ve mahkeme kararlarının

⁴⁷⁴ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 102.

⁴⁷⁵ Sapna Jhangiani, Rupert Coldwell, **Third-Party Funding in International Arbitration in Singapore and Hong Kong – A Race to the Top?**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁷⁶ Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, **Divison 3- Third Party Funding of Arbitration Not Prohibited by Particular Common Law Offences or Tort**, <https://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁷⁷ Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, Madde 98T. Disclosure about third party funding of arbitration, <https://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

⁴⁷⁸ Yargıtay'ın bir kararında ticari sır şu şekilde tanımlanmıştır: “Ticari sır; gerçek ya da tüzel kişi tacire, rakiplerine karşı ekonomik anlamda menfaat sağlayan, sır olarak saklanan ve gizli kalması için gerekli önlemlerin sahibi tarafından alındığı bilgi olarak tanımlanır. Yine haksız rekabet ilkeleri de göz önünde bulundurularak bir başka tanım olarak ticari sır; “Tacirin ticari faaliyetleri esnasında kullandığı, aynı olanağa sahip olmayan veya kullanamayan rakiplerine karşı kendisi için avantaj teşkil eden herhangi bir formül, düzen, model vs. toplam bilgiler şeklinde” tanımlanabilir.” (Yargıtay 23. HD, E. 2016/6958, K. 2019/4349, T. 21.10.2019).

yayımlanabilmesi, tarafların gizli kalmasını istedikleri bilgi ve belgelerinin aleniyet kazanmasına sebep olabilecektir. Özellikle ticari hayatta tarafların ticari sırları, hatta bir uyuşmazlığa taraf olup olmadığı bilgisi dahi ticari kaygılar nedeniyle büyük önem arz etmekte ve taraflarca gizli tutulmak istenmektedir.⁴⁷⁹

Uluslararası tahkimin tercih edilmesinin en büyük sebeplerinden birisi de duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olması ve hakem kararlarının kural olarak yayımlanmaması gibi yargılamadaki gizlilik unsurlarının devlet mahkemelerine kıyasla çok daha ön planda olmasıdır. Bu ilkenin birkaç istisnası olmasına karşın, tahkim sürecinde elde edilen bilgi ve belgeler gizlidir ve ifşa edilemezler.⁴⁸⁰ Yatırım tahkiminde ise taraflardan birisi devlet olduğundan ve verilen kararların devlet vatandaşlarının menfaatlerini doğrudan etkileyeceğinden kamu yararı ve gizlilik prensibi arasında bir denge kurularak gizlilik unsuru ticari tahkime kıyasla daha az ön plandadır.⁴⁸¹

Kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında tahkimde gizliliğe ilişkin yeknesak bir anlayış olmasa da çoğunlukla gizliliğe ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örnek olarak Londra Uluslararası Tahkim Merkezinin Tahkim Kuralları 30. Maddesinde,⁴⁸² Avustralya Uluslararası Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarının 26. Maddesinde,⁴⁸³ Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim Kurallarının 75-78 maddelerinde,⁴⁸⁴ Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezinin Kurallarının 45. Maddesinde,⁴⁸⁵ ve Spor Tahkim Mahkemesinin Kurallarının 43. maddesinde tarafların gizlilik yükümlülüğü düzenlenmiştir.⁴⁸⁶ ICSID tahkiminde ise tarafların genel olarak gizlilik yükümlülüğü düzenlenmeyerek yargılamanın gizliliği ve şeffaflığı arasındaki denge taraflara

⁴⁷⁹ Candan Yasan, “**Milletlerarası Tahkimde Gizlilik**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, C. 8, S. 1, 2011, ss. 749-776, s. 779.

⁴⁸⁰ Caroline Dos Santos, “**Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: a Wolf in Sheep’s Clothing?**”, ASA Bulletin, Editör Matthias Scherer, C. 35, S. 4, 2017, ss. 918-936, s. 922.

⁴⁸¹ Yasan, s. 780.

⁴⁸² https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2030, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

⁴⁸³ https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

⁴⁸⁴ <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#conf2>, Erişim Tarihi: 09.06.2022

⁴⁸⁵ <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#45>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

⁴⁸⁶ <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

bırakılmıştır.⁴⁸⁷ Nitekim ICSID hakem kararları, usul kararları, tanık beyanları ve hatta duruşma tutanakları yayınlanmaktadır.⁴⁸⁸

3.2.2. Tahkim Yargılamasında Gizliliğin Kapsamı

Tahkim yargılaması bağlamında gizlilik terimi, bir tahkim anlaşmasına taraf olanların, hakemlerin, tahkim kurumlarının, avukatların ve ilgili diğer kişilerin tahkim yargılamasına ilişkin bilgileri taraf olmayan kişilere açıklamama konusundaki yükümlülüklerini ifade etmektedir.⁴⁸⁹ Gizliliğin kapsamına ne tür bilgiler girdiği, taraflar arasında imzalanan tahkim anlaşmasında belirlenmiş veya taraflarca ayrıca bir gizlilik sözleşmesi imzalanmış ise bunlara göre, taraflarca bu şekilde bir belirleme yapılmadıysa tarafların seçtiği kurumsal tahkim kurallarının bu yönde düzenlemeleri olması halinde bu düzenlemelere göre belirlenecektir. Bu şekilde de bir belirleme yok ise tahkimin tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir.⁴⁹⁰

Doktrinde bir görüşe göre gizliliğin kapsamına uyumsuzluğun esası, uyumsuzluğun çözüm merci, tahkim yargılamasıyla ilgili her türlü bilgi, belge ve deliller, taraflar arasındaki sözlü ve yazılı anlaşmalar, tahkim yerinin adresi, hakemlerin kimliği, hakem kararının içeriği, celseler, taraflar ve sekretarya veya hakemler arasındaki e-posta yazışmaları girmektedir.⁴⁹¹ Diğer bir görüşe göre ise uygulamadaki tahkim kurallarının ve tahkim yargılamalarının nitelikleri farklı olması nedeniyle her bir tahkim yargılamasının özelliğine bakılmaksızın bu şekilde tasnif yapmak doğru değildir. Bu görüşe göre yargılama öncesinde taraflarca kamuya açıklanmamış olan ve yargılama sırasında hakem heyeti ve taraflara açıklanan her türlü bilgi gizli bilgi kapsamına girmektedir.⁴⁹²

⁴⁸⁷ <https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/confidentiality-transparency#:~:text=The%20ICSID%20Convention%20and%20Arbitration,or%20transparency%20to%20their%20proceedings>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

⁴⁸⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 298.

⁴⁸⁹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 293.

⁴⁹⁰ Cemre Tüysüz, “**Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü**”, Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2, 2017, ss. 846-873, (Tüysüz, **Ticari Tahkimde Gizlilik**), s. 848-851.

⁴⁹¹ Faruk Kerem Giray, “**Milletlerarası Tahkimde Gizlilik**”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 4, S. 2, 2015, ss. 65-121, s. 108-109.

⁴⁹² Tüysüz, **Ticari Tahkimde Gizlilik**, s. 851.

3.2.3. Üçüncü Taraf Finansörün Varlığının Tahkimde Gizliliğe Olan Etkisi

Görüldüğü üzere kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında gizliliğe ilişkin düzenlemeler bulunduğundan tahkim taraflarının gizlilik yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak tahkim yargılamasının tarafı olan bir davacı, potansiyel bir finansörden finansman talep ederken bu gizlilik yükümlüğünü ihlal etme riskini göze almak zorunda kalacaktır. Finansör, finansman sağlamadan önce finansmandan faydalanmak isteyen tarafın davasının detaylı bir durum tespiti (*due diligence*) yapmaktadır.⁴⁹³ Bu aşamada finansmandan faydalanmak isteyen taraf davaya ve uyuşmazlığa ilişkin tüm bilgi ve belgeleri üçüncü taraf finansöre iletmektedir. Finansör bu bilgileri analiz ederek davaya yatırım yapıp yapmayacağına karar verecektir. Ayrıca yargılama sürerken finansörün yargılamanın kontrolünü sağlaması amacıyla da finansöre yargılamayla ilgili bilgi ve belgeler verilecektir.⁴⁹⁴ Finansöre gönderilen bu bilgiler içerisinde finansman sağlananın kendisine ilişkin gizli ve ticari sır niteliğindeki bilgiler olabileceği gibi uyuşmazlığın karşı tarafının gizli ve ticari sır niteliğindeki bilgileri de olabilecektir. Bu aşamada potansiyel olarak 2 sorun gündeme gelmektedir.

3.2.3.1. Finansör ile Paylaşılan Bilgi ve Belgeler Kapsamında Gizlilik Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Sorunu

Bu aşamada gündeme gelebilecek sorunlardan ilki, tahkim yargılaması ve finansmandan faydalanmayan taraf ile ilgili gizli ve ticari sır niteliğindeki bilgilerin üçüncü taraf finansöre iletilmesinin tahkim yargılamasından kaynaklanan gizlilik yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilmesidir. Açıklandığı üzere taraflar tahkim anlaşmasında gizliliğe ilişkin hükümler belirleyerek veya kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunarak gizlilik yükümlülüğü altına girmektedirler. Ancak üçüncü taraf finansör bu tahkim anlaşmasının tarafı olmadığından finansörün tahkim yargılamasına ilişkin bir gizlilik yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Tezimizin 2.5.3. numaralı bölümünde üçüncü taraf finansörün durum tespiti(*due diligence*) aşamasını nasıl gerçekleştirdiği detaylı bir şekilde anlatılmıştır.

⁴⁹⁴ Tezimizin 2.5.5.2. numaralı bölümünde ise finansörün finansman sağladığı yargılamayı kontrolüne ilişkin detaylı bilgi verilmiştir.

⁴⁹⁵ Çalışkan, s. 652.

Finansör, dava durum tespiti(*due diligence*) sırasında ve yargılamanın ileriki aşamalarında davanın kontrolünü sağlarken hem yargılamaya ilişkin gizli tutulması gereken bilgi ve belgeler⁴⁹⁶ hem de finansman sağlanmayan karşı tarafın gizli kalmasını istediği veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerine erişim imkânı bulacaktır. Bu bilgi ve belgelerin daha sonra başka bir davada veya başka yollarla finansman sağlanmayan tarafın aleyhine kullanılması ihtimalinde finansman sağlanmayan taraf büyük zararlara uğrayabilecektir. Her ne kadar üçüncü taraf finansörlerin bu bilgileri kötü niyetli olarak kullanmaları “ticari intihar” olacağından bu durumun gerçekleşme ihtimali çok düşük olsa da⁴⁹⁷ gerçekleştiği ihtimalinde finansman sağlanan taraf gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağından karşı tarafın zararlarından sorumluluğu doğabilecektir.⁴⁹⁸

Peki uyuşmazlık tarafları arasında tahkim anlaşması dışında gizlilik yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir anlaşma yoksa ve *due diligence* aşaması tahkim yargılaması başlamadan önce gerçekleşiyor ise finansmandan faydalanan tarafın finansör ile bu aşamada paylaştığı bilgi ve belgeler tahkim yargılamasının gizliliğini ihlal edecek midir? Diğer bir deyişle tahkim anlaşması ile tahkim yargılamasına ilişkin gizlilik yükümlülüğüne giren tarafın bu yükümlülüğü tahkim yargılamasının öncesine uzanacak mıdır? Finansörün durum tespiti, genellikle halihazırda mevcut olan tahkime ilişkin bütün bilgilerin, uyuşmazlığın varlığı, talebin niteliği ve miktarına ilişkin hukuki ve fiili tüm ayrıntıların incelenmesini içermektedir. Finansman sağlanmayan tarafın tahkim yargılamasının gizliliğinden elde edeceği tüm menfaatler bu bilgilerin verilmesi ile ihlal edilmiş olacaktır. Bu sebeple, uyuşmazlığın tarafları tahkim yargılamasına ilişkin gizlilik yükümlülüğü harici bir gizlilik anlaşması yapmamış olsalar dahi *due diligence* aşamasında verilen bilgi ve belgeler ile gizlilik yükümlülüğünün ihlal edildiği ve finansman sağlanan tarafın sorumlu olduğu söylenebilecektir.⁴⁹⁹ Gizlilik kurallarının ihlali halinde doğacak olan zararın tespitinin güç ve pek çok gizli hususun daha fazla açıklanması gerekliliği genellikle tarafları bir gizlilik anlaşması yapmaya ve burada gizliliğin ihlalini belirli veya belirlenebilir kılmaya itmektedir. Bu nedenle gizlilik anlaşmasının bulunmaması halinde de pek

⁴⁹⁶ 3.2. numaralı başlıkta açıklandığı üzere uyuşmazlığın varlığı dahi gizli bilgi kapsamındadır.

⁴⁹⁷ Christopher Hodges, John Peysner, Angus Nurse, “**Litigation Funding: Status and Issues**”, Legal Research Paper Series, S. 55, Oxford Legal Studies Research, 2012, s. 79.

⁴⁹⁸ Santos, s. 922.

⁴⁹⁹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 302.

tabii bu durumdan zarar gören taraf zararını ispatlamak kaydıyla haklarını arayabilecektir.

3.2.3.2. Gizlilik Yükümlülüğünün İstisnaları Kapsamında Finansör ile Paylaşılan Bilgi ve Belgelerin Yeri

Doktrinde üçüncü taraf finansöre tarafların gizlilik yükümlülüklerinin ihlaline yol açmadan bilgi ve belgelerin iletilmesinin mümkün olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşün dayanak noktası, gizlilik yükümlülüklerine ilişkin istisnaların içerisinde “*yasal yükümlülükler*” itirazının hemen hemen her tahkim kurumunun kurallarında sayılmış olmasıdır.⁵⁰⁰ Örnek olarak LCIA Tahkim Kurallarının gizlilik yükümlülüğü öngören 30. maddesinde ayrıca “*Ancak yasal yükümlülükler veya bir hakkın korunması ile hakem kararına karşı başvuru yolunda kullanılması amacıyla bu bilgilerin devlet mahkemesiyle veya devlet organlarıyla paylaşılması mümkündür.*” denilerek yasal yükümlülükler gibi birtakım istisnalarda bu yükümlülüğün uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁵⁰¹ Aynı şekilde İsviçre Uluslararası Tahkim Kurallarının 44. maddesinde de yasal zorunluluk, yasal hakkı korumak, kararı icra etmek veya karara itiraz etmek için yerel yetkili mahkemelere başvurmak bu yükümlülüğün istisnaları olarak sayılmıştır. HKIAC Tahkim Kuralları ise 2018 yılında yaptığı değişiklik ile üçüncü taraf finansmanını bu istisnalar kapsamına almıştır. Bu kuralların 45/3-e bendine göre “*üçüncü taraf finansmanına sahip olmak veya sahip olmak amacıyla araştırma yapması amacıyla bir kişiye vermek*” gizlilik yükümlülüğünün istisnalarından sayılmıştır. Buna göre finansmandan faydalanmak isteyen tarafın üçüncü taraf finansmanı anlaşması yapmak üzere *due diligence* aşamasında finansöre vereceği bilgi ve belgeler bu istisna kapsamında olacaktır.

Tahkim kuralları dışında doktrinde de gizliliği sona erdiren istisnalar genel olarak tasnif edilmiştir. Bu istisnaların en başında tarafların iradesi gelmektedir.

⁵⁰⁰ 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**, (Goeler, Confidentiality), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>, Erişim Tarihi: 18.04.2022.

⁵⁰¹ Tüysüz, **Ticari Tahkimde Gizlilik**, s. 858; Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*Londra Court of International Arbitration*) (LCIA) Kuralları, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Lcia-arbitration-rules-2020.aspx, Erişim Tarihi: 18.04.2022.

Nitekim taraf, gizlilikten hangi sınırlar dahilinde olduğunu belirterek açıkça veya zımnen feragat edebilecektir. Ayrıca kamu yararının olduğu haller de gizliliğin istisnası olarak sayılmıştır. Hakem kararının tenfizi, iptali veya tedbir kararları için yerel mahkemelere başvurulması da gizliliğin istisnası olarak sayılmıştır.⁵⁰² Ayrıca kanun, rekabet kurumu veya sermaye piyasaları gibi denetleyici kurumların düzenlemeleri sebebiyle bilgilerin açıklanması da gizlilik yükümlülüğünün istisnası sayılmaktadır.⁵⁰³

Bu istisnaların altında yatan düşünce, tahkimin kovuşturulması veya savunulması, tarafların yasal menfaatlerinin korunması veya tahkim yargılamasını takip etme ve danışmanlık işlevlerini yerine getiren kişilerin bu bilgi ve belgelere ulaşmasının gerekli olduğu ölçüde mümkün olması gerekliliğidir. Bu sebeple normalde gizli sayılan bilgi ve belgelerin avukatlarla, sigortacılarla, yatırımcılarla, şirket devri sırasında şirketin potansiyel alıcılarıyla ve muhasebecilerle vb. paylaşılması gizlilik yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmemektedir.⁵⁰⁴

Her ne kadar finansman sağlanan tarafın yargılamayla ilgili bilgi ve belgeleri finansörle paylaşma yükümlülüğü yasal bir düzenlemeden kaynaklanmak yerine sözleşmesel bir yükümlülüğünden kaynaklansa da finansman sağlanan tarafın adalete erişim sağlayabilmesi için sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü yerine getirmesi gerekmektedir. Bu sebeple bir davacının davasını takip etmesi veya davalının savunma yapabilmesi için üçüncü taraf finansörle bilgi ve belgeleri paylaşmasının, genel olarak kabul edilen bu istisnaların kapsamına girdiği savunulabilecektir.⁵⁰⁵

Üçüncü taraf finansörlere gizli bilgi ve belgelerin paylaşılabilmesi ve aynı zamanda tahkim davasının karşı tarafının gizlilik çıkarlarına saygı göstermenin en makul yolu, üçüncü taraf finansörlerin kendilerine verilen gizli bilgi ve belgeleri açığa çıkarmamasını sağlamaktır. Bunu sağlayabilmek için taraflar, henüz tahkim anlaşmasını imzalarken gizlilik ile ilgili hükümlerde, üçüncü taraflara bilgi ve belge paylaşımının nasıl ve hangi şartlar altında gerçekleşeceğini ve bu kişilerin de bir

⁵⁰² Yasan, s. 789.

⁵⁰³ Giray, s. 103.

⁵⁰⁴ Goeler, **Confidentiality**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>, Erişim Tarihi: 18.04.2022.

⁵⁰⁵ Goeler, **Third Party Funding**, s. 303.

gizlilik taahhüdü imzalaması gerektiğini belirleyebileceklerdir.⁵⁰⁶ Nitekim uygulamada bu sorunların önüne geçebilmek amacıyla finansör ve finansman sağlanan çoğunlukla hem finansman sözleşmesinden önce ayrı bir gizlilik sözleşmesi akdetmekte hem de finansman sözleşmesine gizliliğe ilişkin hükümler koymaktadırlar.⁵⁰⁷ Ancak halka açık şirket niteliğindeki üçüncü taraf finansörler finansman sağlanan ile imzalamış oldukları bu taahhüdü her zaman yerine getiremeyebilirler. Zira halka açık şirketlerin yasal mevzuatlar gereği şeffaf olma yükümlülüğü bulunmaktadır ve yaptıkları yatırımları açıklamaları gerekmektedir.⁵⁰⁸

3.2.3.3. Finansör ile Paylaşılan Bilgi ve Belgeler Kapsamında Avukatın, Müvekkiline Karşı Gizlilik Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Sorunu

Avukatlar, meslek kuralları gereği müvekkili tarafından kendilerine iletilen bilgileri saklamakla, açığa çıkarmamakla yükümlüdürler. Avukat-müvekkil gizliliği Anglo-Sakson hukuk sisteminde ilk kez 1577 yılında *Berd v Lovelace* davasında ortaya konmuştur. *Common law* ilkeleri kapsamında yer alan bu imtiyaz hakkı, avukat ve müvekkil arasındaki gerek sözlü gerek yazılı bilgi akışına özel bir statü vermektedir. Bu statüye göre imtiyaz müvekkile aittir ve ancak müvekkil tarafından feragat edildiği ihtimalinde avukatın bu konular hakkında bilgi vermesi mümkün olabilecektir.⁵⁰⁹

Avukat-müvekkil gizliliği *Three Rivers District Council & Others v. Bank of England* davasında şöyle açıklanmıştır: “Yaşadığımız karmaşık dünyada kabul edilmelidir ki, kişilerin, zengin veya fakir, şirketlerin, büyük veya küçük, Avukatlardan hukuki mütalaa veya yardım ihtiyaçları olabilmektedir. Bilgi talep edilerek veya bilgi verilerek, müvekkilin kendi meselelerini düzene koymasında kamu yararı bulunmaktadır. Verilen mütalaanın gerekli neticeyi getirebilmesi için, avukata tüm verilerin aktarılması gerekir. Müvekillere, avukatlarına verdikleri bilginin, kendi

⁵⁰⁶ Goeler, **Confidentiality**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>, Erişim Tarihi: 19.04.2022.

⁵⁰⁷ Kayalı, s. 97; ICCA-Queen Mary Task Force, s. 189; Slater, s. 8.

⁵⁰⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 325.

⁵⁰⁹ KKTC Yüksek Mahkemesi(Anayasa Mahkemesi sıfatıyla) 2/2008, D. 2/2016, s. 15, <https://mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3949>, Erişim Tarihi: 14.06.2022.

izinleri olmadıktan sonra, avukatları tarafından açıklanamayacağı taahhüdü verilemediği takdirde, gerekli doğru mütalaa alamayacakları bir gerçektir. Birçok olayda müvekkilin avukatına imtiyaz hakkı güvencesi olmasa dahi tüm bilgi ve olguları vermekte bir sorunları olmayacaktır. Ancak, hukukun üstünlüğüne olan inanç, toplumun kontrolünü oluşturan yapının çatısını oluşturmaktadır. Müvekkiller, işlerini düzene koymak için bir avukatın bilgi ve becerisine müracaat ettikleri hallerde, müvekkil ve avukat arasında geçen görüşmelerin, polis, idare, iş rakipleri, meraklı işgüzar kişilerin veya başkalarının bilgisine gelmeyeceğinden emin olmalıdırlar.”⁵¹⁰

Nitekim Türk hukukunda da Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesinde “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.” şeklinde ifade edilerek avukat-müvekkil gizliliği mevzuatta düzenlenmiştir.⁵¹¹

Uygulamada bu bilgiler üçüncü taraf finansöre genellikle finansmandan faydalanmak isteyen tarafın avukatı tarafından iletilmektedir. Avukatın, müvekkilinin gizli ve ticari sır niteliğindeki bilgilerini üçüncü taraf finansöre iletmesi hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde kabul edilmiş kökleri geçmişe dayanan bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelebilecektir. Bu yükümlülük bağlamında, müvekkilin bilgilerin verilmesine rıza göstermesi halinde yükümlülük ihlal edilmeyecekse de müvekkilin bu rızası “aydınlatılmış” olmalıdır.⁵¹² Aydınlatma kavramı, hukuki anlamda, kişilerin hukuki işlemi yapıp yapmama iradesini etkileme olasılığı bulunan hususların olumlu veya olumsuz yönleriyle anlaşılır bir şekilde

⁵¹⁰ Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England, [2004] UKHL 48 par. 34, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff70260d03e7f57ea593a>, Erişim Tarihi: 14.06.2022 metnin çeviri için bkz. KKTC Yüksek Mahkemesi(Anayasa Mahkemesi sıfatıyla) 2/2008, D. 2/2016, s. 16, <https://mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3949>, Erişim Tarihi: 14.06.2022.

⁵¹¹ Nitekim Türk Hukuku düzenlemesinde ayrıca 6100 sayılı HMK’nın Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme başlıklı 249. Maddesinde; “(1) Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.” denilmektedir.

⁵¹² Avukatın aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bkz. Yasin Köse, “Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 45, S. 29, ss. 29-52.

anlatılmasıdır.⁵¹³ Bu sebeple avukat, üçüncü taraf finansöre müvekkilin bilgi ve belgelerini vermeden önce müvekkilden bu konuda rıza almalı, bu rızayı alırken de bu bilgi ve belgeleri finansöre vermenin olası sonuçları hakkında müvekkilini bilgilendirmelidir. Aksi halde avukat, mesleki yükümlülüğüne aykırı davranmış olacak ve sorumluluğu doğabilecektir. Nitekim New York Barosu'nun üçüncü taraf finansmanı hakkında yazdığı raporda da avukatların, müvekkillerinin olası sonuçlar hakkında bilgilendirilmiş onayını almadıkça üçüncü taraf finansöre müvekkil ile ilgili bilgi vermemesi gerektiği söylenmiştir.⁵¹⁴

Bu bağlamda finansmandan faydalanmak isteyen tarafın, üçüncü taraf finansöre bilgi ve belgelerinin verilmesi durumunda; verilen bu belgeler bakımından avukat-müvekkil imtiyazından feragat etmiş sayılabileceği⁵¹⁵ ve finansörler, avukatlar gibi gizlilik ve mesleki sır gibi yükümlülüklerle bağlı olmadığından⁵¹⁶ finansörün elde ettiği bu bilgileri başka davalarda veya başka şekillerde kullanabileceği risklerinin mevcut olduğundan haberdar edilmesi gerekmektedir.⁵¹⁷

⁵¹³ Köse, s. 33.

⁵¹⁴ New York City Bar Association, **Formal Opinion 2011-2012: Third Party Litigation Financing**, <https://www.nycbar.org/member-and-career-services/committees/reports-listing/reports/detail/formal-opinion-2011-2-third-party-litigation-financing> , Erişim Tarihi: 14.06.2022.

⁵¹⁵ Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde bilinmeyen fakat Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde kabul edilen avukat-müvekkil imtiyazı, en basit tanımıyla, avukat ve müvekkil arasında üretilen ve paylaşılan her türlü sözlü veya yazılı iletişim, bilgi ve belgelerin mahkeme ve hakem heyetleri de dahil olmak üzere üçüncü kişilerin ibraz taleplerinden korunması olarak tanımlanmaktadır., Javier H. Rubinstein, Britton B. Guerrina, **“The Attorney-Client Privilege and International Arbitration”**, Journal of International Arbitration, C. 8, S. 6, Kluwer Law International, 2001, ss. 587-602, s. 587.; Bu imtiyaz, uyuşmazlıklarda, karşı taraf veya mahkemece bir belge ibrazı talep edildiği halde, defî olarak öne sürülebilecek ve bu belgelerin hükme esas alınmaması sağlanabilecektir. Ancak, gizli veya imtiyazlı bilgiler üçüncü bir tarafla paylaşıldığında, genellikle bu gizlilik ve imtiyazdan feragat edilmiş sayılmaktadır., Meriam N. Alrashid, Jane Wessel, John Laird, **“Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration”**, Dispute Resolution International, C. 36, S. 2, 2012, ss. 101-130, s. 101-102.

⁵¹⁶ Hatta birçok finansman anlaşmasında finansörün bir hukuki hizmet sağlamadığı ve ilişkinin avukat-müvekkil ilişkisi olmadığı özellikle belirtilmektedir. ICCA-Queen Mary Task Force, 118; Finansörün herhangi bir mesleki ilke ile bağlı olmaması nedeniyle gizlilik yükümlülüğü bulunmasa da uygulamada taraflar arasında hem *due diligence* öncesi bir gizlilik sözleşmesi yapılarak hem de finansman sözleşmesine gizliliğe ilişkin hükümler eklenerek bu gizlilik sorunu çözülmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi tezimizin 3.2.3.1. numaralı bölümünde anlatılmıştır.

⁵¹⁷ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 117-118.

3.3. Yargılama Giderleri

3.3.1. Genel Olarak Yargılama Giderleri

Uluslararası tahkim yargılaması yürütmenin çok maliyetli olduğu ve bu sebeple tarafların uluslararası tahkim uyuşmazlıklarıyla ilgili karşılaştıkları maliyet ve riskleri üçüncü taraf finansörlerle paylaşmak istemelerine daha önce değinmiştik.⁵¹⁸ Bu bağlamda finansman sağlanan bir davanın ekonomik olarak başarılı olup olmadığının belirlenmesinde, yargılamada yapılan masrafların yargılama sonunda geri alınıp alınamayacağı ya da taraflar arasında nasıl paylaştırılacağı hususları önemli kriterlerdir.⁵¹⁹ Üçüncü taraf finansmanının varlığı yargılama giderlerinin tespiti sürecine etki yaratmaktadır. Bu etki hakem heyeti tarafından aleyhe yargılama giderlerinin ödemesine hükmedilen tarafça bu ödemenin yapılıp yapılamayacağı, yapılamaması halinde finansöre müracaat edilip edilemeyeceği, finansöre ödenen payın karşı taraftan ayrıca alınıp alınamayacağı aşağıda detayları ile açıklanacak şekilde tezahür edebilmektedir.⁵²⁰

Üçüncü taraf finansmanı bağlamında yargılama giderlerinin değerlendirilmesine geçmezden evvel yargılama giderlerini incelemek faydalı olacaktır. Bu kapsamda hangi masrafların yargılama giderlerine dahil olduğunun tespit edilmesi önemlidir. Zira yargılama giderlerine hükmedilirken bir giderin gerçekten yargılama gideri olup olmadığı tespit edildikten sonra hakemler tarafından karar kurulabilecektir. Uygulamada hakemlerin yargılama masraflarına hükmederken genellikle çok fazla vakit harcamadıkları ve detaylı incelemeler yapmadıkları bilinmektedir. Tahkim yargılamasının ağır masrafları göz önüne alındığında bu durum taraflar bakımından ayrıca bir uyuşmazlık doğurabilecek nitelikte bir konudur.⁵²¹

İlk bölümde bahsettiğimiz üzere tahkim yargılaması tarafların tahkim anlaşması temelinde şekillendiğinden pek tabii olarak taraflar hangi giderlerin yargılama gideri

⁵¹⁸ Bu hususta bkz. s.22.

⁵¹⁹ Scherer, **Disclosure**, s. 96.

⁵²⁰ Stavros 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, Editör Christian Klausegger ve diğerleri, Manz’sche Verlags- und universitätsbuchhandlung, 2017, ss. 3-19, s. 3-4.

⁵²¹ Michael Bühler, “**Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview**” ASA Bulletin, C. 22, S. 2, 2004, ss. 249-279, s. 278.

olarak kabul edilip edilemeyeceğini belirleyebileceklerdir. Ancak günümüz ticari sözleşmeleri ve hatta kurumsal tahkim merkezleri tarafından önerilen tahkim klostları göz önüne alındığında tarafların detaylı bir biçimde yargılama giderlerini tahkim anlaşmasında belirlemeleri konusunun yalnızca teorik olarak bir anlam ifade ettiği görülmektedir.

Uluslararası tahkim yargılamalarında tahkim yargılama giderlerinin neler olduğu ve hangi gider kalemlerini kapsadığı uygulanan tahkim kuralları ve tahkim yeri hukukuna göre hakem heyeti tarafından belirlenmektedir.^{522 523} Yargılama giderlerine ilişkin tahkim kuralları biraz da UNCITRAL tahkim kurallarının etkisiyle benzer düzenlemeler içermektedirler.⁵²⁴ Bu bağlamda, UNCITRAL Tahkim Kuralları 40/2 maddesinde sayılan yargılama giderlerine bakacak olursak:

- 41. Madde uyarınca her bir hakem bakımından ayrı ayrı belirtilecek ve hakem mahkemesi tarafından saptanacak hakem heyeti üyelerinin ücretleri,
- Hakemlerin makul seyahat masrafları ve diğer masraflar,

⁵²² Ceyda Süral Efeçinar, “**Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar için Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkisi**”, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Taraf Finansmanı, Editör Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 113-124, (Sürel-Efeçinar, **Panel**), s. 114.

⁵²³ Türk Hukukunda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 16/B maddesi uyarınca yargılama giderleri;

- hakemlerin ücretlerini,
- hakemlerin yol ve diğer masraflarını,
- hakem mahkemesi tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini,
- hakem mahkemesinin onayladığı ölçüde tanıkların yol ve diğer masraflarını,
- hakem mahkemesinin davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekalet ücretini,
- Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre mahkemelerce yapılacak başvurularda alınan yargı harçlarını,

ve tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerini kapsamaktadır. Görüldüğü üzere uluslararası uygulamadan farklı olarak Türk Hukukunda, davayı kazanan tarafın karşı tarafa yükletilebilecek avukat masrafları, hakem heyetinin makullük takdirine bırakılmamış, avukatlık asgari ücret tarifesi üzerinden belirlenmiştir. Taraflar, vekilleri ile sözleşme serbestisi gereği asgari tarifieden daha yüksek tutarda bir ücret kararlaştırabileceklerse de bu ücretin dava giderlerine dahil edilip karşı taraftan tahsil edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hususta bkz. Doğan Armağan, **Milli & Milletlerarası Tahkim**, 1. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 853.

⁵²⁴ Finlandiya Ticaret Odası (FAI) Tahkim Kuralları Madde 49, <https://arbitration.fi/wp-content/uploads/sites/22/2020/01/arbitration-rules-of-the-finland-chamber-of-commerce-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022; Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Kuralları Madde 34, <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#33>, Erişim Tarihi: 21.05.2022; Amerikan Tahkim Birliği Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (AAA-ICDR) Kuralları Madde 37, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar, Erişim Tarihi: 21.05.2022; İsviçre Tahkim Kuralları Madde 38, <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/12/Swiss-Rules-2021-EN-1.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

- Hakem heyeti tarafından istenilen bilirkişi görüşü ve diğer yardımlar için makul masraflar,
- Hakem heyeti tarafından onaylanmak şartıyla tanıkların makul seyahat ve diğer masrafları,
- Hakem heyeti tarafından miktarların makul olduğunun kabul edilmesi şartıyla tarafların tahkimle ilgili temsil masrafları ve yaptıkları diğer masraflar,
- Atama makamının ve keza Sürekli Tahkim Divanı genel sekreterinin ücretleri ve masrafları olarak belirlenmiştir.⁵²⁵

Görüldüğü üzere “*tarafların tahkimle ilgili temsil masrafları ve yaptıkları diğer masraflar*” yargılama gideri olarak sayılmıştır. Birçok kurumsal tahkim merkezi kurallarında durum benzer olsa da bazı tahkim merkezi kurallarında tahkim giderleri ve tarafların yaptığı giderler arasında ayırım yapılabilmektedir.⁵²⁶ Ancak bu ayırım pratikte bir anlam ifade etmemektedir. Zira bu kuralların hepsinde hakem heyetlerinin hem tahkim giderlerini hem de tarafların yaptığı giderleri yargılama sonunda taraflar arasında paylaşırma yetkisi vardır.⁵²⁷

Doktrinde ise yargılama masrafları, yargılama usul masrafları ve tarafların kendi masrafları olarak ikili tasnif edilmiştir. Tarafların kendi masrafları; tarafın tahkimde kendisini temsil etmesi için anlaştığı avukat masrafları, tanık ve bilirkişi masrafları, çeviri masrafları, belge hazırlama, kopyalama ve yazdırma masrafları, avukatın, tanıkların ve bilirkişilerin seyahat ve konaklama masrafları gibi tarafın tahkimle ilgili bireysel olarak yaptığı masrafları kapsamaktadır. Usul masrafları ise belirli bir tarafa atfedilemeyen, yargılamanın tüm taraflarını ilgilendiren masraflardır. Usul masrafları

⁵²⁵ UNCITRAL Tahkim Kuralları Madde 40/2, Çev. Ergun Özsunay, <http://www.ikonion.net/attachments/article/30/UNCITRAL%20TAHKIM%20KURALLARI%202010%20REV%20C4%20ZELER%20C4%20B0%20C4%20B0LE.pdf>, Erişim Tarihi:21.05.2022.

⁵²⁶ Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Kuralları Madde 28, [https://www.lcia.org/Dispute Resolution Services/LCIA-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2028](https://www.lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/LCIA-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2028), Erişim Tarihi: 21.05.2022; Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) Kuralları Madde 35 ve 37, http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf, Erişim Tarihi: 21.05.2022; Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları Madde 49 ve 50, https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

⁵²⁷ Mika Savola, “**Awarding Costs in International Commercial Arbitration**”, Scandinavian Studies in Law, Editör Lars Heuman, Peter Wahgren, Patricia Shaughnessy, C. 63, 2017, ss. 276-318, s. 279.

genel olarak tahkim mahkemesinin ücretleri ve tahkim yargılamasının yürütüldüğü kurumsal tahkim merkezinin idari masraflarından oluşmaktadır.⁵²⁸

ICC Sekreteryası tarafından tahkim masrafları üzerine yapılan bir araştırmada incelenen tahkim kararlarında, ortalama olarak tarafların kendi masrafları, yargılama masraflarının tamamının %83'ünü oluştururken hakem ücretleri %15, idari masrafların ise %2'sini oluşturduğu tespit edilmiştir.⁵²⁹ Görüldüğü üzere uygulamada uluslararası tahkim yargılamasında yapılan masrafların büyük çoğunluğunu tarafların kendi masrafları özellikle de temsil masrafları oluşturmaktadır. Bu sebeple hangi masrafların tarafların tahkim yargılamasıyla ilgili kendi masrafları olarak sayılabileceğinin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Tarafların avukat ücret ve masraflarının bu kategoriye dahil olduğu konusunda pek bir tartışma yokken⁵³⁰ yargılama öncesi yapılan masraflar, bağlantılı dava masrafları, sigorta ücreti, üçüncü taraf finansör tarafından karşılanan masraflar gibi bazı masrafların mahiyeti doktrinde tartışılmaktadır.⁵³¹ Tezimizin kapsamını aşmamak amacıyla bu tartışmalardan sadece üçüncü taraf finansör tarafından karşılanan masraflara ilişkin tartışmaya ve buna ilişkin görüşlere yer verilecektir.

3.3.2. Yargılama Giderlerinin Paylaştırılması

Uluslararası tahkim uygulamasında yargılama giderlerinin paylaştırılması bakımından ise tek tip bir uygulama yoktur.⁵³² Yargılama giderlerini bir üst başlıkta ifade edildiği üzere belirleyebilecek olan taraflar, tahkim anlaşmasında yargılama giderlerinin nasıl paylaştırılacağını da belirleyebileceklerdir. Ne var ki yine ifade edildiği üzere taraflarca yargılama giderlerine ve paylaştırılmasına ilişkin anlaşma yapmak çok zor ve külfetli⁵³³ olarak görüldüğünden bu tür anlaşmalar çok nadir görülmektedir. Bu sebeple tarafların yaptıkları tahkim anlaşmasında daha çok kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunarak anlaştıkları görülmektedir. Tarafların

⁵²⁸ Savola, s. 279.

⁵²⁹ ICC Commission on Arbitration and ADR, “**Decisions on Costs in International Arbitration**”, ICC Dispute Resolution Bulletin, S. 2, International Chamber of Commerce, 2015, s. 4.

⁵³⁰ Tahkim kurallarında da belirtildiği üzere hakem heyetleri taraflarca talep edilen masrafların karşı tarafa yükletilmesini, miktarının makul olduğunu düşündüğü kadarıyla kabul edilmektedir.

⁵³¹ Goeler, s. 377; ICCA-Queen Mary Task Force, s. 146; Savola, s. 280.

⁵³² Tilbe Birengel, **Cost Allocation in International Arbitration**, (Birengel, **Cost Allocation**), <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/cost-allocation-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 20.04.2022.

⁵³³ Goeler, **Third Party Funding**, s. 371.

atıfta bulundukları kurumsal tahkim kuralları yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin hükümler içeriyorsa tarafların yaptıkları atfın bu hükümleri de kapsadığı varsayılır. Taraflar arasında görülen tahkim yargılaması sonunda, tarafların atıfta bulunduğu kurumsal tahkim kurallarında öngörülen yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin kurallar uygulanır.⁵³⁴ Yargılama giderlerinin paylaşılmasını düzenleyen kurumsal tahkim kuralları içerisinde hakem heyetinin takdir yetkisi etkili olsa da genellikle üç farklı yaklaşım öne çıkmaktadır.⁵³⁵

3.3.2.1. Sonuca Bağlı Masraf Paylaşımı

Bazı kurumsal tahkim kuralları, kaybeden tarafın kazanan tarafın yaptığı tüm masrafları karşılaması gerektiğini öngörmektedir. Bu yaklaşım İngiliz kuralı olarak veya sonuca bağlı masraf paylaşımı (*costs follow the event*) veya basitçe kaybeden öder olarak da bilinmektedir.⁵³⁶ Adını İngiliz hukukundaki uygulamadan alan bu yaklaşımın kökenleri Roma hukukuna kadar dayanmaktadır.⁵³⁷

Bu yaklaşımın altında yatan düşünce kaybeden tarafı cezalandırmaktır. Zira kaybeden taraf, kazanan tarafı ya bir dava açmaya ya da bir davaya karşı savunma yapmaya zorlamıştır. Tüm yargılama masraflarının kaybeden tarafça ödenmesinin asılsız ve gereksiz davalar açılmasının da önüne geçeceği düşünülmektedir.⁵³⁸ Ancak bunun ağır bir sonucu olarak davayı kazanan taraf bir manada her şeyi kazanmış olmaktadır.⁵³⁹ Bu yaklaşımın bir örneği olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın masrafların paylaşılmasını düzenleyen 42. maddesinde “*Tahkim masrafları ilke olarak davayı kaybeden taraf veya taraflarca karşılanır.*” şeklindeki düzenleme gösterilebilecektir.⁵⁴⁰ 2012 yılında yapılan bir araştırmaya göre, incelenen tahkim

⁵³⁴ Daniela Bartsch, “**Third-Party Funding – A New Player in the Field of Cost Allocation**”, German Arbitration Journal, 2021, ss. 12-22, s. 14.

⁵³⁵ Goeler, **Third Party Funding**, s. 369.

⁵³⁶ Bartsch, s. 15.

⁵³⁷ Jeffrey Waincymer, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, 1. Bası, Kluwer Law International, 2012, s. 1191.

⁵³⁸ Gustav Flecke-Giammarco, “**The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration**”, WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, Editör Jorge A. Huerta-Goldman ve diğerleri, Kluwer Law International, 2013, ss. 389-420, s. 412.

⁵³⁹ Eliane Fischer, Flavio Peter, “**Costs Follow Conduct – A Musical Altercation**”, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/26/costs-follow-conduct-musical-altercation/>, Erişim Tarihi: 21.04.2022.

⁵⁴⁰ UNCITRAL Arbitration Rules, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, Erişim Tarihi: 21.04.2022; Çeviri için UNCITRAL Tahkim Kuralları, Çev. Ergun Özsunay,

kararlarının %50'sinde sonuca bağlı masraf paylaşımı (*costs follow the event*) kuralı uygulandığı ve en çok tercih edilen yöntemin bu yöntem olduğu görülmektedir.⁵⁴¹

3.3.2.2. Orantılı Paylaşım

Orantılı paylaşım (*allocation pro rata*) olarak bilinen bir diğer yaklaşıma göre yargılama sonunda masraflar, tarafların haklılık durumuna göre paylaştırılmalıdır.⁵⁴² Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi Kurallarında madde 28.4. "*Hakem Heyeti hem Tahkim Maliyetleri hem de Hukuki Maliyetler hakkındaki kararlarını maliyetlerin tarafların karar veya tahkimde veya farklı konulardaki göreceli başarı ve başarısızlıklarını yansıtması gerektiği genel ilkesine göre verecektir.*"⁵⁴³ şeklindeki düzenleme bu yaklaşıma bir örnek olarak gösterilebilir. Yukarıda bahsedilen araştırmaya göre, incelenen tahkim kararlarının %30'unda orantılı paylaşım kuralı uygulandığı ve sonuca bağlı masraf paylaşımından sonra en çok tercih edilen yöntem olduğu görülmektedir.⁵⁴⁴

Nitekim Türk hukukunda da MTK madde 16/D uyarınca; "*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yüklenir. Her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaştırılır.*" denilerek bu yaklaşım benimsenmiştir. Bu madde uyarınca taraflar yargılama giderlerinin nasıl bölüştürülebileceği konusunda bir anlaşma yapmışlarsa veya atıf yapılan tahkim kurallarında yargılama giderlerinin ne şekilde paylaşılacağına ilişkin hüküm varsa hakem kararında yargılama giderleri bu anlaşmaya ya da kurallara göre hükmolunur. Taraflar aralarında böyle bir anlaşma yapmamışlarsa kanun hükmü uygulanacaktır.⁵⁴⁵

<http://www.ikonion.net/attachments/article/30/UNCITRAL%20TAHK%C4%B0M%20KURALLARI%202010%20REV%C4%B0ZELER%C4%B0%20C4%B0LE.pdf>, Erişim Tarihi: 21.04.2022.

⁵⁴¹ Queen Mary University and White & Case, **2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process**, s. 40; Birengel, **Cost Allocation**, <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/cost-allocation-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 20.04.2022.

⁵⁴² Bartsch, s. 15.

⁵⁴³ Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*Londra Court of International Arbitration*) (LCIA) Kuralları, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

⁵⁴⁴ Queen Mary University and White & Case, **2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process**, s. 40.

⁵⁴⁵ Akıncı, s. 516.

3.3.2.3. Amerikan Kuralı

Tarafların tahkim yargılamasındaki usuli masrafları arasında eşit paylaştığı ve her tarafın kendi yaptığı masraflardan sorumlu olduğu yaklaşıma Amerikan kuralı ya da kendi masraflarını üstlenme (*pay-your-own*) denilmektedir.⁵⁴⁶ Kökeni 18. yüzyıla dayanan bu kural⁵⁴⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nin yanında Japonya, Çin, Endonezya ve Filipinler'de de uygulanmaktadır.⁵⁴⁸ Japonya Tahkim Yasası madde 49'da *"Taraflarca tahkim yargılamasına ilişkin olarak yapılan masraflar, tarafların anlaşmasına uygun olarak taraflar arasında paylaştırılacaktır. Taraflar bu şekilde bir anlaşma sağlayamazsa, her bir taraf tahkim işlemleriyle ilgili yaptığı masrafları kendisi üstlenecektir."* şeklindeki düzenleme bu kuralın uygulanmasına bir örnek olarak gösterilebilir.⁵⁴⁹

Herhangi bir davanın sonucu genellikle belirsiz olduğundan, yalnızca bir dava açtığı veya davada savunma yaptığı sebebiyle kaybeden tarafın cezalandırılmasının haksızlık olacağı, kaybeden tarafın karşı tarafın masraflarını üstlenmek zorunda kalmasının maddi durumu iyi olmayan kişilerin haklarını savunmaktan caymalarına sebep olabileceği, maliyetlerin taraflar arasında paylaştırılmasının yargılamanın süresini, masrafını ve ispat külfetini arttıracığı ve idari anlamda zorluklar çıkaracağı bu yaklaşımın tercih edilmesinin sebepleri olarak sayılmıştır.⁵⁵⁰

Yukarıda sayılan yöntemlerin yanında çoğunluk kurumsal tahkim kuralları yargılama giderlerinin paylaştırılması konusunda sessiz kalarak hakem heyetine takdir yetkisi vermeyi tercih etmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları'nın 38/5 maddesindeki *"Hakem kurulu, masraflar ile ilgili kararını verirken, tarafların tahkim yargılamasını hızlı ve uygun maliyetli bir şekilde yürütülmesi de*

⁵⁴⁶ Brabandere/Lepeltak, s. 11.

⁵⁴⁷ Supreme Court of the United States, Peter, Deputy Director, Patent and Trademark Office v. Nantkwest, Inc., Syllabus, https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-801_o758.pdf, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

⁵⁴⁸ Bartsch, s. 15.

⁵⁴⁹ Arbitration Law, Law No. 138 of 2003, <https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

⁵⁵⁰ Savola, s. 292-293.

dahil olmak üzere, ilgili bulduğu hususları dikkate alabilir."⁵⁵¹ şeklindeki düzenleme buna örnek gösterilebilir.⁵⁵²

3.3.3. Üçüncü Taraf Finansmanın Etkisi

Uluslararası tahkim yargılamasında masrafların davanın sonucuna göre paylaştırıldığı durumlarda hakem heyetinin, kazanan tarafın hangi masraflarının ve bu masrafların ne kadarlık kısmının kaybeden tarafın aleyhine yükletileceğine karar vermesi gerekecektir. Hakem heyetinin yargılama giderlerine hükmederken üçüncü taraf finansmanın varlığını göz önüne alıp almayacağı ve bu doğrultuda yargılama giderlerini belirleyerek paylaştırılmasına karar verip vermeyeceği hususları çeşitli spesifik konular üzerinde doktrinde tartışılmaktadır.

Üçüncü taraf finansmanın tahkim yargılamasındaki giderlere ve bu giderlerin paylaştırılmasına olan etkisini bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; mali durumu zayıf bir şirketin üçüncü taraf finansmanından yararlanarak bir tahkim yargılaması kazandığı bir olay varsayalım. Davacı şirket, finansöre davasının değerlendirmesini yapması için 100.000 dolar vermiştir. Üçüncü taraf finansman sözleşmesine göre davanın kazanılması halinde finansör, yaptığı masrafların karşılığı ve yargılama sonunda kazanılan tutarın %30'una hak kazanacaktır. Yargılama sürecinde finansör toplam 300.000 dolar tutarında bir yatırım yapmıştır. Davacı, tahkim yargılamasında haklı çıkmış ve zararlarına karşılık olarak 1 milyon dolar hükmedilmiştir. Kararda ayrıca yargılama giderleri davalı aleyhine hükmedilmiştir. Davacının yargılama masraflarını finansörün karşıladığı düşünüldüğünde davacı bu masrafları kendi masrafları olarak talep edebilecek midir? Edebileceği varsayımında davacı 300.000 dolar masrafların üzerine, ayrıca yargılama sonunda kazandığı tutar üzerinden finansöre ödeyeceği 300.000 doları yani toplam 600.000 doları davalı taraftan talep edebilecek midir? Davacının finansöre davasını değerlendirmesi için verdiği 100.000 dolar, yargılama gideri kapsamına girecek midir? Davalının kazandığı ihtimalde

⁵⁵¹ International Chamber of Commerce Arbitration Rules, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>, Erişim Tarihi: 22.04.2022; Çeviri için Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları, https://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

⁵⁵² Aynı yönde bkz; ICSID Convention, Md. 61(2); SIAC Rules, Md. 31(1) buna mukabil bazı kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına bakıldığında ise hakemlerin takdir yetkisine bırakmakla birlikte bazı kriterlerin getirildiği görülmektedir; UNCITRAL Kuralları, Md. 42; LCIA Kuralları, Md. 28(4).

davalının yargılama masrafları üçüncü taraf finansör aleyhine hükmedilebilecek midir? Görüldüğü üzere üçüncü taraf finansmanın varlığı, dava sonunda hükmedilecek yargılama giderlerini etkilemektedir.⁵⁵³

3.3.3.1. Finansörün Masrafları

Yargılama giderleri genellikle sonuca bağlı paylaşım veya orantılı paylaşım kuralları düzleminde karara bağlanmaktadır. Bu bağlamda sonuçta lehine karar verilen taraf, yargılama kapsamındaki iddia ve beyanlarını hakem heyeti önünde dermeyan ederek ispatlayabilecek, eş deyişle böyle bir yargılamanın tarafı olması nedeniyle yapmış olduğu tüm masrafları karşı taraftan talep edebilecektir. Üçüncü taraf finansmanın bulunduğu yargılamalarda bu masraflar finansör tarafından gerçekleştirilmektedir. Görüldüğü üzere burada, ilk etapta tahkim yargılaması tarafının bir masrafı bulunmamaktadır. Bu durumda da yine kaybeden taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilecek midir?

Esasen bu konuya ilişkin tahkim merkezlerinin kuralları incelendiğinde kesin ve net bir sonuca rastlanılmamaktadır. Bu konuya ilk ışık tutan düzenlemelerden SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları da yeterli ve doyurucu bir açıklama yapmaktan uzak kalmaktadır.⁵⁵⁴ Bu düzenlemenin 35. maddesinde “*Heyet, kararında bir tarafın yasal veya diğer masraflarının tamamının veya bir kısmının başka bir tarafça ödenmesine karar verirken herhangi bir üçüncü taraf finansman anlaşmasını dikkate alabilir.*” denilerek üçüncü taraf finansmanın göz önüne alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.⁵⁵⁵ Görüldüğü üzere burada hakem heyetinin yargılama giderlerine hükmedilmesi konusunda somut ve belirleyici bir tespit yapılmamış, yalnızca yargılama giderlerine ilişkin hakem heyetinin kararı verilirken üçüncü taraf finansmanı anlaşmasının da takdir yetkisini şekillendiren bir unsur olması gerektiği belirtilmiştir. Bu sınırlı düzenlemeler nedeniyle uygulamada bu konuya ilişkin farklı yönde yargı kararları verilmiştir.

⁵⁵³ Goeler, **Third Party Funding**, s. 367-368.

⁵⁵⁴ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 149.

⁵⁵⁵ Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Yatırım Tahkimi Kuralları Madde 35, <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022.

Supplier v. First Distributor, Second Distributor ICC tahkim yargılamasında davalının yargılama masraflarının bir kısmı her ne kadar finansör olmasa da üçüncü bir kişi olan sigortacı tarafından ödenmiştir. Yargılama sonunda davacı kazandığından, davalının yapmış olduğu giderler kendi masrafı olarak kalmışsa da hakem heyeti, kararında davalının kazanması durumunda yapmış olduğu masrafların karşı tarafa yükletilebileceğini belirtmiştir. *Ron Fuchs v. Georgia* ICSID tahkim yargılamasında hakem heyeti üçüncü taraf finansmanın yargılama sonunda hükmedilecek giderlere bir etkisi olmayacağından bahisle finansörün karşıladığı masrafları davacının masraflarından ayrı tutmamıştır.⁵⁵⁶ Türk bir yatırımcının Ürdün devletine karşı başlatmış olduğu *Ata Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan* ICSID tahkimi yargılamasında⁵⁵⁷ hakem heyeti *Ron Fuchs v. Georgia* kararına atıf yaparak üçüncü taraf finansmanın yargılama giderlerinin hesaplanmasında bir etkisi olmayacağına karar vermiştir.⁵⁵⁸

Quasar de Valores v. The Russian Federation yatırım tahkimi yargılamasında ise üçüncü taraf finansmanından faydalanan taraf davayı kazanmasına rağmen finansörün yaptığı masraflar, davacının masraflarından sayılmamış ve davalı tarafa yükletilmemiştir. Yargılamada üçüncü taraf finansmanından faydalanan davacı yargılama masrafları için karşı taraftan 14,5 milyon dolar talep etmiştir. Davalı buna karşılık olarak davacının hiçbir masrafı olmadığını zira finansörden sağladıkları parayı geri ödeme yükümlülükleri bulunmadığını savunmuştur. Hakem heyeti, yargılama giderlerine ilişkin kararında üçüncü taraf finansmanına ilişkin olağan uygulanan kaidelerin bu davada geçerli olmadığını, zira üçüncü taraf finansman sözleşmelerinde genellikle finansörün, yatırımının karşılığının yargılama sonunda geri alacağına ilişkin düzenlemeler olduğunu ancak eldeki davada davacının finansöre karşı yatırımlarını geri ödeme gibi hiçbir sorumluluğunun bulunmadığını, bu sebeple davacının herhangi bir yargılama masrafının doğmadığını söyleyerek davalı tarafı haklı bulmuştur.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ Sebastian Mejia, “**Recovering the Costs of Third-Party Funding: From Impossible to Plausible**”, 40 under 40 International Arbitration, Editör Carlos Gonzalez-Bueno, 2018, ss. 479-488, s. 481.

⁵⁵⁷ *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, **Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding**, s. 10, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0045.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

⁵⁵⁸ Çalışkan, s. 658.

⁵⁵⁹ *Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, **Karar**, s. 93-95, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Bahsedilen kararlardan da görüleceği üzere üçüncü taraf finansörün tahkim yargılamasına ilişkin yaptığı masrafların, finansman sağlanan tarafın yaptığı masraflar sayılarak yargılama sonunda davalı aleyhine hükmedilebileceğine ilişkin ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre eğer finansman sağlanan taraf, davayı kazandığı ihtimalde finansöre, finansörün yargılamaya ilişkin yaptığı masrafları geri ödemeyi taahhüt ediyorsa bu masraflar yargılama gideri olarak karşı tarafa yükletilmeli, eğer finansman sağlanan tarafın böyle bir taahhüdü yoksa karşı tarafa yükletilmemelidir.⁵⁶⁰

Burada, genel kaide olan hangi masrafların yargılama gideri olarak karşı tarafa yükletilebileceğini belirleyen kurallarda sıklıkla geçtiği üzere “tarafarca yapılan” ve “makul” terimlerinden ayrılınmamaktadır.⁵⁶¹ Daha doğru bir ifade ile salt üçüncü taraf finansmanı varlığının yargılama giderlerine hükmedilmesinde bir ölçüt olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁶² Nitekim pek çok üçüncü taraf finansman sözleşmelerinde genel olarak finansman sağlanan tarafların davayı kazandıkları takdirde, finansörün karşıladığı yargılama masraflarını finansöre geri ödeme yükümlülüğü altına girdikleri de bilinen bir gerçektir.⁵⁶³ Bu nedenle hakem kararlarının belirlemiş olduğu ölçütün yerinde ve yargılama giderleri bakımından hakkaniyetli olduğu kanaatindeyiz.

3.3.3.2. Finansman Ücreti

Burada ikinci olarak önemli bir tartışma konusu, finansörün kazancının da yargılama gideri olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Daha geniş bir anlatımla, finansman sözleşmesi uyarınca finansör, finansman sağlamış olduğu taraftan çoğu zaman bir alacak hakkına sahip olmaktadır.⁵⁶⁴ Finansman sağlanan tarafın ödemek zorunda kaldığı bu tutar bir yargılama gideri olarak kabul edilebilecek midir? Zira burada karşı taraf, sözleşmesel ihlaller ile finansman kullanan tarafı ekonomik olarak yıpratmış ve iddiasını tahkime taşıyabilmek için finansman kullanmaya mahkûm etmiş

⁵⁶⁰ Mejia, s. 482.

⁵⁶¹ Örnek olarak ICC Tahkim Kuralları madde 38’de “ tarafların tahkim için yapmış olduğu hukuki ve diğer makul masraflar” denerek tarafın kendi yaptığı masrafların yargılama gideri olarak sayılabilmesi bu iki terimle kısıtlanmıştır.

⁵⁶² Bartsch, s. 16-17.

⁵⁶³ Brekoulakis/Goeler, s. 7.

⁵⁶⁴ Taraflar karlılık amacı dışında farklı nedenlerle de finansman sağlayabileceklerdir. Buradaki gaye unsuru subjektif bir unsur olduğu için finansman anlaşmasının taraflarınca bu durum açıklanmadığı müddetçe dışarıdan anlaşılması oldukça zor olacaktır.

olabilecektir. Finansman sağlananın, böyle bir yargılama hiç olmasaydı zaten elde edecek olduğu bir meblağı karşı tarafın aykırı tutumları nedeniyle tahkim yargılamasına konu ederek elde etmiş olması, finansöre bu tutardan belirli bir miktar ödemesine neden olmaktadır. Bu durumda finansöre ödenen tutar yargılama gideri olarak kabul edilebilecek midir?

Bir önceki başlığımızda da belirtildiği gibi bu güncel konuda da belirleyici bir düzenleme bulunmamakta ve konu doktrinde tartışılmaktadır. Üçüncü taraf finansman sözleşmelerinde finansman sağlanan taraf, finansörün yargılamaya ilişkin yaptığı masrafları geri ödemenin yanında yargılama sonunda kazandığı miktar üzerinden bir oranı finansöre ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu tutarın karşı tarafa yükletilebilmesi yine “yapılan” ve “makul” terimlerine bağlıdır.⁵⁶⁵ Burada finansöre ödenen ücretin de yargılama gideri olarak kabul edilerek kaybeden tarafça ödenmesi gerektiğini düşünenler olduğu gibi, kahir ekseriyet böyle bir ödemenin kaybeden tarafa aşırı bir yük getireceğini⁵⁶⁶ ve bu nedenle makul kabul edilemeyeceğini aynı zamanda bu tutarın bir yargılama gideri olamayacağını ileri sürmektedir.⁵⁶⁷

Buna ilişkin yargı kararlarına bakıldığında ise bir önceki başlıkta incelenen kararlardan burada da bahsetmek yerinde olacaktır. Özellikle, *Kardassopoulos and Fuchs v. Georgia*, *RSM v. Grenada* ve *ATA v. Jordan* kararlarında hakem heyeti, yargılama giderleri bakımından karar verirken üçüncü taraf finansman anlaşmasının dikkate alınmasını gerektiren bir husus bulunmadığını ifade etmektedir. Bu kararların doktrinde makullük ölçütünün gerekçesi olarak kabul edilebileceği çıkarımında bulunulabilecektir. Zira finansman anlaşmasında finansörün alacağı ücretler genellikle tüm yargılama giderlerinden daha fazla bir meblağ olabilecektir. Kaybeden taraf aleyhine hükmedilen dava konusu tutar ve yargılama giderlerinin yanı sıra finansman

⁵⁶⁵ Bartsch, s. 18.

⁵⁶⁶ Martino Giaquinto, Ashley Pigott, “Conditional Fees and Their Effect on Arbitration”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, C. 66, S. 4, 2000, ss. 264-268, s. 266-267.

⁵⁶⁷ Wolfgang Kühn, “The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?”, *Journal of International Arbitration*, C. 35, S. 3, Kluwer Law International, 2018, ss. 307-328, s. 309; Goeler, *Third Party Funding*, s. 396-397; Mejia, s. 482; Wehrli, s. 253-254, Waincymer, s. 1246; Bühler, s. 272; David P. Roney, Katherine von der Weid, “Third-Party Funding in International Arbitration: New Opportunities and New Challenges”, *New Developments in International Commercial Arbitration*, Editör Christoph Müller ve Antonio Rigozzi, Schulthess, 2013, ss. 183-207, s. 206; Bernard Hanotiau, “The Parties’ Costs of Arbitration”, *Evaluation of Damages in International Arbitration (ICC Dossier)*, Editör Yves Derains, Richard H. Kreindler, C. 4, International Chamber of Commerce, 2006, ss. 213-222, s. 219.

sözleşmesinde belirlenen finansman ücretinin de kaybeden tarafa yüklenmesi adil olmayacağı gibi makul de görülemeyeceği ifade edilmektedir.

Her ne kadar genel uygulamanın bu yönde olduğu ifade edilebilecek ise de *Norscot Rig Management Pvt Limited v. Essar Oilfields Services Limited* ICC tahkimi yargılamasında tam aksi yönde bir karar verilmiştir. Bu nedenle kararın ve kararda yer alan görüşlerin daha detaylı açıklanmasının konuyu tartışmak bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Karara konu olayda, *Norscot* şirketi, *Essar* şirketinin aralarındaki sözleşmeye aykırı davrandığını iddia ederek tahkime başvurmuştur. Tek hakemle görülen yargılamada hakem, *Norscot*'u haklı bulunarak *Essar*'ın sözleşmeye aykırı davrandığı tespit etmiştir. *Norscot*, yargılama masraflarını karşılayabilmek için üçüncü taraf finansmanından faydalanmış ve finansör yaklaşık 647.000 sterlin tutarındaki yargılama masraflarını karşılamıştır. Üçüncü taraf finansman sözleşmesine göre finansör, yaptığı yatırımın karşılığında davanın kazanılması halinde yaptığı masrafların 3 katı veya yargılama sonunda hükmedilen tutarın %35'inden hangisi daha yüksek ise o miktara hak kazanacaktır.⁵⁶⁸

Hakem kararında, *Norscot*'u haklı bulmanın yanında 2012 ICC Tahkim Kurallarının yargılama giderlerinin kapsamını düzenleyen 37. maddesindeki “ *tarafların yasal veya diğer makul masrafları*” tanımına ve İngiliz Tahkim Kanununun yargılama giderlerinin kapsamını düzenleyen 59. maddesindeki “ *tarafların yasal veya diğer masrafları*” tanımına dayanarak 1,94 milyon sterlin tutarındaki üçüncü taraf finansman ücretinin tamamının *Essar* aleyhine yükletilmesine karar vermiştir.⁵⁶⁹

Bu kararın ardından davalı *Essar*, kararın iptali için İngiliz Yüksek Mahkemesine başvurmuştur. *Essar*'ın iptal için dayanağı “*hakem heyetini, yargılamayı veya kararı etkileyen ciddi anlamda usulsüzlükler*” içeren tahkim yargılamalarının iptal edilebileceğini düzenleyen İngiliz Tahkim Kanununun 68. maddesi olmuştur. *Essar*, iptal için gerekçesini özellikle kanunun 68/2-b bendine

⁵⁶⁸ Mejia, s. 483.

⁵⁶⁹ Duarte Gorjao Henriques, **The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the ‘Full-Disclosure-Wingers’ of TPF in International Arbitration**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/15/the-essar-v-norscot-case-a-final-argument-for-the-full-disclosure-wingers-of-tpf-in-international-arbitration/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

dayandırmıştır. Buna göre hakem heyetinin yetkisini aşması durumunda ciddi usulsüzlük varsayılabilir. *Essar*, İngiliz Tahkim Kanunu ve ICC Tahkim Kurallarında, üçüncü taraf finansman ücretinin yargılama masrafı olarak düzenlenmediğini, bu sebeple hakemin bu şekildeki kararının açıkça yetkisini aşması anlamına geldiğini savunmuştur.⁵⁷⁰ Yüksek mahkeme, hakemin kararında ciddi usulsüzlük olmadığına karar vermiş ve *Essar*'ın talebini reddetmiştir.⁵⁷¹ Mahkeme, kararında ayrıca hakemin üçüncü taraf finansman ücretinin “*diğer masraflar*” tanımına gireceğine ilişkin tespitinin doğru olduğunu ve bu tutara hükmetmenin hakemin takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir.⁵⁷²

Söz konusu tahkim yargılamasında masraflara ilişkin bu şekilde olağandışı bir karar verilmesinde, davalı *Essar* şirketinin kötü niyetli davranışlarının önemli rol oynadığı düşünülmektedir.⁵⁷³ Kararda, *Essar* şirketinin *Norcsot* şirketine bilerek ödeme yapmayarak finansal açıdan zayıflattığı ve kendi kaynaklarıyla tahkime başvurmasını imkânsız kıldığı, *Norcsot* şirketinin üçüncü taraf finansmanı kullanmaktan başka çaresi olmadığı belirtilmiştir.⁵⁷⁴ Bu nedenlerle böyle bir kararın emsal teşkil etmeyeceği, yalnızca istisnai bir örnek olarak kalacağı düşünülmektedir. Nitekim hukuki olarak da tahkimde, hakemler önceki hakem kararlarıyla bağlı değildir. Bu sebeple gelecekteki ICC tahkimlerinde de yargılama giderlerinin kapsamı belirlenirken *Essar* yargılamasında uygulanan mantık uygulanmak zorunda olmayacaktır. İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin kararı ise hakem kararının doğru olduğuna ilişkin değil, hakem kararında ciddi usulsüzlük olmadığına ilişkindir. Mahkemenin kararında üçüncü taraf finansman ücretlerinin diğer masraflar

⁵⁷⁰ Kühn, s. 312.

⁵⁷¹ *Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, England and Wales High Court (Commercial Court) 2361, paragraf 47, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75760d03e7f57eab7c1>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

⁵⁷² *Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, England and Wales High Court (Commercial Court) 2361, paragraf 70, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75760d03e7f57eab7c1>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

⁵⁷³ Meja, s. 486.

⁵⁷⁴ *Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, England and Wales High Court (Commercial Court) 2361, paragraf 21, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75760d03e7f57eab7c1>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

kategorisine girdiğine ilişkin tespiti ise esasla ilgili olmadığından *obiter dictum*⁵⁷⁵ olarak nitelendirilmelidir.⁵⁷⁶

Her ne kadar emsal teşkil etmeyeceği düşünülse de *Norscot v. Essar* kararı doktrinde sert bir şekilde eleştirilmiştir.⁵⁷⁷ Bir görüşe göre finansörün davanın kazanılması durumunda hak kazanacağı ücret, tahkim yargılamasında “yapılan” masraf olarak nitelendirilemeyecektir. Zira bu ücret, yargılama sırasında değil, karar verildikten sonra doğmaktadır. Ayrıca karar verilmesinden önce finansman sağlanan tarafından yapılan bir masraf olmadığı gibi bu masrafın yapılmasına doğrudan doğruya karşı taraf sebep olmamıştır.⁵⁷⁸ Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise üçüncü taraf finansörün ücreti, finansmandan faydalanan tarafın yaptığı masraf olarak sayılabilmelidir. Zira davacılar, haklarını koruyabilmek amacıyla dava açabilmek için üçüncü taraf finansör kullanmak zorunda kalabilmektedir. Üçüncü taraf finansman anlaşması da davanın kazanılması durumunda finansöre ödenecek ücreti beraberinde getirmektedir. Bu sebeple finansman sağlanan tarafın “yaptığı” bu masraf yargılama gideri olarak kabul edilmelidir.⁵⁷⁹ Bu görüşü destekleyici olarak ücretin doğumu işleminin finansman sözleşmesinin yürürlük tarihi ile gerçekleştiği ancak miktarının hakem heyetinin vermiş olduğu karar ile belirlendiği söylenebilecektir. Ancak davanın kaybedilmesi halinde finansöre bu yönde bir ücret ödenmeyeceğinden bu borcun doğması şarta bağlı da denilebilir. Şarta bağlı borçlar da şart gerçekleştikten sonra doğacağından yargılama sırasında henüz bu şart gerçekleşmeyeceğinden bu şekilde bir borcun doğmadığı da savunulabilecektir.

Başka bir görüşe göreyse yargılama sonunda finansman ücretinin yargılama gideri olarak hükmedilmesi karşı taraf bakımından olumsuz bir sürpriz olacaktır.

⁵⁷⁵ “Somut olaylar hakkında verilen kararlarda bağlayıcı emsal oluşturan, bu kararların hukuki ilkesidir. Buna “ratio decidendi” denilir. Yargı kararlarının içinde bağlayıcı kuvveti taşıyan yalnız bu ilke olduğu için, yargı organları birbirinin tamamen aynı olan olaylarda onu uygulamakla kalmaz, benzerlik gösteren her olayın bu ilkeye gerçekten tabi olup olmadığını da değerlendirir ve saptar. Ratio decidendi dışında kalan kısma “obiter dictum” yani karara etkili olmayan, karar dışı bölüm denilir. Kararlarda bu bölüm bağlayıcı değildir”, Fırat Gedik, Emel Koç, “Hüküm Kurma ve İçtihat”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67 S. 2, 2009, ss. 157-163, s. 158.

⁵⁷⁶ Kühn, s. 313.

⁵⁷⁷ Duarte Gorjao Henriques, *The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the ‘Full-Disclosure-Wingers’ of TPF in International Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/15/the-essar-v-norscot-case-a-final-argument-for-the-full-disclosure-wingers-of-tpf-in-international-arbitration/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

⁵⁷⁸ Kühn, s. 316.

⁵⁷⁹ Bartsch, s. 19.

Finansörler tarafından talep edilen tutarlar genellikle hükmedilen tutarın %40'ına kadar yaklaştığına göre davada kaybeden tarafa ek olarak büyük bir külfet yüklenecektir. Ayrıca finansörler arasında ücretlendirme bakımından tek tip bir uygulama yoktur. Tarafların yaptığı pazarlığa göre bu oran değişebilecektir. Zira sözleşme serbestisi gereği taraflar, finansörün dava sonundaki tutarın %90'ına hak kazanacağını dahi kararlaştırabileceklerdir.⁵⁸⁰ Başka bir görüşe göre ise yargılama sonundaki kazanılan tutar üzerinden finansöre ödenen ücret yargılama gideri sayılmamakla beraber finansman sağlanan taraf, finansman sözleşmesinden dolayı finansöre ödemek zorunda kaldığı bu ücreti ayrı bir dava ile dolaylı zararlar kapsamında davalı taraftan talep edebilecektir. Zira finansman sağlanan taraf, eğer davalının sözleşmeye aykırı davranışları olmasaydı, üçüncü taraf finansman sözleşmesi yapmak zorunda kalmayacağını ve zararlarının tazmini olarak hak kazandığı miktarın belli bir kısmını finansöre ödemek zorunda kalmayacağını savunabilecektir.⁵⁸¹

Norscot v. Essar kararına karşı görüşlere rağmen *Katanga Contracting Services v. Tenke Fungurume Mining* ICC tahkim yargılamasında benzer bir karar daha verilmiştir. Yargılamada hakem, üçüncü taraf finansmanından faydalanarak başlattığı tahkim yargılamasını kazanan *Katanga* şirketinin finansöre ödeyeceği yaklaşık 1 milyon dolar tutarındaki ücreti, yargılama gideri sayarak *Tenke* şirketinin ödemesine karar vermiştir. Hakem, bu kararının gerekçesi olarak *Norscot* davasına benzer şekilde üçüncü taraf finansmana ödenecek ücretin ICC Tahkim Kurallarında ve İngiliz Tahkim Kanununda belirtilen “diğer masraflar” olarak nitelendirilebileceğini belirterek yargılama gideri kapsamına girdiğini söylemiştir.⁵⁸² Bu kararın iptali için İngiliz Yüksek Mahkemesine başvuran *Tenke*, *Norscot* kararının sert bir şekilde eleştirilmesine karşın tekrar bu yönde bir karar verilmesinin hatalı olduğunu, hatta eldeki davada *Katanga* şirketine finansman sağlayan finansörün *Katanga* şirketinin ortaklarından birinin şirketi olduğu düşünüldüğünde bu kararın *Norscot* kararından da

⁵⁸⁰ Scherer/Goldsmith/Flechset, s. 214; Tabi ki burada belirli bir oranın geçilmesi davanın satın alınması yasağını gündeme getirebilecektir.

⁵⁸¹ Goeler, *Third Party Funding*, s. 396.

⁵⁸² Louise Barber, *Tenke v Katanga: The English Commercial Court Provides Further Clarity on the Ability to Recover Third Party Funding Costs in Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/27/tenke-v-katanga-the-english-commercial-court-provides-further-clarity-on-the-ability-to-recover-third-party-funding-costs-in-arbitration/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

kötü olduğunu savunmasına karşın⁵⁸³ bu başvuru, tıpkı *Essar* şirketinin başvurusu gibi hakemin yetkisini aşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁵⁸⁴

Kanaatimizce bu yöndeki kararların devamı gelebilecektir. Konuya farklı bir perspektiften yaklaşmak gerekirse, hakem heyetlerinin aslında burada bir nevi tazminat kararına mı hükmettikleri tartışılabilecektir. Öyle ki, yargılama giderlerinin maddi hukuka ait değil, usul hukukuna ilişkin bir mesele olduğu hususu genel olarak kabul edilmektedir.⁵⁸⁵ Burada finansöre ödenen tutar, usul hukukuna ilişkin yargılama gideri olarak değil de kaybeden tarafın kazanan tarafla arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin bir tazminatı olarak maddi hukukta mı değerlendirilmelidir? Tahkim yargılamasının ki, özellikle ticari tahkim bakımından, taraflar arasında bir ticari ilişkiye dayandığını ve bu ilişkinin bir sözleşme kapsamında karşılıklı yükümlülükler ile vücut bulduğu genele müteallik bir kabuldür. Burada tahkim yoluna başvuran taraf çoğunlukla karşı tarafın bu sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasıyla zarar gördüğünü ve bu zararının tazmin edilmesini hakem heyeti önünde dermeyan etmektedir. Giriş bölümünde de bahsettiğimiz üzere üçüncü taraf finansman sözleşmesi, çoğunlukla orta ölçekte ve büyümekte olan işletmelerin iddialarının tahkime taşınmasında büyük rol oynamaktadır. Bu işletmelerin genellikle kredi ve borçlanma anlamındaki kırılgan yapıları nedeniyle tarafı oldukları büyük projelerde, karşısındaki tarafın yükümlülüklerini yerine getirmemesi, geç getirmesi veya bilinçli ihlal etmesi nedenleriyle birdenbire büyük ekonomik sorunlarla yüz yüze kalabilmektedirler. Bu konjonktürde üçüncü taraf finansmanına başvuran taraf, yargılamada da haklılığını ispatlamış ise finansöre ödemiş olduğu tutar, aslında sözleşmeyi ihlal eden kaybeden tarafın sözleşme kapsamında yükümlü olabileceği bir tazminat kalemi olabilecektir.

Burada CISG md.74⁵⁸⁶ metninden hareket ederek bu konunun tazminat gibi ele alınması hâkim görüş tarafından kabul edilmemektedir. Kabul edilmemesinin bir

⁵⁸³ Aceris Law, **English Court Upholds Arbitration Award of Third-Party Funding Costs**, <https://www.acerislaw.com/english-court-upholds-arbitration-award-of-third-party-funding-costs/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

⁵⁸⁴ Tenke Fungurume Mining SA v Katanga Contracting Services SAS [2021] EWHC3301 (Comm), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/3301.html>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

⁵⁸⁵ Goeler, **Third Party Funding**, s. 370; Waincymer, s. 1194.

⁵⁸⁶ “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak

nedeni olarak yargılama giderlerinin maddi hukuka değil usul hukukuna ilişkin bir mesele olması gösterilmektedir. Zira burada teknik bakımdan maddi hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulması gereken bir konu bulunmamaktadır. Diğer bir görüş ise davanın reddedilmesi ihtimalinde davalı tarafın, davacı tarafın kusurlu olduğunu göstererek finansöre ödemiş olduğu ücretin geri alınmasını isteyemeyeceğini belirtmektedir. Daha açık bir anlatımla her iki tarafın da üçüncü taraf finansmanına başvurduğunu esas alalım. Davacı taraf, karşı tarafın sözleşmeye aykırılığını ispatladığında yargılama giderlerine tazminat olarak hak kazanabilirken, davasını ispatlayamayıp dava reddedildiğinde davalı taraf kendi finansörüne ödediği tutarı karşı tarafın(davacı) sözleşmeyi ihlalini ispatlayamadığı gerekçesiyle talep edememektedir. Özetle burada bir karşılıklılık oluşmamaktadır⁵⁸⁷. Bu görüşler elbette ki makullük kriterini de öne sürmektedirler.⁵⁸⁸

Tabi ki burada tarafların finansöre ödenmiş olan meblağa ilişkin bu tazminat taleplerini ikinci bir tahkim yargılamasına konu edebilecekleri düşünülebileceği gibi açıklama zorunluluğunun bazı tahkim merkezlerinde kabul edilmesi de göz önüne alındığında, yargılamanın başlangıcında bu tutarın da tazminat olarak talep edilmesi fikri öne sürülebilecektir. Kanaatimizce burada uçları keskin bir görüşe sahip olmak, çoğu zaman adalet ve hakkaniyetin tesisine engel olacak niteliktedir. Burada her görüşü ve eldeki olayın somut özelliklerini dikkate alarak vakıa üzerine çözüm üretilmesi gerekmektedir.

Buna mukabil, tezimizin 2. bölümün ana başlığında bahsettiğimiz *contingent* veya *contingency fee* anlaşmalarında olduğu gibi pekâlâ avukat da başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşması doğrultusunda davaya finansman sağlayabilecektir. Bu durum her ne kadar dar anlamda üçüncü taraf finansmanının sınırları dışında kabul edilse de bu konu özelinde birkaç noktaya değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Üçüncü taraf finansman anlaşması uyarınca finansöre ödenecek olan ücretin yargılama gideri olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, çünkü bu ücretin makul bir taraf yargılama

öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.”.

⁵⁸⁷ Zapata Hermanos Sucesores, SA v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maruice Lenell Cooky Company, United States Court of Appeals (11th Cir.), Judgment of 19 November 2002, <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1342398.html>, Erişim Tarihi: 20.06.2022; CISG Advisory Council Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, <http://cisgac.com/cisgac-opinion-no6-p2/>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

⁵⁸⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 415.

gideri olmadığı düşüncesini öne süren görüşler, başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmaları bakımından konuyu biraz daha yumuşak bir tavırla ele almaktadırlar.

Öyle ki burada ICSID tahkiminde görülmüş olan *Siag and Vecchi v. Egypt* davasında mahkeme, avukatı ile başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşması olan davacının bu anlaşmaya dayalı olarak ödemiş olduğu avukatlık ücretinin karşı taraftan talep edilebilir olduğuna hükmetmiştir. Karara katılmayan bir hakem, ödenen miktar perspektifinden konuyu ele alarak davacı tarafından alınan böyle bir riskin doğrudan doğruya davalıdan tahsil edilememesi gerektiğini ancak burada yarı yarıya bir paylaşma olması gerektiğini öne sürmüştür. Zira burada tarafların vekalet ücreti anlaşmalarında yüzdesel veya saatlik ücret bakımından fahiş miktarlar kararlaştırılabilecektir. Elbette Kara Avrupası Hukuk Sistemlerinde vekalet ücretine genellikle bir üst sınır getirilmektedir. Ancak böyle bir sınırlamanın olmadığı sistemlerde miktarlar fahiş ölçekte artabilecektir. Buna mukabil bazı yazarlar tarafından avukatlık vekalet ücretinin makul kabul edilebilmesi için hakem heyeti tarafından bazı ölçütlerin uygulanabileceği fikirleri öne sürülmüştür. Bu doğrultuda varsayımsal saatlik çalışma saati toplamı ile varsayımsal saatlik ücretin hesaplanarak hükmedilmesi gerektiği fikrini öne süren⁵⁸⁹ görüşler bulunmaktadır. Öte yandan böyle bir hesaplamanın da makul bir tablo meydana getirmeyeceğinden hareketle finansman anlaşmasındaki ücretin belirlenmesine ilişkin kısımlarla sınırlı olarak hakem heyetine açıklama zorunluluğunun olması veya hakemlerin finansman sağlanan taraftan bu bilgi ve belgeleri talep etmesiyle bir hesaplamanın yapılması gerektiğini savunanlar bulunmaktadır.⁵⁹⁰

Elbette ki burada açıklama zorunluluğunun artık tahkim merkezleri tarafından kabul edilmeye başlandığı hususunun doktrin ve yargı kararlarını etkileyeceğini ifade etmek önemlidir. Zira finansmanın açıklanmasının zorunluluk olarak kabulü, görece çok yenidir. Bu nedenle doktrin ve hakem kararlarında açıklama zorunluluğu sonrasında farklı karar ve uygulamaların da oluşabileceği, bu durumun tartışmaların rotalarında değişiklik yaratabileceğini düşünmekteyiz.

⁵⁸⁹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 390.

⁵⁹⁰ Wehrli, s. 255-258.

Bu başlıkta son olarak dikkate alınması gereken konu, ulusal düzenlemelerin finansöre ödenecek ücrete ilişkin etkisidir. Bu etkinin somut yansıması, tahkim yargılaması bakımından kendisini iptal ve tanıma-tenfiz davalarında göstermektedir. İptal davalarında ulusal mahkemeler ulusal mevzuatları kaynaklı olarak emredici bir düzenleme ile finansman anlaşmalarının yasaklanması veya bununla bağlantılı yasakların getirilmesi yahut kamu düzeni mefhumunca bir aykırılık bulunması halinde finansör ücretinin hükmedildiği hakem kararı iptal yaptırımı ile karşılaşabilecektir. Öte yandan tanıma-tenfiz davalarında da New York Konvansiyonu'nda belirtilen kriterlerin dikkate alınarak, hakem kararının icra edilebilirlik yönünün göz ardı edilmemesi, kararın efektif olarak uygulanabilmesi bakımından oldukça önemlidir.⁵⁹¹

3.3.3.3. Finansörün Sorumluluğu

Bu bölümün başında konunun somutlaştırılabilmesi amacıyla vermiş olduğumuz fiksiyon olayımıza geri dönersek, davalının kazandığı ihtimalde, hakem heyeti tarafından kazanan tarafın yargılama giderleri üçüncü taraf finansör aleyhine hükmedilebilecek midir? Daha açık bir anlatımla, üçüncü taraf bir finansör tarafından finanse edilen ve yargılama neticesinde kaybeden tarafın iddiaları üzerine bir tahkim yargılaması ile yüz yüze kalan kazanan taraf, pahalı avukatlarla çalışmak mecburiyetinde kalmış ve bu davanın çözümlenebilmesi için delil ikamesi harcamaları yapmış olabilecektir. Kaybeden tarafın, kazanan tarafın tahkim yargılaması için yapmış olduğu bu masrafları karşılayabilecek finansal gücünün bulunmaması halinde kazanan taraf hem anlamsız bir dava ile uğraşarak vakit kaybetmiş olacak hem de maddi anlamda çok ciddi bir zarara uğramış olacaktır. Bu nedenle kazanan tarafın yargılama giderleri kaybeden tarafla birlikte finansörün de aleyhine hükmedilebilecek midir?

Bu soruya cevap aranırken karşılaşılabilecek ilk muhtemel sorun tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilidir. Zira daha önceki bölümlerde de müteaddit kereler bahsedildiği üzere tahkim anlaşması, istisnaları bir kenara bırakmak kaydıyla, yalnızca taraflar arasında hüküm tesis etme yetkisini hakem heyetine vermektedir. Bu doğrultuda tahkim anlaşmasının tarafı bulunmayan üçüncü kişi aleyhine yargılama

⁵⁹¹ Wehrli, s. 251; Giaquinto/Pigott, s. 264; Jennifer A. Trusz, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, The Georgetown Law Journal, C. 101, 2013, ss. 1649-1682, s. 1649; Rogers, s. 18.

giderlerine hükmetmek, hali hazırdaki tahkim anlaşmasının üçüncü tarafa teşmili istisnaları dikkate alındığında mümkün görünmemektedir.⁵⁹²

Bu konuya ilişkin uygulamalara bakıldığında tahkim finansmanı tarafında pek çok olmasa da dava finansmanı tarafında örneklerle ve uygulama tarafından oluşturulmuş ilkelere rastlamak mümkündür. Öyle ki İngiliz ve Amerikan ulusal mahkemelerinde görülen davalarda, davanın tarafı olmayan fakat davadan kısmen ekonomik çıkarı olan ve kısmen davanın kontrolünü elinde tutan üçüncü taraf finansörler aleyhine yargılama giderlerinin hükmedilebildiği görülmektedir. Bu kararların altında yatan düşünce, davanın kazanılması halinde finansal bir fayda sağlayan finansörün, davanın kaybedildiği ihtimalde yargılama giderlerine ilişkin hiçbir sorumluluk almadan kurtulmaması gerektiği düşüncesidir.⁵⁹³

Bu bağlamda incelenmeye değer olan *The Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors* davasında, mali durumu zayıf davacının davasını sürdürebilmesi için üçüncü taraf finansör 1,3 milyon sterlin tutarında yatırım yapmıştır. Davacı, davayı kaybetmiştir. Davalı, yargılama masraflarının 6 milyon sterlin olduğunu iddia etmektedir. İlk derece mahkemesi kararında, davalının yargılama giderlerinin finansöre yükletilmesinin davaların finanse edilmesine caydırıcı bir etki yapacağını söyleyerek, bu talebi reddetmiştir. Bu kararı temyiz eden davalı dava kazanılması halinde kâr sağlayacak olan finansörün, dava kaybedilmesi durumunda yargılama giderlerinden sorumlu olması gerektiğini savunmuştur. İngiltere Temyiz Mahkemesi ise kararında finansörün yatırım yaptığı tutar kadar aleyhe giderlerden sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemenin bu kararı ve bu sınırlaması Arkin sınırı (*Arkin cap*) olarak literatüre geçmiştir. Arkin sınırının uygulanmasının ardından finansör, davalının 6 milyon sterlin tutarındaki giderlerinin yalnızca 1,3 milyon sterlin tutarındaki kısmından sorumlu tutulmuştur.⁵⁹⁴

Davanın kazanılması halinde ekonomik fayda sağlayacak olan üçüncü taraf finansörün dava kaybedilmesi halinde sorumluluktan kaçamaması gerektiği argümanı tahkimde üçüncü taraf finansörler aleyhine yargılama gideri hükmedilebilmesi için

⁵⁹² Bartsch, s. 23.

⁵⁹³ Brekoulakis/Goeler, s. 10.

⁵⁹⁴ *Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors* [2005] EWCA Civ 655, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71660d03e7f57ea752f>, Erişim Tarihi: 22.05.2022; Bartsch, s. 21.

sağlam bir argüman gibi gözükse de tahkimin temelini oluşturan rıza prensibini değiştirebilmek için yeterli bir argüman değildir.⁵⁹⁵ Eş deyişle tahkim anlaşmasının duvarları bu argüman ile yıkılamayacaktır. Bu nedenle üçüncü taraf finansörlerin nasıl sorumlu tutulabileceği konusu doktrinde halen tartışılmaktadır.

Bu doğrultuda, üçüncü taraf konumundaki kişinin bir tutum veya davranışının tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabildiği durumlarda tahkim anlaşmasının üçüncü tarafa teşmil edilebileceği kabul edilmektedir. Bu durumlardan bazıları olarak üçüncü tarafın tahkim anlaşmasına taraf şirket ile şirketler grubuna dahil olması, alacağın temliki veya başka bir yol ile halefiyet ilişkisi içinde olmaları, üçüncü kişi yararına sözleşme yapılması, tüzel kişilik perdesinin aralanması sayılabilecektir.⁵⁹⁶ Ancak bu yaklaşımların hiçbiri tahkim anlaşmasının üçüncü taraf finansöre teşmil edilebilmesi için uygun düşmemektedir.⁵⁹⁷

Her ne kadar üçüncü taraf finansörler finansman sağladıkları tahkim yargılamasına aktif olarak dahil olabilseler de finansörlerin bu davranışlardan tahkim anlaşmasına taraf olmaya zımnen rıza gösterdiği anlamı çıkmayacaktır.⁵⁹⁸ Kaldı ki tahkim anlaşmasının yazılı olması bir geçerlilik şartıdır. Ancak doktrinde finansörün tahkimin başlatılmasındaki rolü ve tahkim yargılamasındaki kontrol yetkisinin finansörün tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterdiği anlamına geleceğini ve finansör aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebileceğini söyleyen bir görüş de vardır.⁵⁹⁹

Öte yandan bazı tahkim kurallarında⁶⁰⁰ tahkim davalarının birleşmesi gibi bazı hallerde üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dahil edilebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır.⁶⁰¹ Bu düzenlemeden de görüleceği üzere üçüncü bir kişinin tahkim yargılamasına iştirakinde tarafların rızalarının bulunması gerekmektedir. Bu kural,

⁵⁹⁵ Levy/Bonnan, s. 84; Brekoulakis/Goeler, s. 11; Goeler, **Third Party Funding**, s. 419.

⁵⁹⁶ Esen, s. 12-16.

⁵⁹⁷ Bartsch, s. 23.

⁵⁹⁸ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 161.

⁵⁹⁹ Oliver Gayner, Susanna Khouri, “**Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding**”, Fordham International Law Journal, C. 40, S. 3, 2017, ss. 1033-1046, s. 1046.

⁶⁰⁰ bkz. Hollanda Tahkim Kurumu (Netherlands Arbitration Institute-NAI) Tahkim Kuralları m. 39/3 .

⁶⁰¹ Hollanda Tahkim Kurumu Tahkim Kuralları m.39/3: Üçüncü kişi aşağıdaki şekilde atanır:

- (a) Yönetici, tarafları on dört gün içinde müştereken üçüncü bir kişiyi atamaya davet eder;
- (b) Taraflar bu süre içinde üçüncü bir kişi atamamışlarsa, yönetici üçüncü kişiyi doğrudan atar;
- (c) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılamasında görevlendirilen ve konsolidasyonu istenen hakemlerin hiçbiri üçüncü kişi olarak atanamaz; ve
- (d) Üçüncü kişi atanmasında 11, 17, 18, 19 ve 20. maddeler uygun olduğu ölçüde uygulanır.

kıyas yoluyla üçüncü taraf finansörün, özellikle maddi konular bakımından dava konusu ve sonucu ile ilgili olması nedeniyle, yargılamaya katılabilmesi için kullanılabilecektir. Ancak, finansman anlaşmasının finansör tarafından feshine ilişkin geniş yetkileri barındırması finansman sağlananın finansörün dolaylı etkisinde hareket etmesine neden olacağından ve finansör de böyle bir riski almak istemeyeceğinden, tarafların rızasıyla üçüncü taraf finansörün tahkim yargılamasına dahil edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, yatırım tahkimindeki kişi bakımından yetki göz önüne alındığında davacı tarafın ev sahibi devlette bir yatırımcı olması, davalının ise devlet olması gereklilikleri karşısında üçüncü bir tarafın yargılamaya dahil olması kişi bakımından yetki kuralları nedeniyle mümkün olmayabilecektir.⁶⁰²

Doktrinde, üçüncü taraf finansör aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesinin hukuken mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ülkelerin tahkim kanunlarında ve kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında yapılacak düzenlemeler ile, üçüncü taraf finansörün yargılama giderlerinden sorumlu olacağı yönünde hakemlere yetki verilerek bu durumun mümkün olabileceğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Buna göre bu şekilde bir düzenleme, uluslararası tahkimi tarafların yargılama giderlerini karşı taraftan tahsili bakımından daha güvenli hale getirerek tercih edilmesini arttıracak ve finansörlerin aleyhe giderlerden sorumlu olabileceği düşüncesiyle finansman sağlayacağı davaları daha dikkatli seçmelerini sağlayacaktır.⁶⁰³

Bir üst başlıkta, finansöre ödenecek ücrete yargılama gideri olarak hükmederken bu konunun sözleşme kapsamında oluşabilecek bir tazminat sorumluluğunu doğurabileceği ve bunun hakem heyeti önünde dermeyeran edilebileceği ifade edilmişti. Finanse edilen tarafın genellikle davacı taraf olduğu ve davalının genellikle savunma yaptığı gerçeği göz önüne alındığında bu ihtimalin bu başlık altında pek geçerli olmayacağı düşünülebilir. Ancak somut olayın koşullarına göre bir haksız fiil(*culpa*) sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu durumda kendisine bilinçli olarak zarar

⁶⁰² Erkan, **Yetki**, s. 225; Yılmaz, **ICSID**, s. 90 vd.

⁶⁰³ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 162-163; The Law Reform Commission of Hong Kong, **Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration**, s. 73, https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf, Erişim Tarihi: 24.05.2022.

verildiğini düşünen taraf, bu kere ulusal mahkemelerde yargılama giderleri bağlamında doğmuş olan zararının tazmini için finansörü dava edebilecektir.

Kanaatimizce de mevcut düzenlemeler ve uygulama ile hakem heyeti tarafından finansör aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi pek mümkün görünmemektedir. Tabii ki burada bugünkü anlamda üçüncü taraf finansmanının görece genç olmasının etkisi oldukça fazladır. İlerleyen dönemlerde bu hususa ilişkin düzenlemeler getirilebileceği gibi mevcut düzenlemeleri temel alarak yeni doktrinlerle bu durum kalıcı bir uygulama haline de dönüştürülebilecektir.

3.3.3.4. Durum Tespiti Giderleri

Daha önce açıkladığımız üzere, finansörler bir yargılamayı finanse etmeden önce detaylı durum tespiti(*due diligence*) yapmaktadırlar. Burada potansiyel davacının iddialarında ne derece haklı olduğu ve bu haklılığını hangi delillere dayandırabileceği, eldeki tüm veri ve olaylar bakımından araştırılmaktadır. Bu araştırmada muhasebeci, avukat ve teknik pek çok uzman saatlerce çalışabilmektedir. Bu maliyet bir yargılama gideri olarak kabul edilebilecek midir?

Bu başlık finansör ücretinin yargılama gideri olarak kabul edilip edilmeyeceği yönündeki tartışmayı hatırlatabilecek ise de burada aslında yargılamanın esasına ilişkin ileride kullanılabilecek iddia ve savunmalar ile bunlara ilişkin deliller yönünden bir araştırma yapıldığı ve nitekim bu hususların yargılama faaliyetinde kullanıldığı düşünüldüğünde aslında çok da benzer oldukları ifade edilemeyecektir.⁶⁰⁴

Burada öncelikle bakılması gereken ölçüt bu inceleme giderlerinin dava sonucunda finanse edilen tarafın elde ettiği tutardan geri alınıp alınmayacağıdır. Finansör tarafından bu tutar geri istenmeyecek ise zaten yukarıda tartışıldığı üzere “yapılan” bir giderden bahsedilemeyeceği için yargılama gideri olarak dikkate alınmayacaktır.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ Hodges/Peysner/Nurse, s. 75.

⁶⁰⁵ Wehrli, s. 253.

Buna mukabil, inceleme giderlerinin finansör tarafından davacıdan istenilmesi halinde verilecek cevap önceki kadar net olmayabilecektir. Buradaki ölçüt, hiç şüphesiz bu araştırma neticesinde elde edilen bütün verilerin finansör tarafından finanse edilen tarafla paylaşılıp paylaşılmayacağıdır. Bu araştırmanın tüm detayları ile veya davada kullanılabilecek şekilde paylaşıldığı ve finanse edilen tarafından yargılamada bu paylaşımların kullanıldığı ihtimalinde bu giderler yargılama gideri olarak kabul edilebilir görünmektedir. Ancak burada “makul” ölçütünü de gözden kaçırmamak gereklidir. Giderin makul olup olmadığı elbette hakem heyeti tarafından takdir edilecektir. Uygulama bakımından bu tutarın finansör tarafından yansıtma fatura şeklinde finansman sağlanana iletebileceği düşünülmektedir.⁶⁰⁶ Bu faturada söz konusu incelemenin nasıl ve nerelere hangi nedenlerle yapıldığına ilişkin detaylı açıklamaların bulunması hakem heyetinin takdir yetkisini kullanırken lehte bir bakış açısı oluşturacağı kanaatindeyiz.

3.4. Teminat Gösterilmesi

3.4.1. Genel Olarak

Uluslararası tahkim yargılamasında masraflar için teminat gösterilmesi, yargılama sırasında davalı tarafından talep edilebilen bir çeşit geçici hukuki koruma tedbiridir. Bu tedbirin amacı, davacının aleyhine karar verilmesi halinde, davacıya yükletilecek olan yargılama giderlerini ödeyebileceğinin garanti altına alınmasıdır.⁶⁰⁷ Hakem heyetinin kendisini teminat gösterilmesine karar vermeye yetkili görmesi ve davalının teminat gösterilmesi talebinin kabulüne karar vermesi halinde, davacının hakem heyeti tarafından belirlenen tutarı bir hesaba teminat olarak yatırması veya başka türlü hakem heyeti tarafından kabul edilecek bir teminat göstermesi gerecektir. Eğer davacı, bu belirtilen tutarı teminat olarak göstermezse davası reddedilecektir.⁶⁰⁸

Teminat gösterilmesi talebiyle karşı karşıya kalan bir hakem heyeti, davacının adalete erişim hakkı ile davalının kazanırsa haksız yere yaptığı masrafları geri alma

⁶⁰⁶ Goeler, **Third Party Funding**, s. 413; Waincymer, s. 1250.

⁶⁰⁷ Marie Stoyanov, Olga Owczarek, “**Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?**” BCDR International Arbitration Review, Editör Nassib G. Ziade, C. 2, S. 1, Kluwer Law International, 2015, ss. 171-200, s. 192.

⁶⁰⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 333.

hakkının arasında menfaat dengesini kurması gerecektir.⁶⁰⁹ Tahkim yargılamasında üçüncü taraf finansmanının varlığının hakem heyetinin kuracağı bu menfaat dengesine nasıl bir etki yapması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bu konuyu tartışmadan önce, hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin hangi durumlarda olup olmadığından bahsetmek faydalı olacaktır.

3.4.2. Hakem Heyetinin Teminat Gösterilmesine Karar Verme Yetkisi

Hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisi, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak olan hukuka göre belirlenecektir. Tarafların tahkim anlaşmasında hakem heyetine teminat gösterilmesine karar verme yetkisi tanıdıkları veya hakem heyetine teminat gösterilmesine karar verme yetkisi tanıyan bir kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulundukları hallerde hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu açıktır.⁶¹⁰

Bazı ulusal yasalar ve tahkim usul kuralları, tahkim masrafları için teminat talep edilebileceğini açıkça düzenlemektedir.⁶¹¹ Örnek olarak, İngiliz Tahkim Kanunu madde 38.3.’teki “*Hakem kurulu, davacının tahkim giderlerini karşılayan bir teminat göstermesini isteyebilir.*” şeklindeki düzenlemeyle hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğunu açıkça düzenlemiştir.⁶¹² Ayrıca Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA)⁶¹³, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC)⁶¹⁴, Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC)⁶¹⁵ kurallarında da hakemlerin teminat gösterilmesine karar verme yetkisi açıkça

⁶⁰⁹ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 168.

⁶¹⁰ Goeler, **Third Party Funding**, s. 335.

⁶¹¹ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 169.

⁶¹² Rifat Erten, “İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 3, 2009, ss. 539-577, s. 558; Arbitration Act 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/38>, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

⁶¹³ Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Kuralları Madde 25/2, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Lcia-arbitration-rules-2020.aspx, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

⁶¹⁴ Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) Kuralları Madde 27/1-j, http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

⁶¹⁵ Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Kuralları Madde 24, https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018%20Rules%20book/2018%20AA%20Rules_English.pdf, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

düzenlenmektedir.⁶¹⁶ Yeni ICSID 2022 Tahkim Kuralları madde 53.1.'de “*Bir tarafın talebi üzerine Heyet, davacı veya karşı davacının masraflar için teminat göstermesine karar verebilir.*” denerek hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu açıkça düzenlenmiştir.⁶¹⁷ Türk hukukunda ise Milletlerarası Tahkim Kanununda bu yönde bir düzenleme bulunmasa da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 48. maddesinde Türk mahkemesinde dava açan yabancı gerçek veya tüzel kişilerin yargılama giderleri ve karşı tarafın zararını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği tutarda bir teminat göstermeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları⁶¹⁸, UNCITRAL Tahkim Kuralları⁶¹⁹ gibi bazı kurumsal tahkim kurallarının geçici hukuki koruma tedbirlerini düzenleyen maddelerinde, hakemlerin teminat gösterilmesine karar verme yetkisi açıkça düzenlenmemektedir.⁶²⁰ Ancak tahkim yargılamasına uygulanacak hukukta, hakemlerin teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu açıkça düzenlenmemiş olsa bile hakemlere geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi tanıyan genel bir hükmün varlığında dahi hakemlerin bu düzenlemeye dayanarak masraflar için teminat yatırılmasına karar verme yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.⁶²¹ Nitekim hakem heyetlerinin de bu yönde kararlar verdiği görülmektedir.⁶²²

⁶¹⁶ 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, ss. 33-62, (Süral-Efeçinar, **Teminat**), s. 40;

⁶¹⁷ ICSID Tahkim Kuralları Madde 53/1, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/rule_amendment_proposals_convention.pdf, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

⁶¹⁸ Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Madde 28, https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_28, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

⁶¹⁹ UNCITRAL Tahkim Kuralları Madde 26, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

⁶²⁰ Chris Parker, **A Global Perspective on Availability of Security for Costs and Claim in International Arbitration: Mirage or Oasis?**, <https://www.herbertsmithfreehills.com/hsfpdf/latest-thinking/a-global-perspective-on-availability-of-security-for-costs-and-claim-in?pdf=1>, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

⁶²¹ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, 3. Bası, Kluwer Law International, 2020, s. 2494; ICCA-Queen Mary Task Force, s. 169; Goeler, **Third Party Funding**, s. 335; Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, “**Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules**”, Revista Romana De Arbitraj, C. 15, S. 3, Wolters Kluwer Romania, 2021, ss. 15-32, s. 25.

⁶²² Bu yöndeki kararlar için bkz. Goeler, **Third Party Funding**, s. 349-356.

3.4.3. Uygulanacak Kriterler

Hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu kabulü, teminat gösterilmesi talebini kabul etmek mecburiyeti olduğu anlamına gelmemektedir. Hakemlerin bu talebi kabul etmede takdir yetkileri bulunmaktadır. Teminat gösterilmesi yetkisini düzenleyen tahkim kanun ve kurallarında genellikle hakemlerin takdir yetkisini kullanırken hangi kriterleri gözeticeğine dair düzenlemeler bulunmamaktadır.⁶²³

Geçici hukuki koruma tedbirine karar vermek için genel kabul gören kriterler; hali hazırdaki durumda meydana gelebilecek bir değişim nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkânsız hale geleceği yahut gecikmesi sebebiyle ciddi bir zararın doğacağı⁶²⁴ yargılama giderleri için teminat gösterilmesi gerekliliğinin hakem heyeti tarafından değerlendirilmesinde efektif bir sonuca ulaşmayı sağlayabilecek nitelikte değildir.⁶²⁵

Bu durum, görülen yargılamalar ve bu yargılamalardaki olaylar ve talepler neticesinde teminat gösterilmesi bakımından başlıca değerlendirme kriterlerinin doğmasına neden olmuştur. Burada aslında temelde iki ana çıkarın birbirine karşı olan korelasyonunun hakemleri değerlendirme kriterlerini belirlediğini söylemek güç olmayacaktır: davacı taraf bakımından adalete erişim hakkı, davalı taraf bakımından ise tahkim masraflarını geri elde edemeyeceği endişesi.

Bu kriterler aşağıda uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkimi bakımından ayrıma gidilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Esasen buradaki ayrımın temel nedeni, yatırım tahkimindeki davacı olan yatırımcının hak arama hürriyetine duyulan hassasiyetin teminat konusu üzerindeki etkisidir. Bu husus, aşağıda daha detaylı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

⁶²³ Goeler, **Third Party Funding**, s. 336.

⁶²⁴ Bu hususta bkz. Türk ulusal düzenlemesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İhtiyati tedbirin şartlarını düzenleyen 389. Maddesi, RG, 04.02.2011, Sayı 27836.

⁶²⁵ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 41.

3.4.3.1. Uluslararası Ticari Tahkim Bakımından

Bahsedildiği üzere her ne kadar hakem heyetinin takdir yetkisine etki edecek yazılı düzenlemeler ile getirilmiş yeknesak kriterlerden bahsetmek mümkün değilse de hakem heyetleri, kurumlar ve bazı akademisyenler, teminat gösterilmesi talebinin değerlendirilmesinde genel kabul gören kriterler belirlemişlerdir.⁶²⁶ Hakemler, genellikle teminat ile ilgili kararlarında bu kriterlerden hareket etmektedirler.

Uluslararası ticari tahkimde hakem heyetlerinin teminat gösterilmesi için karar verirken; teminat gösterilmesi talebinin haklı bir davayı önlemek amacıyla yapıp yapılmadığı, talebin yapılma zamanı, davacının finansal durumunun kötüleşmesine davalının katkısının olup olmadığı, davacının mevcut maddi durumun tarafların tahkim anlaşmasını imzaladıkları sırada mevcut olan maddi durumunun önemli ölçüde farklı olup olmadığı, davacının kasti olarak malvarlığını elinden çıkarmak, adresini yanlış bildirmek gibi kötü niyetli hareketleri olup olmadığı ve davacının daha önce taraf olduğu yargılamalarda aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini ödeyip ödemediği, davacının kaybettiği ihtimalinde yargılama giderlerini sırf ödememek adına paravan bir şirket kurup kurmadığı⁶²⁷ gibi kriterleri göz önünde bulundurmaktadırlar.⁶²⁸ Bunlardan en önemlisinin teminat göstermesi talep edilen davacının maddi durumunun olduğu ifade edilmektedir. Nitekim davacının mevcut maddi durumunun yargılama sonunda yargılama giderlerini ödeyemeyeceğini göstermesi gerekmektedir. Genellikle ispat yükü teminat gösterilmesini talep eden taraf üzerindedir.⁶²⁹

3.4.3.2. Uluslararası Yatırım Tahkimi Bakımından

Yatırım tahkimi bakımından da teminat gösterilmesine ilişkin kriter, ölçüt ve değerlendirme esaslarını belirleyen yeknesak ve belirli düzenlemeler yok iken güncel 2022 ICSID kuralları ile belirleyici kriterler getirilmiştir.

⁶²⁶ Goeler, **Third Party Funding**, s. 336.

⁶²⁷ Doktrinde “*Cherry-picking*” olarak adlandırılan bu yöntemde davacı sırf yargılamanın olumsuz giderlerinden kurtulmak maksatlı paravan bir şirket üzerinden ilerlemektedir.

⁶²⁸ Goeler, **Third Party Funding**, s. 337; Pierre A. Karrer, Marcus Desax, “**Security for Costs in International Arbitration Why, When and What If**”, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, ss. 338-353, s. 348, https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/444.pdf, Erişim Tarihi: 16.05.2022; Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 42.

⁶²⁹ Brekoulakis/Goeler, s. 12.

Yabancı yatırımcılar ve ev sahibi devletler arasında görülen davalarda adalete erişimin daha hassas bir konu olmasından dolayı, uluslararası yatırım tahkiminde teminat gösterilmesi talepleri genellikle kabul görmemektedir.⁶³⁰⁶³¹ Zira yatırım tahkiminin temel amacı, ulusal yargı ve kurallardan bağımsızlaşarak ve öngörülebilir düzenlemeler içeren yapısıyla yabancı yatırımcıların kendilerini güvende hissetmelerini sağlayacak bir uyuşmazlık çözüm zemini oluşturmak ve böylelikle yabancı yatırım ve sermayenin tüm dünyada serbestçe dolaşımını sağlamaktır. Bu kapsamda yatırımcının önüne teminat engelinin konulması, deyim yerinde ise yatırım tahkiminin ilkesel anlamda taşıyıcı kolonlarını yıkmak gibidir. Öyle ki yabancı bir yatırımcının ev sahibi devlet tarafından keyfi olarak kamulaştırılma riski ve yatırımcının ev sahibi devletin eylemleri sebebiyle maliyetli bir tahkim süreci başlatması sonucunda maddi olarak zor durumda kalabileceğinden, bu tür davalarda teminat gösterilmesi yatırımcıyı neredeyse haklarını aramaktan tamamıyla alıkoyacaktır.⁶³² Bu sebeple, davacının daha önce taraf olduğu yargılamalarda aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini kasıtlı olarak ödememesi gibi davranışların yatırımcının kötü niyetli olduğunu göstereceği durumlarda, istisnai olarak teminat gösterilmesi talepleri hakem heyetleri tarafından kabul edilmektedir.⁶³³

Nitekim 1984'ten beri yayımlanan ICSID kararlarının incelenmesinde, teminat gösterilme talebinin kabul edildiği yalnızca 3 karara rastlanmıştır.^{634 635} Son on yılda uluslararası tahkimlerde talep edilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin %20'sini

⁶³⁰ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 41; Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2022;

⁶³¹ ICSID hakem heyetlerinin yalnızca teminat gösterilmesi tedbiri talebini değil, genel olarak geçici hukuki koruma tedbir taleplerini çoğunlukla reddetme eğiliminde oldukları görülmektedir., Burak Eryiğit, “**ICSID Yatırım Tahkimi Kapsamında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri**”, Tahkim Yargılaması, Editör Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 445-454, s. 451.

⁶³² Goeler, **Third Party Funding**, s. 337.

⁶³³ Brekoulakis/Goeler, s. 13; RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2022; South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2022.

⁶³⁴ Jeffrey Commission, Craig Arnott, **Reexamining the Role of Security for Costs**, https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/reexamining-the-role-of-security-for-costs/#_ftn1, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

⁶³⁵ Bu kararlar ilerleyen bölümlerde incelenecek olup burada yalnızca teminat kararının istisnai yönünü vurgulamak amacıyla değinilmiştir.

teminat gösterilmesi talepleri oluşturduğu düşünüldüğünde bu oran bu tedbirin uygulanmasının istisnai niteliğini kanıtlamaktadır.⁶³⁶

Bu bağlamda güncel teminat konusuna bir çerçeve getiren güncel ICSID Tahkim Kurallarına değinmek oldukça önemli ve aydınlatıcı olacaktır. Kurallarda madde 53.1.'de “*Bir tarafın talebi üzerine Heyet, davacı veya karşı davacının masraflar için teminat göstermesine karar verebilir.*” denerek hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Bu yetkiyi takiben Kuralların 53/3. maddesinde hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verirken dikkate alacağı kriterler de düzenlenmiştir. Buna göre hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verirken göz önünde bulunduracağı kriterler şunlardır;⁶³⁷

- İlgili tarafın aleyhine yargılama giderleri hükmedilmesi halinde finansal gücünün bu giderleri karşılamaya yetip yetmeyeceği,
- İlgili tarafın aleyhine yargılama giderleri hükmedilmesi halinde bu karara uyma isteğinin olup olmayacağı,
- İlgili tarafın masraflar için teminat göstermesinin davasını veya karşı davasını sürdürebilme kabiliyeti üzerinde yapacağı etki,
- Tarafların davranışları,
- İlgili tüm durumlar.

Bahsedildiği üzere bu ölçütleri ifade etmek bakımından tarafımızca “çerçeve” kelimesinin kullanılması, kuralların hakem heyetinin vereceği kararlar bakımından takdir yetkilerini kısıtlayacak veya indirgeyecek bir düzenleme olmaktan öte bu takdir yetkisine bir çerçeve getirmesinden kaynaklanmaktadır.

⁶³⁶ David Goldberg, Yarik Kryvoi, Ivan Philippov, **2019 Empirical Study: Provisional Measures in Investor-State Arbitration**, Londra: British Institute of International and Comparative Law White & Case, 2019, s. 10.

⁶³⁷ ICSID 20 Ocak 2022 Teklif Edilen Tahkim Kuralları Değişiklikleri Madde 53/3 https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/rule_amendment_proposals_convention.pdf, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

3.4.4. Üçüncü Taraf Finansmanın Etkisi

Yargılama giderleri için teminat gösterilmesine karar verirken üçüncü taraf finansmanın varlığının dikkate alınıp alınmaması son dönemlere değin doktrinde tartışmalı iken, özellikle ICSID düzenlemesiyle yeni bir dönemin diğer tahkim merkezlerinin kuralları bakımından da başlayacağı kabul edilebilir. Nitekim UNCITRAL taslak düzenlemesi de bu değişimin bir göstergesi olarak ifade edilebilecektir. Her ne kadar düzenlemelerde bu konu yer almaya başlamışsa da konuyu kavramak bakımından bu görüşlerin tartışılması önemlidir.

Öte yandan, burada üçüncü taraf finansmanının teminat gösterilmesine etkisi ile kastedilen davacı tarafın teminat gösterip göstermemesi ile ilgilidir. Bu bağlamda hakem heyeti finansörün teminat göstermesine karar verebilecek midir? Öyle ki finansör, finansman sağlanan taraf kazanırsa maddi fayda sağlayacak ancak finansman sağlanan taraf kaybederse hiçbir sorumluluk almadan çekip gidebilecek ve bu durum davalı tarafın yaptığı masrafları kendi üzerinde bırakacağından oldukça adaletsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Her ne kadar burada adaletsiz bir durum olduğu aşikâr ise de finansörün tahkim anlaşmasına taraf olmaması ve bu anlaşmayla bağlı olmaması nedeniyle finansör hakkında karar verilemeyecektir. Bu sebeple hakem heyetinin finansöre teminat yatırmasını emretme yetkisi yoktur.⁶³⁸

3.4.4.1. Üçüncü Taraf Finansmanının Dikkate Alınmaması Gerektiği Yönündeki Düşünceler

Üçüncü taraf finansmanı anlaşmasının, yargılamada teminata hükmederken dikkate alınmaması gerektiğini savunan görüşlerin üç temel argümanı vardır. Buna

⁶³⁸ Bu bağlamda her ne kadar hakem heyeti finansöre karşı yetkisiz olsa da finansman sağlanan tarafın teminat yatırmamasına karar vermesi halinde zaten büyük ihtimalle finansman sağlanan taraf maddi anlamda zayıf olduğundan bu teminatı ek finansman almak yoluyla finansörden temin etmesi gerekecektir. Finansörün bu teminatı verip vermeyeceği finansman sağlanan ile aralarındaki anlaşmaya bağlı olduğundan hakem heyetinin bu konuda yetkisini aştığı söylenemeyecektir. Finansör yaptığı yatırıma ek olarak teminat gösterilmesi tedbirini yerine getirmesi halinde bu durum finansman sağlanan ile aralarındaki finansman anlaşmasını etkileyeceğinden, eğer dava kazanılırsa bu durumdan nihai olarak etkilenen taraf finansman sağlanan olacaktır. Eğer dava kaybedilirse ve finansör mali sonuçları üstlenirse, bunun sebebi taraflar arasındaki finansman anlaşması olacaktır. Bu nedenle hakem heyeti mali açıdan zayıf bir tarafın teminat göstermesine karar verdiği durumda yetkisi aştığı söylenemeyecektir. Nitekim tahkim anlaşmasının tarafı olmayan bir taraf, tahkimin bir tarafı adına bu teminatı yatırırsa bunun nedeni olası riskleri üstlenmeye rıza göstermesidir., Goeler, **Third Party Funding**, s. 363-364.

göre ilk olarak, yargılama sonunda yargılama giderlerine hükmedilmesinde üçüncü taraf finansmanın varlığının bir etkisi olmadığına göre yargılamanın erken aşamasında teminat gösterilmesi kararına da bir etkisi olmamalıdır.⁶³⁹

Kardassopoulos ve Ron Fuchs v. Republic of Georgia ICSID yargılamasında hakem heyeti, yargılama masraflarının miktarına hükmederken üçüncü taraf finansmanın varlığının dikkate alınmasını gerektiren herhangi bir ilke olmadığını belirtmiştir.⁶⁴⁰ Tahkim yargılamasının son aşamasında yargılama giderleri belirlenirken, üçüncü taraf finansmanını göz önüne almak, finansman sağlanan lehine hükmedilecek tutarı azaltacağından finansman sağlanan tarafa zarar verecektir. Tahkim heyetleri bu uygulamayı reddettiği için yargılamanın erken aşamasında teminat gösterilmesi talebinde aksi şekilde üçüncü taraf finansmanını göz önüne almaları çelişkili olacaktır.⁶⁴¹ Doktrinde bu karşılaştırmanın hatalı olduğu, söz konusu tahkim yargılamasında ele alınan finansman sağlanan tarafın lehine hükmedilecek giderleri belirlerken göz önüne alınacak kriterler ile aleyhe giderler için teminat gösterilmesi tedbirinin uygulanmasında göz önüne alınan kriterlerin birbirinden farklı olduğu, bu yüzden *Kardassopoulos ve Fuchs v. Georgia* tahkim kararından giderlere ilişkin her türlü kararda üçüncü taraf finansmanının göz önüne alınmaması gerektiği gibi bir çıkarım yapılamayacağı da savunulmaktadır.⁶⁴²

İkinci olarak, üçüncü taraf finansmanının varlığının teminat gösterilmesi kararında dikkate alınması, davalıların üçüncü taraf finansmanından faydalanılan her tahkimde teminat gösterilmesi için talepte bulunmasını teşvik edecek ve bu durum hem yargılama prosedürünü uzatacak hem de haklı iddiası bulunan davacıların üçüncü taraf finansmandan faydalanmasına engel olabilecektir. Zira ilk aşamada planlanandan çok daha fazla masraf ödemek istemeyen finansörler, finansman sağlamaktan

⁶³⁹ William Kirtley, Koralie Wietrzykowski, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When and Impecunious Claimant Is Relying Upon Third-Party Funding?”, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 1, Kluwer Law International, 2013, ss. 17-30, s. 21.

⁶⁴⁰ Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15, **Karar**, s. 215, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0347.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022; Aynı yönde bkz. “Başvurucunun giderlerin kimliği açıklanmayan üçüncü taraf tarafından karşılandığı iddia edilen kısmı bakımından karar verilmemesi gerektiği iddiasına gelince, Komite, Ioannis Kardassopoulos ve Ron Fuchs v. Georgia tahkimindeki heyetin ‘bu şekildeki bir anlaşmanın yargılama giderlerine hükmederken dikkate alınmaması gerektiği’ görüşüne katılmaktadır.”, RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, **Yargılamanın Durdurulmasına ve Masraflara İlişkin Komite Kararı**, s. 18-19, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0727.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

⁶⁴¹ Kirtley/Wietrzykowski, s. 22.

⁶⁴² Goeler, **Third Party Funding**, s. 355.

vazgeçebilecek ya da ek finansman sağlamak için dava sonunda hak kazanacağı oranı arttırmayı talep edebilecektir.⁶⁴³ Üçüncü taraf finansman sağlanan davaların genellikle finansörler tarafından detaylı durum tespiti yapılan ve yalnızca başarılı olma ihtimali yüksek davalar olduğu düşünüldüğünde finansmanını kaybeden davacının haklı bir iddiasını sürdüremeyip adalete erişim hakkının engellendiği söylenebilecektir.

Bir ICSID tahkiminde davalı, davacının ticari olarak aktif olmadığını, davayı sürdürmesinin dışarıdan aldığı finansmana bağlı olduğunu ve bu sebeple yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyemeyeceğini belirtip davacının teminat göstermesine karar verilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti teminat gösterilmesi kararının davacının davasını sürdürmesine engel olabileceğini belirterek bu talebi reddetmiştir.⁶⁴⁴

Yukarıdaki tahkim örneğinde her ne kadar teminat gösterilmesi talebi reddedilmişse de sırf bu talebin yapılması bile gereksiz prosedürler oluşturarak yargılamanın uzamasına neden olmuştur. Üçüncü taraf finansmanının varlığının teminat gösterilmesi bakımından etkili bir unsur olmadığının kabulü halinde davalı tarafların bu yöndeki talepleri azalabilecek ve böylece taraflar ve hakemler uzun prosedürler ve gereksiz masraf ve yüklerden kurtulabilecektir.⁶⁴⁵ Aksi halde, üçüncü taraf finansmanı finansman sağlanan taraflara fayda sağlamak yerine zarar verebilecektir.⁶⁴⁶ Bu durum üçüncü taraf finansmanın cazibesini kaybetmesine yol açabilecektir.

Üçüncü olarak ise banka kredisi, *conditional* veya *contingency fee* gibi başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmaları⁶⁴⁷ gibi diğer finansman yöntemi kullanan taraflar bakımından teminat gösterilmesi gibi bir uygulama yokken, üçüncü taraf finansman kullanan tarafların teminat göstermesinin zorunlu olması, finansman kullanan taraflar bakımından farklı uygulamalara neden olacak ve adaletsiz bir zemin oluşturacaktır.⁶⁴⁸

⁶⁴³ Kirtley/Wietrzykowski, s. 23.

⁶⁴⁴ Gustav F.W. Hamster GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana (ICSID Case No. ARB/07/24) Award, s. 5, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>, Erişim Tarihi: 06.05.2022.

⁶⁴⁵ Goeler, **Third Party Funding**, s. 364.

⁶⁴⁶ Kirtley/Wietrzykowski, s. 24.

⁶⁴⁷ Bu tür anlaşmalar hakkında bilgi için bkz. tezimizin 2. numaralı bölümü.

⁶⁴⁸ Süral-Efeçınar, **Teminat**, s. 43.

Örnek olarak bir İsviçre tahkim davasında teminat gösterilmesi talebini kabul eden hakem, davacının borç yoluyla davasını finanse etmesine hiç değinmemiş, gerekçe olarak yalnızca davacının maddi olarak iflasın eşiğinde olmasını göstermiştir.⁶⁴⁹ İngiliz tahkiminde görülen *DDT Trucks of North America Ltd and others v. DDT Holdings Ltd* davasında ise her ne kadar teminat gösterilmesi tedbiri olmasa da başka bir geçici hukuki koruma tedbiri talep eden davalının bu talebi, davacının *conditional fee* anlaşması yapmış olduğunu ve tedbirin uygulanması halinde bu anlaşmanın şartlarının değiştirilmesi gerekeceği, bu durumun da davacıya zarar vereceğinden bahisle hakem tarafından reddedilmiştir.⁶⁵⁰

Üçüncü taraf finansmandan faydalanan taraflar da teminat gösterilmesine karar verilmesi ihtimalinde finansörden ek finansman talep etmek durumunda kalacak ve finansmanın sağlanması amacıyla sözleşme şartlarını değiştirmek mecburiyetinde olabileceklerdir. Bu durumda üçüncü taraf finansmandan faydalanan tarafların diğer çeşit finansmanlardan faydalanan taraflardan daha farklı muamele görmesini gerektirecek bir sebep yoktur.⁶⁵¹

3.4.4.2. Üçüncü Taraf Finansmanının Dikkate Alınması Gerektiği Yönündeki Düşünceler

Öte yandan doktrinde, yargılamanın taraflarınca ileri sürülen yargılama giderleri için teminat gösterilmesi talebinin değerlendirilirken üçüncü taraf finansmanın varlığının hakemler tarafından dikkate alınması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.⁶⁵²

Öyle ki, davacının üçüncü taraf finansmandan faydalanarak başlattığı bir tahkim yargılmasını davalının kazanması ihtimalinde davalı, yargılama için yaptığı masrafları, davacının aktif malvarlığı olmadığından ve bu nedenle üçüncü taraf

⁶⁴⁹ 20 Kasım 2001 tarihli 415 numaralı ZCC Case, Bernhard Berger, “**Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law**”, ASA Bulletin, C. 28, S. 1, Kluwer Law International, 2010, ss. 7-81, s. 64.

⁶⁵⁰ *DDT Trucks of North America Ltd & others v. DDT Holdings Ltd*, EWHC 1542, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72d60d03e7f57ea924e>, Erişim Tarihi: 06.05.2022.

⁶⁵¹ Kirtley/Wietrzykowski, s. 25.

⁶⁵² Goeler, **Third Party Funding**, s. 364; Stone, s. 66; ICCA-Queen Mary Task Force, s. 170; Nadia Darwazeh, Adrien Leleu, “**Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding**”, Journal of International Arbitration, C. 33, S. 2, Kluwer Law International, 2016, ss. 125-150, s. 139.

finansmanından faydalandığından tahsil edebilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı zamanda davalı, masraflarını üçüncü taraf finansörden de alamayacaktır.⁶⁵³ Bu şekilde hem davacı hem de finansörün aleyhe giderleri ödemediği durumlar “*tahkimde vur kaç*”(hit and run)⁶⁵⁴ doktrini ile ifade edilmektedir. İşte bu nedenlerle yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek yargılama masraflarını ödeme gücü olmayan davacının sadece üçüncü taraf finansmanından faydalanarak tahkim yoluna başvurabildiği gözetildiğinde, teminat gösterilip gösterilmeyeceği konusunda verilecek olan karar bakımından da üçüncü taraf finansmanının dikkate alınması gerektiği bazı yazarlarca ileri sürülmektedir.

Zira buradaki düşünce, her ne kadar üçünü taraf finansmanından yalnızca finansal durumu kötü olan davacıların yararlanmadığı söylenebilecekse de üçüncü taraf finansmanı uygulaması çoğunlukla finansal durumu kötü olan davacılar bakımından uygulanmaktadır. Nitekim üçüncü taraf finansmanının ortaya çıkışındaki temel de adalete maddi yetersizlikler nedeniyle erişemeyen tarafa bu hakkın sağlanmasıdır. Öyle ki, bu bölümde inceleyeceğimiz kararlardan da görüleceği üzere çeşitli hakem kararlarında da teminat gösterilmesine karar verme aşamasında taraflardan birinin üçüncü taraf finansmandan faydalanyor olması dikkate alınmıştır.⁶⁵⁵ Bu kararların bazılarında üçüncü taraf finansman sözleşmesi imzalamanın “davacının mevcut maddi durumun tarafların tahkim anlaşmasını imzaladıkları sırada mevcut olan maddi durumunun önemli ölçüde farklı olduğuna” kanıt teşkil ettiği kabul edilmiştir.⁶⁵⁶

Ancak davacının üçüncü taraf finansmandan faydalanyor olması yargılama giderleri bakımından teminat göstermesi için yegane gerekçe olmamalıdır.⁶⁵⁷ Eş deyişle, davacının üçüncü taraf finansman sözleşmesi imzalaması, onun maddi olarak zor durumda olduğunun ve aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyemeyeceğinin tek başına yeterli bir kanıtı olmayacaktır.⁶⁵⁸ Nihayetinde üçüncü

⁶⁵³ Çünkü, finansör taraf tahkim anlaşmasının tarafı bulunmadığından hakem heyetinin üçüncü kişiyi etkileyecek şekilde karar tesis etmesi hakemlerin yetkisi bakımından mümkün olmamaktadır.

⁶⁵⁴ Tahkimde vur kaç doktrini, davacının tahkim ücreti ve masraflarının, davacının kazandığı ihtimalde kazanan ve kaybettiği ihtimalde davacının ödemesi gereken aleyhe giderlerden sorumlu olmayan bir kişi veya kurum tarafından karşılanması durumu olarak tanımlanmaktadır.

⁶⁵⁵ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 43.

⁶⁵⁶ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 170.

⁶⁵⁷ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 49.

⁶⁵⁸ Brekoulakis/Goeler, s. 19.

taraf finansmanı, nakit akışlarını korumak ve üstlendikleri riski paylaşmak isteyen mali açıdan güçlü şirket veya kişiler tarafından da tercih edilmektedir.⁶⁵⁹

Bu sebeple hakem heyeti, üçüncü taraf finansmanı kullanan tarafın(*karşı taraf*) teminat göstermesi yönündeki bir taleple karşı karşıya kaldığında, öncelikle talep eden, ki çoğunlukla davalı, tarafından sunulan belge ve bilgiler kapsamında ve doğrultusunda karşı tarafın maddi durumunu araştırmalı ve yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyip ödeyemeyeceğini tespit etmelidir. Bu tespiti yaparken de sunulan ve IBA Delil İkamesi İlke Kuralları doğrultusunda elde edilebilecek finansal tablolar, cari hesaplar, dönen varlıklar, duran varlıklar, ticari defterler, bilançolar gibi tarafın finansal durumunu gösterir nitelikteki somut deliller incelenmelidir.⁶⁶⁰ Çünkü belirtildiği üzere üçüncü taraf finansmanı kullanan taraf aslında likit parasını yargılamaya bağlamak istemeyen maddi durumu iyi bir taraf da pek tabii olabilecektir.

Finansman kullanan tarafın maddi durumunun iyi olduğu ihtimalinde teminatın istisnai karakteri de dikkate alınarak daha fazlaca bir inceleme yapılmasına gerek duyulmaması doğaldır. Buna mukabil, finansman kullanan tarafın maddi durumunun iyi olmaması⁶⁶¹ halinde ilave incelemelerin yapılması gerekebilecektir. Bu doğrultuda finansman sağlanan taraf ile finansör arasındaki üçüncü taraf sözleşmesinin şartları da incelenmelidir. Zira üçüncü taraf finansmanına ilişkin sözleşmede finansörün finansman sağlanan aleyhine hükmedilecek yargılama giderlerinden sorumlu olmadığı düzenlenmesi veya finansörün herhangi bir haklı sebep göstermeksizin sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceğine ilişkin bir madde bulunması mali açıdan zayıf bir davacının teminat göstermesini son derece haklı kılabilecekken⁶⁶² sözleşmede finansörün davacının aleyhine hükmedilecek yargılama giderlerinden sorumlu olduğunun düzenlenmesi ibreyi teminat gösterilmesi talebinin reddedilmesinden yana çevirecektir.⁶⁶³ Bu sebeple teminat göstermesi talep edilen davacı, üçüncü taraf

⁶⁵⁹ Goeler, **Third Party Funding**, s. 341-342.

⁶⁶⁰ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 50.

⁶⁶¹ Bu ifadeyi somutlaştırmak gerekirse yapılan incelemede mal varlığı ve potansiyel alacaklarının, borçları ve potansiyel giderlerine yetmeyecek finansal yapısının olması durumu dikkate alınabilecektir., Kuru, s. 1084 vd.

⁶⁶² Darwazeh/Leleu, s. 145.

⁶⁶³ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 50.

finansman sözleşmesini göstererek teminat göstermesinin gerekli olmadığını, yargılama giderlerinin finansör tarafından karşılanacağını savunabilecektir.⁶⁶⁴

Tabii ki hakem heyetinin bu tespitleri yapabilmesi, ancak yargılamada üçüncü taraf finansmanı kullanıldığından haberdar olduğu ve finansman sözleşmesinin ilgili şartlarını inceleyebilme imkânı bulduğu hallerde mümkün olabilecektir. Bu hususta tezimizin 3.1.6. numaralı bölümünde açıklandığı üzere çoğu kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında üçüncü taraf finansmanından yararlanılması halinde bu durumun açıklanması zorunlu hale getirilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin hemen hemen tamamında sözleşmenin içeriğinin açıklanması veya hakem heyetine verilmesine ilişkin bir zorunluluk yer almamaktadır.⁶⁶⁵ Daha önce açıklandığı üzere yargılamanın tabi olduğu tahkim merkezi kurallarında bu yönde bir düzenleme yoksa bile davalı taraf, IBA delil ikamesi kuralları gereği finansman sözleşmesinin veya ilgili maddelerinin sunulmasına karar verilmesini hakem heyetinden talep edebilecektir.

Diğer bir görüş bakımından ise üçüncü taraf finansmanın varlığı, davacının mali durumu hakkında bir fikir vermesinin yanında davacının tahkim masrafları finansör tarafından karşılandığı için yargılama giderlerinin artmasına sebep olup davalının kendisini savunmak için yapması gereken masrafların da artmasına sebep olabilecektir.⁶⁶⁶ Bu gibi durumlarda finansmanın sonucu olarak maliyetler artacağından hakem heyetinin, teminat gösterilmesi tedbirinin uygulanabilmesi için aleyhe hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyememe kriterinin standardını bununla orantılı olarak bir miktar düşürmesi beklenebilecektir.⁶⁶⁷ Bu durum ayrıca hükmedilmesi halinde gösterilecek teminat miktarının da daha fazla olmasına sebep olabilecektir.⁶⁶⁸

Bir diğer taraftan üçüncü taraf finansörün yargılamada taraflarca yapılan masraflara olumsuz etki edebileceği ve her iki tarafın da masraf ve harcamaları

⁶⁶⁴ Mark A. Kantor, “**Risk Management Tools for Respondents – Here Be Dragons**”, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 57-69, s. 57.

⁶⁶⁵ Bu noktada UNCITRAL tasarısı bulunmakta ise de tasarı henüz yürürlüğe girmediği gibi sözleşmenin ifşasının zorunlu olması bakımından neredeyse tüm taraflarca eleştiriye maruz kalmıştır.

⁶⁶⁶ Darwazeh/Leleu, s. 130.

⁶⁶⁷ Goeler, **Third Party Funding**, s. 343.

⁶⁶⁸ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 182.

bakımından kontrolsüz bir gider düzenine dönüşebileceği yönünde kaygılar da bulunmaktadır. Elbette ki bu etki, yargılamanın uzunluğu, karmaşıklığı ve sağlanan finansman tutarı gibi etkenlere göre değişebilecektir. Bu bağlamda davalı taraf üçüncü taraf finansmanı ile alanında uzman avukat kadrolarına, uzman mütalaalarına ve çeşitli stratejilere karşı savunmalarını yapabilmek maksadıyla giderlerini önemli ölçüde artırmak mecburiyetinde kalacaktır. Tabii teoride böyle kolayca ifade edilebilse de pratikte üçüncü taraf finansmanının yargılamada davalının kendisini savunmak için yapması gereken masrafları nasıl ve ne kadar arttırdığını tespit etmek çok zordur. Öte yandan finansörün sağladığı finansman sayesinde davacının avukatları davayı makul olandan daha fazla zaman harcayarak avukatlık masrafını artırabilecek, her türlü argümana itiraz edip süreci uzatabilecek, detaylı bilirkişi raporları aldrabilecek ve çok sayıda tanığın çapraz sorgusunun yapılmasına neden olarak yargılama masraflarını yükseltebileceklerdir. Bu tutumların yanı sıra finansörün asıl amacının davaya finansman sağlayarak kar elde etmek olduğu düşünüldüğünde, finansörün yatırımından elde edeceği getiriye optimize etmek için yargılamayı efektif bir şekilde en az maliyetle ve en çok verim alabilecek şekilde yönetmek isteyecektir.⁶⁶⁹ Bu bakımdan üçüncü taraf finansmanın varlığının gereksiz fazla masraf yapılmasını önleyeceği söylenebilecektir.⁶⁷⁰ Ancak davanın satın alınması yasağı gereği finansörün buradaki etkisi denetimden öteye gidemeyecektir.

3.4.4.3. Finansman Anlaşmasının Uluslararası Ticari Tahkimde Teminat Kararı Verilmesine Etkisi

Uluslararası ticari tahkimde yargılama giderleri için teminata hükmedilebilmesi için davacının maddi durumunun kötü olması tek başına yeterli bir sebep olarak görülmemektedir. Ayrıca davacının mevcut maddi durumu ile taraflar tahkim anlaşması imzaladığı sıradaki maddi durumu arasında esaslı bir değişiklik olması gerekmektedir. Bu gereklilik tahkim yargılamasında özellikle önemlidir zira ihtiyari olan bu uyuşmazlık çözüm yöntemi, ancak tarafların bu konuda iradelerinin uyuşup anlaşmaları sonucunda mümkün olmaktadır.⁶⁷¹ Maddi açıdan zayıf olan bir şirketle tahkim anlaşması imzalayarak uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkimi kabul eden bir tarafın, bu şirketin maddi açıdan zayıf olduğundan bahisle teminat göstermesini talep

⁶⁶⁹ Stoyanov/Owczarek, s. 191.

⁶⁷⁰ Goeler, **Third Party Funding**, s. 343.

⁶⁷¹ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 51.

edebilmesi mümkün olmamalıdır.⁶⁷² Ayrıca bir tacirin maddi durumunun değişiklik göstermesi de ticaret hayatında olağan ve beklenebilir bir durumdur. Bu sebeple teminat gösterilmesi talebinin kabul edilebilmesi için talep eden taraf, teminat göstermesi talep edilen tarafın yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyebilme durumunun, tahkim anlaşması imzalandıktan sonra ticaret hayatının olağan akışı dışında öngörülemeyen ve esaslı bir değişikliğe uğramış olduğunu göstermesi gerekmektedir.⁶⁷³

Peki, davacının tahkim anlaşması imzalandıktan sonra üçüncü taraf finansman sözleşmesi imzalamış olması esaslı değişikliğin bir göstergesi olarak kabul edilebilecek midir? Benzer söyleyişle esaslı değişikliğin göstergesi ne olacaktır? Davalının bu değişikliği öngöremeyeceği söylenebilse de üçüncü taraf finansman sözleşmesi yukarıda açıklandığı üzere tek başına davacının maddi durumunun göstergesi değildir.⁶⁷⁴ Üçüncü taraf finansmanından yararlanan tarafların teminat göstermesi taleplerinin kabul edilmesine karar verilen tahkim kararları incelendiğinde üçüncü taraf finansmanın bu talepler bakımından etkisi daha iyi anlaşılabilir.

3 Ağustos 2012 tarihli bir ICC tahkim usul kararında, davalının, tahkime başvurmadan önce üçüncü taraf finansman sözleşmesi imzalayan Kıbrıs merkezli bir holding şirketi olan davacının teminat göstermesi talebi kabul edilmiştir. Davalı bu talebinin gerekçesi olarak; davacının Kıbrıs'ta yerleşik olduğunu, mal varlığı bulunmadığını, mali verilerini paylaşmadığını ve üçüncü taraf finansman yöntemine başvurmak zorunda kaldığı için aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderleri kararının icra edilmesinin zor olacağından davacının teminat göstermesi gerektiğini savunmuştur. Davalı ayrıca, üçüncü taraf finansman sözleşmesinin şartlarında finansörün istediği zaman finanse etmekten vazgeçmesini engelleyecek hiçbir caydırıcı engel bulunmamasını ve sözleşme şartları uyarınca davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerinden finansörün sorumlu olmamasını da gerekçe olarak göstermiştir. Davacı, bu iddialara karşın teminat gösterilmesi tedbirinin uluslararası tahkim bakımından olağanüstü bir geçici hukuki koruma tedbiri olduğunu, hakem kararının icrasında herhangi bir hukuki engel bulunmadığını, kendisinin iflas etmiş bir şirket olmadığını, kötü niyetli olarak malvarlığını kaçırmaya yönelik

⁶⁷² Waincymer, s. 650.

⁶⁷³ Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 51.

⁶⁷⁴ Goeler, **Third Party Funding**, s. 346.

herhangi bir eylemde bulunmadığını, davasının temelini açıkça haksız değil aksine tutarlı olduğunu ve üçüncü taraf finansman sözleşmesi imzalamış olmasının bu durumları hiçbir şekilde değiştirmedğini savunmuştur.⁶⁷⁵

Hakem heyeti talebi değerlendirirken üçüncü taraf finansörün çekilmesi halinde davacının mali durumunun aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini karşılamaya yeterli olmayabileceğini, finansörün bu giderleri taahhüt etmediğini, finansörün istediği zaman haklı neden göstermeksizin tek taraflı olarak finansman sözleşmesini feshedebileceğini ve bu sözleşmenin davacının tahkim anlaşması imzalandığı sıradaki durumu ile mevcut durumu arasında esaslı bir değişikliği teşkil ettiğini söyleyerek teminat gösterilmesi talebini kabul etmiştir.⁶⁷⁶

İlk bakışta, hakem heyeti tarafından teminat gösterilmesi tedbirinin uygulanmasının gerekçesi tahkimde vur kaç taktiği doktrini yani davacının kasıtlı bir şekilde üçüncü taraf finansmanı kullanarak dava açması ve başarısız olma ihtimalinde yargılama giderlerini ödemekten kaçınması olduğu gözükmektedir. Ancak farklı olarak hakem heyeti bu kararında teminat göstermesi için davacının kötü niyetli hareket etmiş olmasını aramamış, finansörün finansman sözleşmesini haklı sebep göstermeden tek taraflı fesih hakkı olmasını yeterli bir sebep olarak görmüştür. Davacının üçüncü taraf finansmanı ile hem maddi durumu iyiymiş gibi dava açmasının hem de maddi açıdan zayıf olması nedeniyle hiçbir ekonomik riski üstlenmemesinin haksız olduğunu vurgulamıştır.⁶⁷⁷

3.4.4.4. Finansman Anlaşmasının Uluslararası Yatırım Tahkiminde Teminat Gösterilmesi Kararına Etkisi

Uluslararası yatırım tahkimi bakımından ise teminat gösterilmesi tedbirine, gerekçeleri üst başlıklarda aktarıldığı üzere ticari tahkimdeki uygulamaya kıyasla daha olağanüstü durumlarda başvurulmaktadır.

⁶⁷⁵ X v. Y and Z, ICC Case 3 Ağustos 2012 tarihli Procedural Order için bkz ICCA-Queen Mary Task Force, s. 171; Goeler, **Third Party Funding**, s. 347.

⁶⁷⁶ X v. Y and Z, ICC Case 3 Ağustos 2012 tarihli Procedural Order için bkz ICCA-Queen Mary Task Force, s. 171.

⁶⁷⁷ Goeler, **Third Party Funding**, s. 348.

Guaracachi ve Rurelec v. Bolivia yatırım tahkim davasında hakem heyeti davalının, davacının teminat göstermesi yönündeki talebini reddetmiştir. Davalı talebinin gerekçesi olarak Rurelec şirketinin mali durumunun zayıf olduğunu, aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyebilecek durumda olmadığını ve tahkimi başlatabilmek için üçüncü taraf finansmanına başvurduğunu ileri sürmüştür. Davalı ayrıca Guaracachi şirketinin ise bir paravan şirket olduğunu ve bu durumun tahkimde vur kaç tehlikesini gösterdiğini savunmuştur. Davacılar ise davalının bu talebine karşılık finansmandan yararlandıklarını inkâr etmemekle beraber bu finansmanın tahkim yargılaması için değil, Güney Amerika’da yatırım yapmak için sağlandığını savunmuştur. Davacılar ayrıca yatırım tahkiminde üçüncü taraf finansmanın varlığının teminat gösterilmesi için yeterli bir sebep olmadığını ve bu sebeple teminat gösterilmesine karar verilmesinin emsali olmadığını savunmuşlardır.⁶⁷⁸

UNCITRAL kurallarına göre görülen bu tahkimde hakem heyeti kendisini teminat gösterilmesi tedbirine karar vermeye yetkili görmekle beraber bu kararın verilmesinin yatırım tahkiminde çok nadir ve olağanüstü durumlarda olması gerektiğini söylemiştir. Hakem heyeti kararında; davalının, üçüncü taraf finansmanın varlığının yargılama sonunda davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini bu giderlerden finansör sorumlu olsun veya olmasın ödenmeyeceğini gösterdiğini ispatlayamadığını söylemiştir. Hakem heyeti ayrıca Rurelec şirketinin mali analizinin yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyemeyeceğini veya bu giderler için finansman sağlayamayacağını göstermediğini söylemiştir.⁶⁷⁹

Yatırım tahkimi yargılamalarında teminat gösterilmesi talebine istisnai ve olağanüstü durumlarda karar verildiği için davalı, davacının maddi durumunun esaslı ve öngörülemez bir değişikliğe uğradığını ispatlayabilmiş olsaydı bile büyük olasılıkla hakem heyeti teminat gösterilmesine karar vermek için bu tespiti yeterli görmeyecek ayrıca üçüncü taraf finansmanının kötü niyetli olarak kullanıldığının ispatını

⁶⁷⁸ Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, 14 numaralı Usule İlişkin Karar, s. 1 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1331.pdf>, Erişim Tarihi: 16.05.2022.

⁶⁷⁹ Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, 14 numaralı Usule İlişkin Karar, s. 2-3 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1331.pdf>, Erişim Tarihi: 16.05.2022.

isteyecekti.⁶⁸⁰ Nitekim hakem heyeti davalının tahkimde vur kaç yapılacağı iddialarını, davacının maddi durumunda esaslı ve öngörülemez bir değişiklik olduğu dahi ispatlanamadığından değerlendirmemiştir.⁶⁸¹

Buna mukabil, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia* ICSID tahkim yargılamasında hakem heyeti davacının 750.000 dolar tutarında teminat mektubu şeklinde teminat göstermesine karar vermiştir.⁶⁸² Bu karar, bir yatırım tahkiminde teminat gösterilmesi talebinin kabul edildiği ilk karar olarak tarihe geçmiştir.⁶⁸³

Söz konusu yatırım tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın sebebi davalı devletten petrol arama lisansı temin eden davacının komşu adalar ile Saint Lucia adasının sınır problemleri nedeniyle temin ettiği bu lisansı kullanarak keşfe çıkmasının engellenmesinden kaynaklanmaktadır. Davalı, o ana kadar hiçbir ICSID tahkiminde teminat gösterilmesine karar verilmediğine ancak bu davada bu tedbirin gerekli olduğundan bahsederek davacının teminat göstermesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, bu talebinin gerekçesi olarak ilk olarak davacının birden çok ICSID tahkiminde aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini ödemediğini ve ikinci olarak davacının bu davada üçüncü taraf finansmanından faydalandığını göstermiştir. Davalı, ayrıca üçüncü taraf finansörün davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerinden sorumlu olmadığını ve davacının tahkimde vur kaç taktiği uygulayacağını iddia etmiştir. Davacı ise bu iddialara karşılık hakem heyetinin teminat gösterilmesi tedbirine hükmetme yetkisi olmadığını, mali durumunun kötü olmasının ICSID tahkiminde teminat gösterilmesine yeterli sebep olmadığını ve ayrıca yargılama sürecindeki davranışlarının aleyhine hükmedilebilecek giderleri ödemeyeceğine dair şüphe oluşturmadığını savunmuştur.⁶⁸⁴

⁶⁸⁰ Goeler, **Third Party Funding**, s. 350.

⁶⁸¹ Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, **14 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 3 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1331.pdf>, Erişim Tarihi: 16.05.2022.

⁶⁸² RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, **Saint Lucia'nın Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Talebine İlişkin Karar**, s. 25, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

⁶⁸³ Brekoulakis/Goeler, s. 15; Dodge/Barnett/Macedo/Kulig, s. 26.

⁶⁸⁴ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, **Saint Lucia'nın Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Talebine İlişkin Karar**, s. 5-9, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

Hakem heyeti, davacının teminat göstermesine karar verirken gerekçe olarak davacının mali durumunun aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödemeye yeterli olmayabileceğini, davacının daha önce taraf olduğu ICSID tahkim yargılamalarında aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini ödememiş olduğunu, davacının üçüncü taraf finansmanından yararlanıyor olmasının aleyhine hükmedilecek yargılama giderlerini ödeyeceği anlamına gelmediğini göstermiştir.⁶⁸⁵

Görüldüğü üzere hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar vermesinde ana etken davacının geçmişte aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini ödememesi olmuştur. Davacının üçüncü taraf finansmanından faydalıyor olması hakem heyetinin bu kararında destekleyici argüman olarak kullanılmıştır.⁶⁸⁶ Ancak hakem heyetinin üçüncü taraf finansman sözleşmesini incelemeyen bir varsayım üzerine bu şekilde karar vermesi doktrinde eleştirilmektedir.⁶⁸⁷

Nitekim karara muhalefet şerhi işleyen davacı tarafından atanan hakem Edward Nottingham da *“Finansörün kimliğine dair hiçbir bilgi dosya da bulunmamaktadır. Finansörün mali durumu hakkında hiçbir bilgi dosyada bulunmamaktadır. Davacı ile finansör arasında anlaşmaya ilişkin dosyada hiçbir bilgi bulunmamaktadır.”* diyerek bu durumu eleştirmiştir.⁶⁸⁸

Bir diğer görüş ise davacı tarafın üçüncü taraf finansman sözleşmesini heyete sunup finansörün aleyhe yargılama giderlerinden sorumlu olduğunu göstermesi gerektiğini söylemektedir. Davalı tarafından atanan hakem Gavan Griffith karara hüküm bakımından katılma şerhinde bir adım öteye giderek *“Bir yatırımcının davasında üçüncü taraf finansmanı kullanıldığı anlaşılırsa, teminat göstermemesi gerektiğine ilişkin tüm delilleri sunma ispat yükü davacıya geçmelidir”* demiş ve örnek

⁶⁸⁵ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, **Saint Lucia’nın Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Talebine İlişkin Karar**, s. 25, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022

⁶⁸⁶ Stoyanov/Owczarek, s. 193-194.

⁶⁸⁷ Carlos Gonzalez-Bueno, **Third Party Funding Again Under the Spotlight**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/08/third-party-funding-again-under-the-spotlight/>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

⁶⁸⁸ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, **Edward Nottingham’ın Muhalefet Şerhi**, s. 8, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

olarak davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini finansörden bağımsız olarak karşılayabileceğini ispatlaması gerekliliğini göstermiştir.⁶⁸⁹

Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiş, üçüncü taraf finansmanın varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirmesinin hiçbir sebebi olmadığı, üçüncü taraf finansmanın varlığı halinde genel uygulanan hukuki standartlara ve olayın gerçeklerine göre değerlendirmek yerine genel uygulanan hukuki standartlardan sapılmasının endişe verici olduğu söylenmiştir.⁶⁹⁰

Yatırım tahkiminde bilinen ikinci yargılama giderleri için teminat gösterilmesi kararı da bu endişeleri haklı çıkarmıştır. UNCITRAL kurallarına göre görülen *Manuel García Armas and others v. Venezuela* yatırım tahkimi yargılamasında hakem heyeti davacının aleyhine hükmedilebilecek giderler için bir buçuk milyon dolar tutarında teminat göstermesine karar vermiştir.⁶⁹¹

Yargılamada, davacı taraf üçüncü taraf finansmanından faydalandığını açıkladıktan sonra hakem heyeti, davanın bütünlüğünü koruma görevine istinaden⁶⁹² davacıların üçüncü taraf finansman sözleşmesini ibraz etmelerine karar vermiştir.⁶⁹³ Sözleşmede finansörün davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini karşılayacağına ilişkin bir madde bulunmadığını tespit eden hakem heyeti, davacıların

⁶⁸⁹ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, **Gavan Griffith'in Karara Hüküm Bakımından Katılma Şerhi**, s. 3, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

⁶⁹⁰ Goeler, **Third Party Funding**, s. 354.

⁶⁹¹ Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, **Yargılama Giderlerine İlişkin 9 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 75, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

⁶⁹² “Hakem kurulu, yargılamanın herhangi bir safhasında gerekli görürse taraflardan belge, tanık beyanı ve bilirkişi görüşü sunmalarını isteyebilir veya uyuşmazlıkla ilgili yerinde inceleme ve keşif yapabilir.”, Özbek, **Tahkim Hukuku**, s. 366; Türk medeni usul hukukunda da davanın bütünlüğünü koruma görevine benzer olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi vardır. Buna göre hâkim, dosyaya sunulan deliller çerçevesinde taraflara davasını açıklatırabilir veya delil gösterilmesini isteyebilir., Güray Erdönmez, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, (Erdönmez, **Usul**), 823-824.

⁶⁹³ Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, **Yargılama Giderlerine İlişkin 9 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 3, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf, Erişim Tarihi: 19.05.2022; Alexander G. Leventhal, **Towards an Exceptio Fundati? Assessing a (Potentially) Emerging Exception for Third Party Funding in Investment Treaty Decisions on Security for Costs in the Wake of Armas v. Venezuela**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/18/assessing-a-potentially-emerging-exception-for-third-party-funding-in-investment-treaty-decisions-on-security-for-costs-in-the-wake-of-arms-v-venezuela/>, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini karşılayabileceklerini ispatlamasını istemiştir. Heyet bu istekte bulunurken ispat yükünün geçici hukuki koruma tedbiri talep eden tarafta olduğunu kabul etmekle birlikte söz konusu davada sıra dışı durumlar mevcut olduğunu söylemiştir. Heyete göre davacıların üçüncü taraf finansmanından faydalanyor olması ve finansman sözleşmesinin davacıların aleyhe yargılama giderlerini karşılamıyor olması, teminat gösterilmesine karar verme aşamasında davacıların aleyhe yargılama giderlerini karşılamaya mali durumunun yeterli olup olmadığını önemli bir sorun haline getirmektedir.⁶⁹⁴

Bu kararla hakem heyeti, genel olarak talep edende olan ispat yükünü tersine çevirerek ödeme gücü olduğunu ispatlama yükünü karşı tarafa yüklemiştir. Heyet kararında her ne kadar üçüncü taraf finansmanının varlığı halinde ispat yükünün tersine çevrilmesi gerektiğini özellikle belirtmese de *“ispat yükü delili ortaya koyacak en iyi koşulda olan tarafa yani delile erişimi olan veya delilin sahibi olan tarafa ait olmalıdır”* demiştir.⁶⁹⁵ Ancak kararda üçüncü taraf finansmanın varlığı ve finansman sözleşmesinin aleyhe yargılama giderlerini kapsamaması durumu dışında ispat yükünün tersine çevrilmesi gerektiğini temellendiren argümanlar sunulmamıştır.⁶⁹⁶

Bu kararın ve *RSM v. Saint Lucia* kararının sonucu aynı olsa da gerekçeleri birbirinden farklıdır. Yukarıda bahsedildiği üzere *RSM v. Saint Lucia* kararında hakem heyeti teminat gösterme kararının gerekçesi olarak üçüncü taraf finansman sözleşmesinin aleyhe giderleri karşılamaması sadece yardımcı bir argüman olarak sunulmuş, asıl gerekçe davacının geçmişte aleyhine hükmedilen giderleri ödememe alışkanlığı olarak gösterilmiştir. Bu kararda ise üçüncü taraf finansmanı, teminat gösterilmesi kararının asıl gerekçesi olmuştur.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, **Yargılama Giderlerine İlişkin 9 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 69-70, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

⁶⁹⁵ Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, **Yargılama Giderlerine İlişkin 9 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 71, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

⁶⁹⁶ Leventhal, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/18/assessing-a-potentially-emerging-exception-for-third-party-funding-in-investment-treaty-decisions-on-security-for-costs-in-the-wake-of-arms-v-venezuela/>, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

⁶⁹⁷ Leventhal, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/18/assessing-a-potentially-emerging-exception-for-third-party-funding-in-investment-treaty-decisions-on-security-for-costs-in-the-wake-of-arms-v-venezuela/>, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

Davalının teminat gösterilmesi talebinin kabul edildiği üçüncü yatırım tahkimi davası ise *Unionmatex v. Turkmenistan* ICSID tahkimidir.⁶⁹⁸ İhale kazanarak Türkmenistan'da yüklü bir yatırım yapan *Unionmatex* şirketi, Türkmenistan'ın yatırımını tamamlamasına izin vermeyerek, ülkeden ayrılmaya zorlandığını iddia etmiş ve iflas etmiştir. Tahkime başvuran kişi şirket adına hareket eden şirketin iflas müdürü Dirk Herzig olmuştur. Davacı iflas etmiş bir şirket olduğundan tahkim masraflarını karşılamak üzere üçüncü taraf finansman anlaşması yapmıştır. Ancak finansman sözleşmesi açıkça finansörün davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerinden sorumlu olmadığını öngörmektedir.⁶⁹⁹

Davalının talebi üzerine çoğunluk oyuyla verilen kararda hakem heyeti, davacının iflas etmiş olduğunu, davanın üçüncü taraf finansör tarafından finanse edildiğini, finansman sözleşmesinde finansörün davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerinden sorumlu olmadığını açıkça düzenlendiğini gerekçe göstererek davalının yargılama sonunda lehine hükmedilebilecek yargılama giderlerini tahsil etmesinin fiilen imkânsız olduğunu belirtmiştir. Hakem heyeti devamında, üçüncü taraf finansmanın varlığının veya davacının mali durumunun zayıf olmasının teminat gösterilmesi kararının verilmesine tek başına yeterli olmayacağını söyleyerek finansman sözleşmesinin koşullarının önemli olduğunu vurgulamıştır.⁷⁰⁰ Kararda azınlık kalan görüş ise davacının 3 milyon dolar tutarında bir teminat göstermesinin mümkün gözükmediği bu nedenle teminat gösterilmesi tedbirinin davacının adalete erişim hakkını engelleme riski taşıdığını belirtmiştir.⁷⁰¹

Bu kararın ardından davacının teminat sağlayamaması üzerine heyet, davacının davasını sürdürmesine imkân vermemenin, davacının davalının eylemleri nedeniyle

⁶⁹⁸ Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, **Giderlere Teminat Gösterilmesine İlişkin Karar**, s. 20 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2022

⁶⁹⁹ Adrian Fourie, "Unionmatex v. Turkmenistan: The Emerging Jurisprudence of Security for Costs in Investor-State Arbitration", **Journal of International Arbitration**, Editör Maxi Scherer, C. 37, S. 5, Kluwer Law International, 2020, ss. 649-663, s. 652.

⁷⁰⁰ Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, **Giderlere Teminat Gösterilmesine İlişkin Karar**, s. 12-16, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2022

⁷⁰¹ Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, **Giderlere Teminat Gösterilmesine İlişkin Karar**, s. 17, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2022

iflas ettiğini iddia ettiği göz önüne alındığında, davacının adalete erişimini engellemek olacağını belirterek teminat gösterilmesi kararından geri dönmüştür. Söz konusu kararla beraber teminat gösterilmesi tedbirinin istisnai olduğu, davacının adalete erişim hakkının, özellikle davacının maddi durumunun davalının eylemlerinden kaynaklandığı durumlarda, baskın kriter olarak göz önüne alınması gerektiği bir kere daha vurgulanmıştır.⁷⁰²

EuroGas Inc. ve Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic ICSID tahkim yargılamasında davalı, *RSM v. Saint Lucia* yargılamasına benzer şekilde davacının yargılama giderlerini ödemeye mali durumunun yeterli olmadığından üçüncü taraf finansman kullandığını, geçmişte ödeme yükümlülüklerini yerine getirmeme alışkanlığı olduğunu iddia ederek teminat göstermesini talep etmiştir. Davacı, savunmasında teminat göstermesine karar verilmesi durumunda adalete erişiminin engelleneceğini ve mali durumunun zayıf olmasının sebebinin davalı olduğunu söylemiştir.⁷⁰³

Hakem heyeti kararında bu dava ile *RSM v Saint Lucia* davasının farklı olduğunu, o davada davacının mali durumunun zayıf olması ve üçüncü taraf finansmanından faydalanmasının yanında geçmişte aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini ödemediğinin de ispatlanmış olduğunu ve tüm bu hususların kümülatif olarak değerlendirildiğini vurgulamıştır. Heyet, davalının, davacının geçmişte tahkim yargılamalarından doğan ödeme yükümlülüklerini yerine getiremediğini ispatlayamadığını, artık mali durumu zayıf tarafların yaygın olarak üçüncü taraf finansmanından faydalandıklarını ve bu durumun davalının teminat gösterilmesi talebinin kabul edilmesini sağlayacak olağanüstü durumlardan sayılmadığını söyleyerek davalının talebini reddetmiştir.⁷⁰⁴

⁷⁰² Fourie, s. 662

⁷⁰³ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14, **Tarafların Geçici Hukuki Koruma Taleplerine İlişkin 3 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 28-30, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272_0.pdf, Erişim Tarihi: 18.05.2022

⁷⁰⁴ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14, **Tarafların Geçici Hukuki Koruma Taleplerine İlişkin 3 numaralı Usule İlişkin Karar**, s. 31-32, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272_0.pdf, Erişim Tarihi: 18.05.2022

South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia tahkim yargılamasında davalı, davacı şirketin üçüncü taraf finansmanından faydalandığı gerekçesiyle teminat gösterilmesini talep etmiştir. Davacı savunmasında *RSM v. St. Lucia* yargılamasını örnek göstererek daha önce teminat gösterilmesi talebinin kabul edildiği tek kararda kabul sebebinin davacının geçmişte aleyhine hükmedilen yargılama giderlerini ödememe alışkanlığı olduğunu ifade etmiştir. Hakem heyeti kararında, üçüncü taraf finansörün yargılama sonunda davacının aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerinden sorumlu olup olmamasının teminat gösterilmesine tek başına yeterli olmayacağını, aksine üçüncü taraf finansörün varlığının davacının davasında haklı olma ihtimalinin göstergesi olduğunu söylemiştir. Heyet devamında üçüncü taraf finansörün varlığının tek başına teminat gösterilmesi için sebep olarak kabul edilmesi halinde davacıların adalete erişimi haklarının engellenme riskinin doğacağını ifade etmiştir.⁷⁰⁵

Yukarıda bahsedilen kararlarda görüleceği üzere teminat gösterilmesi talebinde ana kriter teminat göstermesi talep edilen tarafın mali durumu olacaktır. Hakem heyetleri genellikle davacının yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek yargılama giderlerini ödeyemeyeceğine dair yeterli delil gösterilmesini istemektedir. Peki üçüncü taraf finansmanı, finansmandan faydalanan tarafın mali durumunun zayıf olduğunun ispatı sayılabilecek midir? Bazı istisnalar dışında üçüncü taraf finansmanı tek başına davacının mali durumunun ispatı sayılmamaktadır. Zira sadece mali açıdan zayıf şirketler değil, dava riskini ve maliyetini paylaşmak isteyen şirketler de üçüncü taraf finansmanından faydalanabilmektedir.⁷⁰⁶ Üçüncü taraf finansmanın varlığı halinde tespit edilmesi gereken ikinci husus, finansman sözleşmesinde finansörün davacının aleyhine hükmedilebilecek giderlerden sorumlu olup olmadığıdır. Ancak bazı istisnalar dışında finansörün aleyhe giderlerden sorumlu olmaması da teminat gösterilmesi için yeterli görülmemektedir. Hakem heyetleri teminat gösterilmesi talebi karşısında teminat talep edilen tarafın adalete erişim hakkını üstün tutmaktadır. Teminat gösterilmesi taleplerinde üçüncü taraf finansmanın varlığının yatırım tahkimi bağlamında sadece olağanüstü durumlarda kabul edilmesi gibi genel kabul gören kriterlerin dışına çıkılmasına sebebiyet vermediği görülmektedir.⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, **10 numaralı Usule İlişkin Karar**, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>, Erişim Tarihi: 18.05.2022; Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 47; Brekoulakis/Goeler, s. 16-17

⁷⁰⁶ ICCA-Queen Mary Task Force, s. 180

⁷⁰⁷ Goeler, **Third Party Funding**, s. 356; Süral-Efeçinar, **Teminat**, s. 47.

Yatırım tahkimi bakımından bu konudaki güncel gelişmelere bakıldığında 2022 yılında değişen ICSID Tahkim Kurallarında yargılama giderleri için teminat gösterilmesi tedbirine karar verirken üçüncü taraf finansmanın dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Kuralların 53. maddesinin üçüncü fıkrasında teminat gösterilmesine karar verirken hakem heyetinin dikkate alması gereken kriterler sayılmıştır. Kuralların 54.4. maddesinde ise “*Hakem heyeti, üçüncü fıkradaki koşullarla ilgili üçüncü taraf finansmanın varlığı da dahil olmak üzere sunulan tüm delilleri dikkate alacaktır.*” denilmiştir. Böylece üçüncü taraf finansmanın varlığı tek başına teminat gösterilmesine yeterli olmamakla beraber teminat gösterilmesine ilişkin kriterlerin varlığının dair bir delili olarak dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

Tezin 3.1.6.3. numaralı bölümünde da değinildiği üzere UNCITRAL yatırım tahkimi kurallarında reform çalışmaları kapsamında UNCITRAL III. Çalışma Grubu Üçüncü Taraf Finansmanın Düzenlemesine İlişkin İlk Taslak’ı yayınlamıştır. Bu taslakta üçüncü taraf finansmanın ve yargılama giderleri için teminat gösterilmesi ile ilgili iki opsiyon olarak tasarı maddeler düzenlenmiştir. İlk opsiyonda üçüncü taraf finansmanın varlığı halinde hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar vereceğini düzenlenmekle beraber bazı istisnalar halinde bu kararın verilmeyeceği belirtilmektedir.⁷⁰⁸ İkinci opsiyonda ise bu istisnalar çıkarılarak üçüncü taraf finansmanın varlığı halinde hakem heyetinin teminat gösterilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir.⁷⁰⁹ Görüldüğü üzere ilk opsiyon ikinci opsiyona göre daha ayrıntılı bir düzenlemedir. Ancak ilk opsiyonda “*karar verir*” denerek yani İngilizce orijinal metinde “*shall*” kelimesi kullanılarak hakem heyetinin sayılan istisnalar harici üçüncü taraf finansmanın varlığı halinde teminat gösterilmesine karar vermesi zorunlu olduğu düzenlenmişken ikinci opsiyonda herhangi bir istisna sayılmamakla beraber “*karar verebilir*” denerek yani İngilizce orijinal metinde “*may*” kelimesi kullanılarak hakem heyetine bu konuda takdir yetkisi verilmiştir.

⁷⁰⁸ UNCITRAL Taslak Madde 9: Bir taraf üçüncü taraf finansmanı anlaşması yaptığında veya kendisine üçüncü taraf finansmanı sağlandığında, hakem heyeti, finansman sağlanan tarafın masrafları için teminat sağlamasına karar verir; meğerki finansman sağlanan taraf:

- (a) Maddi durumunun kötü olmasına davalı devletin neden olduğunu; veya
- (b) Üçüncü taraf finansmanı kullanmadan davayı sürdüremeyeceğini ve/veya
- (c) Üçüncü taraf finansörün aleyhe yargılama giderlerini karşılayacağını gösterebilir.

⁷⁰⁹ UNCITRAL Taslak Madde 9: Bir tarafa üçüncü taraf finansmanı sağlandığında, hakem heyeti, finansman sağlanan tarafın masrafları için teminat sağlamasına karar verebilir.

SONUÇ

Tez çalışmamızın konusunu uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanı oluşturmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak tahkim ve uluslararası tahkim uygulamasına yönelik temel bilgiler verilmiş, akabinde üçüncü taraf finansman sözleşmesinin detayları ele alınmış ve üçüncü taraf finansmanının uluslararası tahkimde yarattığı başlıca sorunlara ve bu sorunlara getirilen çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Dünyanın küreselleşmesiyle birlikte uluslararası ticaret gelişmiş ve buna bağlı olarak uyuşmazlık sayısı da artış göstermiştir. Taraflar, aralarında çıkan bu uyuşmazlıkların çözümü için, sıklıkla, birbirlerinin ulusal mahkemesi yerine, ihtiyari bir çözüm yöntemi olan tahkimi tercih etmektedirler. Taraflar tahkim anlaşması yaparak aralarında çıkacak muhtemel uyuşmazlıkların çözüm merci olarak tahkimi belirleyebilmektedirler. Ancak bazı uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadığından tahkime konu edilemeyecektir. Her ne kadar uluslararası uyuşmazlıklar bakımından taraflar sıklıkla tahkimi tercih etseler de tahkim, pahalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu durum zaman zaman kendisini tahkim anlaşması ile bağtılamış tarafların adalete erişiminin engellenmesine yol açabilmektedir. Örnek olarak tahkim yargılamasının ücretlerini karşılamaya mali gücü yetmeyen taraf, tahkim anlaşması ile bağlı olduğu için uyuşmazlığın çözümü için ulusal mahkemelere de başvuramayacaktır. Bu durumda haksızlığa uğrayan ve bunun çözümü için adalet arayan tarafın adalete erişememesi riski doğmaktadır. Üçüncü taraf finansmanı, tam olarak bu soruna bir çözüm getirmektedir.

Üçüncü taraf finansmanı açıklanırken doktrinde de genellikle kullanıldığı üzere dar anlamda üçüncü taraf finansmanı ve geniş anlamda üçüncü taraf finansmanı şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Geniş anlamda üçüncü taraf finansmanı, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü bir tarafın, yargılamanın taraflarından birine ekonomik destek sağladığı; başarıya dayalı vekalet ücreti anlaşmaları, yasal gider sigortası, adli yardım, kredi ve bağış gibi tüm finansman modelleri olarak tanımlanabilecektir. Tezimizin konusunu oluşturan dar anlamda üçüncü taraf finansmanı ise tahkim yargılamasına taraf olmayan üçüncü bir tarafın, tahkim yargılaması taraflarından birine ekonomik destek sağlayarak tahkim masraflarını karşılaması ve yargılamada başarılı olunması halinde sağlamış olduğu finansmanın karşılığı olarak kazanılan ekonomik menfaatin

belirli bir oranına hak kazanmasıdır. Finanse edilen tarafın yargılamada başarılı olamaması halinde ise finansör herhangi bir hak talep edememektedir. Bu ihtimalde finansör, finansman sağlanan tarafın tahkim masraflarını herhangi bir karşılık elde etmeksizin üstlenmiş olmaktadır.

Üçüncü taraf finansmanının tarihi kökleri esasen Antik Yunana kadar dayanmaktadır. *Corpus Iuris Civilis*'te davanın üçüncü taraf tarafından finanse edilmesine ilişkin getirilen yasak ve kısıtlamalar, Antik Roma'da da üçüncü taraf finansmanı uygulamasının var olduğunu göstermektedir. Orta Çağ İngiltere'sinde gelişen *champerty*, *maintenance* ve *barratry* kavramları, üçüncü taraf finansmanın gelişimini belirli bir dönem için engellemiştir. Özellikle, zengin ve güçlü baronların, yoksulların davalarını satın alıp sosyal statülerini kullanarak haksız hükümler elde etmesinin önüne geçilememesi nedeniyle kişilerin davalarını satmaları yasaklanmış ve suç olarak düzenlenmiştir. Özellikle *common law* yargı çevresinde etkisini sürdüren bu yasaklar zamanla hem işlevini hem de anlamını kaybetmiştir. Bugünün dünyasında üçüncü taraf finansmanın, kişilerin adalete erişimini sağlaması nedeniyle işlevini ve anlamını kaybetmiş olan bu doktrinlerle sınırlandırılmaması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim çoğu ülkede *barratry* suç olmaktan çıkarılmış, halen geçerliğini koruyan ülkelerde ise kadük bir düzenleme olarak kalmıştır.

Üçüncü taraf finansmanının en belirgin özelliği, temel bir hak olan adalete erişimi mümkün kılmasıdır. Kendini tahkim sözleşmesi ile bağittanmış ekonomik durumu yetersiz olan taraf, tahkime başvuramamakta, ulusal mahkemelere başvurduğunda ise tahkim itirazı ile karşılaşacağından hiçbir türlü adalete erişim sağlayamayacaktır. Bu soruna çözüm olarak Almanya, Portekiz ve Lihtenştayn mahkemeleri, kendini tahkim anlaşması ile bağittayan tarafın mali durumu tahkim yargılamasını karşılamaya yetmiyor ise ulusal mahkemelerde uyuşmazlığın çözülebileceği görüşünde iken çoğu ülke mahkemesi bu görüşte olmayıp tarafların ulusal mahkemelere başvuramayacağı görüşündedir. Kendisini böyle bir durum içerişimde bulan taraf haklı olsa bile hakkını ileri sürebileceği bir platform bulamamaktadır. İşte bu taraf, ancak üçüncü taraf finansmanı sayesinde tahkime başvurabilecek ve böylelikle adalete erişim sağlayabilecektir.

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin hukuki niteliği tespit edinilmeye çalışılırken adi ortaklık sözleşmesi, gizli adi ortaklık sözleşmesi, sonuca katımlı ödünç sözleşmesi, faktoring sözleşmesi, alacağın temliki sözleşmesi ve sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerin asli edimleri karşılaştırılarak inceleme yapılmıştır. Her ne kadar taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre değişebilecek olsa da üçüncü taraf finansman sözleşmesinde genellikle finansörün asli edimi masrafların finansmanı, finansman sağlananın asli edimi ise yargılamanın yönetimini sağlamak olarak tespit edilmiştir. Bu bağlamda üçüncü taraf finansman sözleşmesinin hukuki niteliğiyle ilgili, tarafların asli edim yükümlülüklerine bağlı olarak üçüncü taraf finansman sözleşmesinin; gizli adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Üçüncü taraf finansman anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi halinde sözleşmenin esasına seçilmiş olan bu hukukun uygulanacağı kabul edilmiştir. Böyle bir seçimin yapılmaması halinde uygulanacak hukukun seçiminin uyuşmazlık çözüm mercii tarafından yapılacağı açıklanmıştır. Burada ilk olarak uyuşmazlığın ulusal mahkemeler aracılığı ile çözümlendiği ihtimalinden hareket edilmiştir. Bu ihtimalde hâkim kendisine getirilmiş olan bu uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukuku tespit ederken *lex fori*'den hareket ederek kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat edeceği ve bu doğrultuda uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukuku tespit edeceği ifade edilmiştir. Türk hukuku bakımından üçüncü taraf finansmanı sözleşmesi özel kanunlar ihtilafı kuralına tabi olmadığı ifade edilerek genel hükümlere göre çözüm üretilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Genel hükümlerde sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşme ile en sıkı ilişkide olan hukuk olduğu belirtilerek ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde bu sıkı ilişkinin karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku olduğu konsundaki kanuni karineye yer verilmiştir. Uyuşmazlığın tahkim tarafından çözümlenecek olması halinde ise uygulanacak olan hukukun kanunlar ihtilafı kuralları kullanılarak ve doğrudan maddi hukuk kurallarının uygulanması yoluyla tespit edilmesi gerektiği yönünde düşüncelerin bulunduğu ifade edilerek bu görüşlerin neredeyse tamamının destekçilerinin bulunduğu ve kendilerine bu itibarla yapılan düzenlemelerde yer buldukları sonucuna yer verilmiştir.

Üçüncü taraf finansman sözleşmesinin genel kabul görmüş bir standardı bulunmamakla beraber sözleşmede; finansörün finansman sağlananın tahkim

masraflarının bir kısmını ya da tamamını karşılayacağı ve karşılığında davada kazanılan tutarın bir kısmına hak kazanacağını belirtmesi, sözleşmenin üçüncü taraf finansman sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için önemlidir. Bu temel hükümlerin yanında finansörün davayı kontrol, denetleme yetkisi ve fesih yetkisinin sözleşmelerde düzenlendiği görülmektedir. Üçüncü taraf finansörler, banka ve yatırım fonu olabileceği gibi özellikle son zamanlarda görüldüğü üzere tek iş kolu tahkim yargılamalarını finanse etmek olan şirketler de olabilecektir. Finansman sağlanan ise haklı bir davası bulunan herhangi birisi olabilecektir. Ancak finansman sağlanan tarafın çok büyük oranda davacı taraf olduğu görülmektedir. Finansörler, bir davaya yatırım yapmaya karar vermeden önce detaylı bir durum tespiti(*due diligence*) yapmaktadırlar. Bu aşamada finansörler, uyuşmazlığa ilişkin tüm belgeleri inceleyerek davanın haklılığını ve muhtemel getirisini hukuki, mali ve idari boyutlarıyla araştırmaktadır. Finansörler bu aşamada elde ettikleri bilgilerle bir matris tablosu oluşturarak davanın muhtemel getirisini tespit etmekte ve finansman sağlanana tespit ettikleri bu miktar üzerinden bir teklif sunmaktadır. Finansman sağlanan bu teklifi kabul ettikten sonra taraflar sözleşmenin diğer hükümleri üzerinde çalışmaya başlamaktadır. Taraflar ayrıca tahkim yargılamasının başarıya ulaşması halinde kazanılan tutarın paylaşılmasının hangi sırayla olacağını belirleyen bir paylaşım sözleşmesi(*Priorities Agreement*) yapmaktadır.

Uluslararası tahkimde üçüncü taraf finansmanı, adalete erişimi tesis etmekle beraber bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Bunlardan belki de en önemlisi, finansman sağlanan tarafın, üçüncü taraf finansmanından faydalandığını yargılamanın taraflarına ve hakeme açıklama zorunluluğu bulunup bulunmadığıdır. Buradaki temel sorun, finansörlerin hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki etkisidir. Yargılamada davacı ve davalı ile hakem arasında muhtemel bir çıkar çatışması oluşturabilecek bir durum yargılama sırasında fark edilip aksiyon alınabilecekken, varlığı veya kimliği hakemlerce bilinmeyen bir finansör ile hakemler arasındaki muhtemel çıkar çatışması, yargılama sonuna kadar fark edilemeyebilecektir. Yargılama bittikten sonra hakemler ile finansör arasında çıkar çatışması yaratabilecek kabul edilemez bir ilişki olduğu öğrenildiğinde hakem kararının iptali gündeme gelebilecektir. Kararının iptal edilebilmesi yanında kararının tenfizi de engellenebilecektir. Bu nedenle katıldığımız doktrindeki çoğunluk görüş finansmanın varlığının ve finansörün kimliğinin açıklanmasının zorunlu olması gerektiğini

savunmaktadır. Nitekim kurumsal tahkim kuralları da bu yönde değişiklikler yapmakta ve kurallarına üçüncü taraf finansmanın varlığının ve finansörün kimliğinin açıklanmasını zorunlu kılan hükümler getirmektedir. Açıklama zorunluluğunun kapsamı da tartışma konusu olmaktadır. Bu bağlamda finansörün yargılamaya dahilini ve teminat gösterme tedbirinin gerekliliğini tespit etmek amacıyla finansman sözleşmesinin de hakem heyetine ibraz edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu konuda katıldığımız çoğunluk görüş, finansman sözleşmesinin ibrazının zorunlu olmaması gerektiği, hakem heyetinin yargılama bakımından önemli olduğuna kanaat getirmesi halinde yalnızca sözleşmenin ilgili kısımlarının yargılamanın taraflarının erişimine açılması yönündedir.

İkinci olarak ele alınan sorun üçüncü taraf finansmanının gizlilik üzerindeki etkileridir. Burada ilk olarak finansman sağlanan tarafın finansör ile paylaşacağı bilgilerin, finansman sağlanan ile karşı taraf arasındaki tahkim anlaşması uyarınca oluşan tahkim yargılaması gizliliğini ihlal edip etmediği tartışılmıştır. Tartışma neticesinde, yargılama öncesi finansman sağlanan tarafından *due diligence* çalışması için bilgi, belge ve ticari sırların ve tahkim yargılaması başladıktan sonra yargılama içerisinde yaşananların finansör ile paylaşılmasının tahkim yargılamasının gizliliğini ihlal edeceği sonucuna varılmıştır. Bu sorunun çözümü olarak tarafların henüz tahkim anlaşması imzalamaya aşamasında üçüncü taraflara bilgi ve belge paylaşımının nasıl ve hangi şartlar altında gerçekleşeceğine ilişkin bir gizlilik sözleşmesi imzalamalarının faydalı olacağına kanaat getirilmiştir. Bu başlıkta tartışılan diğer sorun ise finansöre sağlanan bilgilerin avukatın kanuni gizlilik yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelip gelmediğidir. Sonuç olarak finansman sağlanan müvekkilin, tahkim yargılamasına ilişkin bilgi ve belgeleri finansör ile paylaşılması konusunda avukatına açık yetki vermesi halinde gizlilik ihlali oluşmayacağı sonucuna varılmıştır.

Üçüncü olarak ele alınan sorun üçüncü taraf finansmanın yargılama giderlerine etkisidir. Burada ilk olarak finansör tarafından karşılanan yargılama giderlerinin kaybeden tarafa yükletilip yükletilmeyeceği tartışılmıştır. Burada ikili bir ayrıma gidilmiştir. Finansman sağlananın, finansör tarafından karşılanan yargılama giderlerini finansöre geri ödeme yükümlülüğü bulunuyor ise yargılama gideri olarak kaybeden tarafa yükletilebileceği, finansman sağlananın hiçbir şekilde bu giderleri finansöre geri ödeme yükümlülüğü bulunmuyor ise yargılama gideri olarak kaybeden tarafa

yükletilemeyeceği sonucuna varılmıştır. İkinci olarak finansörün yatırımının karşılığı olarak finansman sağlananın yargılama sonunda finansöre ödeyeceği tutarın yargılama gideri olarak kaybeden tarafa yükletilip yükletilemeyeceği tartışılmıştır. İki farklı hakem kararı bu yönde olmuşsa da katıldığımız çoğunluk görüşe göre bu tutarın kaybeden tarafa yükletilmesi makul olmayacağından bu tutar yargılama gideri olarak kabul edilemeyecektir. Üçüncü olarak finansman sağlananın tahkim yargılamasında başarısız olmasında halinde aleyhine hükmedilecek giderlerin direkt olarak finansör aleyhine yükletilip yükletilemeyeceği tartışılmıştır. Finansör tahkim anlaşmasına taraf olmadığından hakem heyetinin finansör aleyhine karar verme yetkisi olmadığı ve finansörün yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Son olarak ise *due diligence* aşamasında yapılan giderlerin yargılama gideri olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Bu aşamada yapılan masrafların finansman sağlanandan talep edilip edilmediği ve bu aşamada elde edilen verilen tahkim yargılamasında kullanıp kullanılmadığı değerlendirilerek her ikisi de olumlu ise bu masrafların yargılama gideri olarak nitelendirilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Dördüncü ve son olarak ele alınan sorun ise üçüncü taraf finansmanın yargılama giderleri için teminat gösterilmesi tedbirine hükmedilmesine etkisi olmuştur. Burada ilk olarak hakem heyetinin bu tedbire hükmetme yetkisinin olup olmadığı tartışılmış ve açıkça bu yönde yetkileri olduğu düzenlenmemiş olsa bile genel geçici koruma tedbirleri konusundaki yetkilerinin teminat gösterilmesi tedbirini de kapsadığı sonucuna varılmıştır. Hakem heyetleri, teminat gösterilmesi tedbirine karar verirken, özetle, tarafın ekonomik durumunun, yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek giderleri ödeyemeyecek durumda olup olmadığını ve yargılama giderlerini ödemekten kaçınmaya yönelik kötü niyetli davranışlarının bulunup bulunmadığını göz önüne almaktadır. Yatırım tahkimi yargılamalarında teminat gösterilmesi tedbir taleplerinin çok nadir kabul edildiği görülmektedir. Öyle ki teminat gösterilmesi tedbir talebinin kabul edildiği bilinen yalnızca 3 yatırım tahkimi kararı vardır. Bu bölümde teminat gösterilmesi tedbiri talep edilen tahkim yargılamalarında tarafların talepleri, savunmaları ve bunların gerekçeleri ile hakem kararları ve bunların gerekçeleri detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu kararların incelemesinde; teminat gösterilmesi taleplerinde gözetilen ana kriterin tarafın mali durumu olduğu, hakem heyetlerinin teminat göstermesi talep edilen tarafın yargılama giderlerini ödeyemeyeceğini gösteren yeterli bir delil gösterilmesini istedikleri görülmüştür. Üçüncü taraf

finansmanın bu kriterlerin değerlendirilmesinde etkisi ise bazı istisnalar dışında finansmanın varlığının tek başına finansman sağlanan tarafın mali durumunun ispatı sayılmayacağı yönündedir. Zira sadece mali olarak zayıf şirketler değil, dava riski ve maliyetini paylaşmak isteyen şirketler de üçüncü taraf finansmanından faydalanabilmektedirler. Ancak yargılama taraflarından birinin üçüncü taraf finansmanından faydalandığı tespit edilmişse, finansman sözleşmesinde finansörün aleyhe giderlerden sorumlu olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira finansörün aleyhe giderlerden sorumlu olmaması, vur-kaç yapılabilme ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Yatırım tahkimi bakımından finansörün aleyhe giderlerden sorumlu olmaması dahi tek başına teminat gösterilmesi tedbirinin uygulanması için yeterli görülmemektedir. Burada tarafın adalete erişim hakkı üstün tutulmakta, üçüncü taraf finansmanın varlığı, teminat gösterilmesi taleplerinin sadece olağanüstü durumlarda kabul edilmesi gibi genel kabul gören kriterlerin dışına çıkılmasına sebebiyet vermediği düşünülmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- AFFAKI Bachir Georges “A Financing is a Financing is a Financing”, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, , 2013, ss. 10-16.
- AĞIRMAN Doğan **Milli & Milletlerarası Tahkim**, 1. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- AKINCI Ziya **Milletlerarası Tahkim**, 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- AKKAN Mine **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- AKÜZÜM Ural **Dava Fonlama Kavram, Adalete Erişim, Hukuki ve Etik Sorunlar**, 1. Bası, İstanbul: Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021.
- ALRASHID Meriam N., WESSEL Jane, LAIRD John “Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration”, Dispute Resolution International, C. 36, S. 2, 2012, ss. 101-130.
- ALVAREZ Omar Puertas, TRIADU Carlos Ara, VIDAL Oriol Valenti, ARALUCE, Ana Fernandez “Two’s a Crowd, Three’s a Party: The Coming of Age of Third-Party Funding in International Arbitration”, Revista del Club Espanol del Arbitraje, S. 40, 2021, ss. 25-41.
- ANTALYA Gökhan **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, 5. Bası, İstanbul: Alkım Yayınları, 1999.
- ATAMAN FİGANMEŞE İnci “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir-Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 103-130.
- ATAMAN FİGANMEŞE İnci “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, Public and Private International Law Bulletin, 2011, C. 31, S. 1, ss. 91-152 (Ataman-Figanmeşe, Tahkimler Arası Farklar).

- AYAR Ahmet **Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler**, 1. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- BALKAR Süheyla **“Milletlerarası Tahkimde Tarafların Ödeme Güçlüğü ve Üçüncü Kişi Finansmanı”**, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Taraf Finansmanı, Editör Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 73-90, (Balkar, **Panel**).
- BALKAR Süheyla **“Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Editör Burak Huysal, C. 10, S. 129-130, 2015, ss. 121-222 (Balkar, **Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi**).
- BALKAR Süheyla **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, 1. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016 (Balkar, **Hakemlerin Bağımsızlığı**).
- BALKAR Süheyla **“Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri”**, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 131-168, (Balkar, **Ödeme Güçlüğü**).
- BARBER Louise **Tenke v Katanga: The English Commercial Court Provides Further Clarity on the Ability to Recover Third Party Funding Costs in Arbitration**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/27/tenke-v-katanga-the-english-commercial-court-provides-further-clarity-on-the-ability-to-recover-third-party-funding-costs-in-arbitration/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.
- BARKER George **Third Party Litigation Funding in Australia and Europe**, Centre for Law and Economics ANU College of Law, 2012.
- BARNETT Jonathan, MACEDO Lucas, HENZE Jacob **Third-Party Funding Finds its Place in the New ICC Rules**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/05/third-party-funding-finds-its-place-in-the-new-icc-rules/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

- BARTSCH Daniela **“Third-Party Funding – A New Player in the Field of Cost Allocation”**, German Arbitration Journal, 2021, ss. 12-22.
- BAYSAL Başak **“Fransız Borçlar Hukukuna İlişkin Tasarıya Ön bir Bakış”**, İÜHFM, C. LXIV, S. 2, 2006, ss.215-234, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95812>, Erişim Tarihi: 05.06.2022.
- BEECHEY John **“The Pandora’s Box of Third-Party Funding: Some Practical Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments”**, Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, C. 20, ICCA Congress Series, 2019, ss. 558-586.
- BERGER Bernhard **“Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law”**, ASA Bulletin, C. 28, S. 1, Kluwer Law International, 2010, ss. 7-81.
- BİRENGEL Tilbe **Cost Allocation in International Arbitration, (Birengel, Cost Allocation)** <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/cost-allocation-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 20.04.2022.
- BİRENGEL Tilbe **Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanına Dair Düzenlemeler – Bölüm 1, (Birengel, Düzenlemeler)** <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/yatirim-tahkiminde-ucuncu-kisi-finansmanina-dair-duzenlemeler-bolum-i>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.
- BOGART Christopher P. **“Not all “funders” are created equal: What lawyers need to know & diligence about capital providers”**, Legal Finance 101, Burford Capital, 2021, ss. 46-51, (Bogart, **Funder’s Due Diligence**).
- BOGART Christopher P **“Overview of Arbitration Finance”**, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 50-56, (Bogart, **Overview**).
- BOGART Christopher P **Third-Party Financing of International Arbitration”**, b-Arbitra Belgian Review of Arbitration, Editör Jean-François Tossens, Annet van Hooft, S. 2, 2017, ss. 315-325, (Bogart, **Financing**).
- BORN Gary B. **International Commercial Arbitration**, 3. Bası, Kluwer Law International, 2020.

BREKOULAKIS
Stavros, 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, Editör Christian Klausegger ve diğ., Manz’sche Verlags- und universitätsbuchandlung, 2017, ss. 3-19.

BURCHILL Scott,
LİNKLATER
Andrew, NARDİN
Terry, DEVETAK
Richard,
DONNELLY Jack,
PATERSON
Matthew

Uluslararası İlişkiler Teorileri, 7. Bası, İstanbul: Küre Yayınları, Çeviren: Ali Aslan ve Muhammed Ali Ağcan, 2021.

BUHLER Michael

“Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview” ASA Bulletin, C. 22, S. 2, 2004, ss. 249-279.

CAN Hacı

Milletlerarası Tahkim Hukuku, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

FORBES Carlos,
KOBAYASHİ
Patricia Shiguemi,
GONÇALVES
Louise Antunes,

CAM-CCBC,
<https://globalarbitrationreview.com/review/the-arbitration-review-of-the-americas/2018/article/cam-ccbc>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

CENTNER Daniel,
FORD Megan,

A Brief History of Arbitration,
https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/the_brief/2018-19/summer/a-brief-history-arbitration/, Erişim Tarihi: 16.01.2022.

CHANG Eric

Litigation Finance and Crypto Tokens: How a Blockchain Startup Seeks to Create Financing Marketplaces for Disputes,
<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/16/litigation-finance-and-crypto-tokens-how-a-blockchain-startup-seeks-to-create-financing-marketplaces-for-disputes/>, Erişim Tarihi: 07.06.2022.

COMMISSION
Jeffrey, ARNOTT
Craig

Reexamining the Role of Security for Costs,
https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/reexamining-the-role-of-security-for-costs/#_ftn1, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

- CREMADES
Bernardo M.,
“Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, Transnational Dispute Management, C. 8, S. 4, 2011, (Cremades, **Third Party Funding**).
- CREMADES Juan
Antonio
”Adapting Disclosure Obligations to the Realities of Modern Third-Party Funding”, BCDR International Arbitration Review, C. 6, S. 1, 2019, ss. 6-26 (Cremades, **Disclosure**).
- CRIVELLARO
Antonio
“Third-Party Funding and Mass Claims in Investment Arbitrations”, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 137-152.
- CRIVELLARO
Antonio,
MELCHIONDA
Lorenzo
“Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding”, BCDR International Arbitration Review, Editör Nassib G. Ziade, C. 5, S. 2, 2018, ss. 281-306.
- Cumhurbaşkanlığı
İdari İşler Başkanlığı
Hukuk ve Mevzuat
Genel Müdürlüğü
Tahkime İlişkin Kavramlar Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler, 1. Bası, Ankara: Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 2021.
- CUTRONA Danielle
“Control, Disclosure, Privelege, Champerty and Other Legal Finance Ethics Questions Answered”, Legal Finance 101, Burford Capital, 2021, ss. 52-57, <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/legal-finance-101/>, Erişim Tarihi: 10.02.2022.
- ÇALIŞKAN Yusuf
“Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss. 645-658.
- DARWAZEH Nadia,
LELEU Adrien
“Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding”, Journal of International Arbitration, C. 33, S. 2, Kluwer Law International, 2016, ss. 125-150.
- DAUTAJ Yili,
Acces to Justice Rebalancing the Third Party Funding Equilibrium in Investment Treaty Arbitration, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/18/accessjusticerebalancing-third-party-funding-equilibrium-investmenttreatyarbitration-2/>, Erişim Tarihi: 16.02.2022.
- DE BOULLE
Thibault
Third Party Funding in International Commercial Arbitration, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ghent Üniversitesi, 2014.

DE BRABANDERE
Eric, LEPELTAK
Julia

“Third Party Funding in International Investment Arbitration”, Grotius Centre Working Paper Series, S. 1, Universiteit Leiden, 2012.

DODGE Kirstin,
BARNETT Jonathan,
MACEDO Lucas,
KULIG Patryk,
GOMEZ Maria
Victoria

Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

DODGE Kirstin,
BARNETT Jonathan,
MACEDO Lucas,
KULIG Patryk

“Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules”, Revista Romana De Arbitraj, C. 15, S. 3, Wolters Kluwer Romania, 2021, ss. 15-32.

DOĞAN Vahit

Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1. Bası, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

EKEN Can,

Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi, 2018.

EKŞİ Nuray

Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.

ERCAN İsmail

Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 5. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

ERDEM H. Ercüment

Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

ERDÖNMEZ Güray

İflasta Alacaklılar Toplanması ve Yetkileri, 1. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, (Erdönmez, **İflas**).

ERDÖNMEZ Güray

Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, (Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**).

ERDÖNMEZ Güray,

Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, (Erdönmez, **Usul**).

- EREN Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- ERKAN Mustafa **“Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, ss. 535-562, (Erkan, **Tahkim Şartı**).
- ERKAN Mustafa **Arbuluculuk ve Singapur Sözleşmesi**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, (Erkan, **Arbuluculuk**).
- ERKAN Mustafa **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, (Erkan, **Yetki**).
- ERSEN PERÇİN Gizem **“Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Forum Necessitatis İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi”**, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar, Editör Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim Arning, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 3-20.
- ERTEN Rifat **“İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 3, 2009, ss. 539-577.
- ERYİĞİT Burak **“ICSID Yatırım Tahkimi Kapsamında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri”**, Tahkim Yargılaması, Editör Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 445-454.
- ESEN Emre **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43378.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.
- ESİN İsmail G **Birleşme ve Devralmalar**, 3. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- FAVRO Alberto **New ICSID Arbitration Rules: A Further Step in the Regulation of Third-Party Funding**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/03/new-icsid-arbitration-rules-a-further-step-in-the-regulation-of-third-party-funding/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

- FISCHER Eliane,
PETER Flavio **“Costs Follow Conduct” – A Musical Altercation**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/26/costs-follow-conduct-musical-altercation/>, Erişim Tarihi: 21.04.2022.
- FLECKE-
GIAMMARCO
Gustav **“The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration”**, WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, Editör Jorge A. Huerta-Goldman ve diğerleri, Kluwer Law International, 2013, ss. 389-420.
- FOURIE Adrian **“Unionmatex v. Turkmenistan: The Emerging Jurisprudence of Security for Costs in Investor-State Arbitration”**, Journal of International Arbitration, Editör Maxi Scherer, C. 37, S. 5, Kluwer Law International, 2020, ss. 649-663.
- FRIGNATI Valentina **“Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration”**, Arbitration International, Editör William W. Park, C. 32, S. 3, 2016, ss. 505-522.
- GARCIA Frank J. **“Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System”**, Boston College Law Review, C. 59, S. 8, 2018, ss. 2911-2934.
- GAYNER Oliver,
KHOURI Susanna **“Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding”**, Fordham International Law Journal, C. 40, S. 3, 2017, ss. 1033-1046.
- GEDİK Fırat, KOÇ
Emel **“Hüküm Kurma ve İçtihat”**, Ankara Barosu Dergisi, C. 67 S. 2, 2009, ss. 157-163.
- GIAQUINTO
Martino, PIGOTT
Ashley **“Conditional Fees and Their Effect on Arbitration”**, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, C. 66, S. 4, 2000, ss. 264-268, s. 266-267.
- GILCREST Sarah **“When Peer Pressure is Not Enough: Mandatory Disclosure and Third-Party Funding”**, Arbitration Brief, C. 6, S. 1, 2019, ss. 60-81.
- GİRAY Faruk Kerem **“Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”**, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 4, S. 2, 2015, ss. 65-121.
- GOELER Jonas von **“Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”**, International Arbitration Law Library, C. 35, Kluwer Law International, 2017 (Goeler, Third Party Funding).

- 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**, (Goeler, Confidentiality), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>, Erişim Tarihi: 18.04.2022.
- GOLDBERG David, KRYVOI Yarik, PHILIPPOV Ivan **2019 Empirical Study: Provisional Measures in Investor-State Arbitration**, Londra: British Institute of International and Comparative Law White & Case, 2019.
- GOLDSMITH Aren, MELCHIONDA Lorenzo **“Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)”**, International Business Law Journal, C. 2012, S. 1, 2012, ss. 53-76, (Goldsmith/Melchionda, **Third Party Funding**).
- GOLDSMITH Aren, MELCHIONDA Lorenzo **“Third-Party Funding: Toward the Development of and Incremental Methodology for Disclosure”**, Paris Journal of International Arbitration, C. 2016, S. 1, 2016 (Goldsmith/Melchionda, **Disclosure**).
- GOLDSMITH Aren, MELCHIONDA Lorenzo **The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction**, (Goldsmith/Melchionda, **ICC Guidance Note**) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.
- GOLDSTEIN Marc J. **“Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? – Thoughts About a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration”**, Transnational Dispute Management, C. 8, S. 4, 2011.
- GONZALEZ-BUENO Carlos **Third Party Funding Again Under the Spotlight**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/08/third-party-funding-again-under-the-spotlight/>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.
- GUERRINA Britton B., RUBINSTEIN Javier H. **“The Attorney-Client Privilege and International Arbitration”**, Journal of International Arbitration, C. 8, S. 6, Kluwer Law International, 2001, ss. 587-602.

- GÜNEY Necmeddin **Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar,** Yayınlanmamış Doktora Tezi Erbakan Üniversitesi, 2013.
- GÜRZUMAR Osman Berat **“Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması”,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, ss. 1257-1273.
- HAERI Hussein, HUELMO Claudia Baro, GASPAROTTI Giacomo **Third-Party Funding in International Arbitration,** <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-to-arbitration/3rd-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.
- HANOTIAU Bernard **“The Parties’ Costs of Arbitration”,** Evaluation of Damages in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Yves Derains, Richard H. Kreindler, C. 4, International Chamber of Commerce, 2006, ss. 213-222.
- HENRIQUES Duarte Gorjao **The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the ‘Full-Disclosure-Wingers’ of TPF in International Arbitration,** <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/15/the-essar-v-norscot-case-a-final-argument-for-the-full-disclosure-wingers-of-tpf-in-international-arbitration/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.
- HEWITT Paul **Conditional Fees After the Event Insurance and Other Litigation Funding Mysteries,** <https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/conditional-fees-after-the-event-insurance-and-other-litigation-funding-mysteries-updated>, Erişim Tarihi: 03.02.2022.
- HODGES Christopher, PEYSNER John, NURSE Angus **“Litigation Funding: Status and Issues”,** Legal Research Paper Series, S. 55, Oxford Legal Studies Research, 2012.
- HORODYSKI Dominik, KIERSKA Maria **“Third Party Funding in International Arbitration Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure Requirement”,** Scientific Journals of the Society of Doctoral Students of the Jagiellonian University, 2017, ss. 63-80.
- HUYSAL Burak **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik,** 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

- ICC Commission on Arbitration and ADR **“Decisions on Costs in International Arbitration”**, ICC Dispute Resolution Bulletin, S. 2, International Chamber of Commerce, 2015.
- ICCA-Queen Mary Task Force, **Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration The ICCA Reports No.4**, International Council for Commercial Arbitration, 2018.
- IŞIK Fatih, PAT Hande **“Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”**, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Taraf Finansmanı, Editör Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 93-109.
- İNAL Emrehan **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 1. Bası, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2011, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/birincibolum-978-605-4396-47-4-1/1>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.
- JACKSON Lord Justice **Review of Civil Litigation Costs Final Report**, The Stationery Office, 2010, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.
- JHANGIANI Sapna, COLDWELL Rupert **Third-Party Funding in International Arbitration in Singapore and Hong Kong – A Race to the Top?**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.
- JOSE Maria **ICSID Reform: Balancing the Scales?**, Kluwer Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/28/icsidreform-balancing-the-scales/> Erişim Tarihi: 12.06.2022.
- KALICKI Jean E. **“Security for Costs in International Arbitration”**, Transnational Dispute Management 5, 2006.

- KANTOR Mark A. **“Risk Management Tools for Respondents – Here Be Dragons”**, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 57-69.
- KARAOĞLAN Necip İlker **Milletlerarası Tahkim Yargıtay Kararları**, B.4., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- KARRER Pierre A., DESAX Marcus **“Security for Costs in International Arbitration Why, When and What If”**, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, ss. 338-353, https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/44.pdf, Erişim Tarihi: 16.05.2022.
- KATHAN-SPATH Johanna, FREMUTH-WOLF Alice **VIAC Rules Revision 2021 Part I: Revised Vienna Rules Enter into Force on 1 July 2021**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/01/viac-rules-revision-2021-part-i-revised-vienna-rules-enter-into-force-on-1-july-2021/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.
- KAYALI Didem **“Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”**, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 8, S. 1, 2019, ss. 83-115.
- KHOURI Susanna, HURFORD Kate, BOWMAN Clive **“Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration - a panacea or a plague? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding”**, Transnational Dispute Management, C. 8, S. 4, 2011.
- KIRTLEY William, WIETRZYKOWSKI Koralie **“Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When and Impecunious Claimant Is Relying Upon Third-Party Funding?”**, Journal of International Arbitration, C. 30, S. 1, Kluwer Law International, 2013, ss. 17-30.
- KOCAAĞA Köksal **Ceza Koşulu(Sözleşme Cezası)**, 2. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- KOCAYUSUFPAŞA OĞLU Necip **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

- KÖSE Yasin, **“Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü”**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 45, S. 29, ss. 29-52.
- KURU Baki **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013
- KÜÇÜK Namıka Elif, ASLAN Nurdan **“Transatlantik Ticaret ve Yatırım Anlaşması’nın Tarihsel Süreci ve Türkiye’ye Etkileri”**, Beykoz Akademi Dergisi, C. 3, S. 1, 2015, ss. 99-118.
- KÜHN Wolfgang **“The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?”**, Journal of International Arbitration, C. 35, S. 3, Kluwer Law International, 2018 ss. 307-328.
- LANDI Niccolo **“The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration An Overview”**, Austrian Yearbook on International Arbitration, Editör Klausegger ve diğerleri, 2012, ss. 85-104.
- LEFEVRE Françoise, CALLENS Peter, CROISANT Guillaume **“Legality of Third-Party Funding Mechanisms under Belgian Law”**, b-Arbitra Belgian Review of Arbitration, S. 1, 2017, ss. 35-65.
- LEVENTHAL Alexander G., **Towards an Exceptio Fundati? Assessing a (Potentially) Emerging Exception for Third Party Funding in Investment Treaty Decisions on Security for Costs in the Wake of Armas v. Venezuela**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/18/assessing-a-potentially-emerging-exception-for-third-party-funding-in-investment-treaty-decisions-on-security-for-costs-in-the-wake-of-arms-v-venezuela/>, Erişim Tarihi: 19.05.2022.
- LEVY Laurent, BONNAN Regis, **“Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings”**, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 78-94.
- LEW Julian D., MISTELIS M., Loukas A., KRÖLL Stefan **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003.

- LİNKE Sebastian
Torres, **Third Party Litigation Funding in International Arbitration: Conflicts of Interest with Arbitrators**, Westfälische Wilhelms Üniversitesi Seminar Tezi, 2019.
- LIVSCHITZ Tamir **“Third Party Funding in Arbitration”**, Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide, Editör Manuel Arroyo, 2. Bası, Wolters Kluwer, 2018, ss. 2615-2632
- MATRAY Didier,
ROMPAEY Sigrig
van **“An Introduction to Third Party Funding”**, b-Arbitra Belgian Review of Arbitration, Editör Jean-François Tossens, Annet van Hooft, S. 1, 2017, ss. 175-195.
- MEJIA Sebastian **“Recovering the Costs of Third-Party Funding: From Impossible to Plausible”**, 40 under 40 International Arbitration, Editör Carlos Gonzalez-Bueno, 2018, ss. 479-488.
- MERT Baver
Mazlum **Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- MOSELEY Sarah E. **“Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration”**, Texas Law Review, C. 97, S. 6, 2019, ss. 1181-1203.
- MOSER Luiz
Gustavo Meira **Global Empirical Surver on Choice of Law**, https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/03_Convencoes_Arbitrais_Internacionais/Moser_-_Global_Empirical_Survey_on_Choice_of_Law.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2022.
- MOSES Margaret **The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges**, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>, Erişim Tarihi: 10.06.2022.
- NEUBERGER Lord **Harbour Litigation Funding First Annual Lecture, From Barretry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding**, 2013, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf>, Erişim Tarihi: 05.02.2022.
- NIEUWVELD Lisa
Bench, SAHANI
Victoria Shannon **Third Party Funding in International Arbitration**, 2. Bası, Kluwer Law International, 2017.

- NOMER Ergin **Devletler Hususi Hukuku**, 23. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- NOMER Ergin, EKŞİ Nuray, ÖZTEKİN GELGEL Günseli **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. I, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, 19. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe **“İsimsiz Sözleşmeler”**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Editör Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, C. 4,5, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 2527-2590.
- OSMANOĞLU Burcu **“Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”**, Journal of International Arbitration, C. 32, S. 3, Kluwer Law International, 2015, ss. 325-350.
- OVERGAARD Caroline, TUFTE-KRISTENSEN Johan **“Disclosure of Third-Party Funding in Commercial Arbitration”**, Nordic Journal of Commercial Law, C. 2020 S. 2, 2020.
- ÖZ Turgut **“Alacağın Devri”**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Editör Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu, C. 2,3, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, ss. 2339-2400.
- ÖZBEK Mustafa Serdar **“Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”**, Medeni Usul ve icra İflas Hukuku Dergisi, S.4, 2006, ss. 907-927, (Özbek, Adalete Erişim), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_804.htm, Erişim Tarihi: 17.02.2022.
- ÖZBEK Mustafa Serdar **Tahkim Hukuku**, 1. Bası, C.1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

ÖZDEMİR
KOCASAKAL
Hatice

“Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK md. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, S. 1-2, 2010, ss. 27-88, (Özdemir-Kocasakal, **Uygulanacak Hukuk**).

ÖZDEMİR
KOCASAKAL
Hatice

“Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 25-69, (Özdemir-Kocasakal/Balkar, **Tahkim Anlaşması**).

ÖZEL Sibel

“Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanan Hukuk”, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları IV, Editör Ziya Akıncı, Berk Demirkol, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 193-221.

PARKER Chris

A Global Perspective on Availability of Security for Costs and Claim in International Arbitration Mirage or Oasis?,

<https://www.herbertsmithfreehills.com/hsfpdf/latest-thinking/a-global-perspective-on-availability-of-security-for-costs-and-claim-in?pdf=1>, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

PETIT Sharina

“Maintenance and Champerty an End to Historic Rules Preventing Third Party Funding”, Norton Rose Fulbright International Arbitration Report, S. 7, 2016, ss. 9-10.

PITKOWITZ
Nikolaus, MÜLLER
Maximilian Albert

“The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Legal Nature of Third-Party Funding Agreements”, Austrian Yearbook on International Arbitration, Editör Christian Kalusegger, Peter Klein, Manz’sche Verlags- und universitätsbuchandlung, 2021.

PRALOFF Roger

Have You Got a Piece of This Lawsuit, <https://fortune.com/2011/06/28/have-you-got-a-piece-of-this-lawsuit-2/>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

PULAŞLI Hasan,

Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

PÜRSELİM
ARNİNG Hatice
Selin

“Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 2, 2014, ss. 3-21, (Pürselim Arning, **Arabuluculuk**).

PÜRSELİM
ARNİNG Hatice
Selin

“Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, ss. 496-512, (Pürselim Arning, **Elverişlilik**).

PÜRSELİM
ARNİNG Hatice
Selin

İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, (Pürselim Arning, **Uygulanacak Hukuk**).

ROGERS Catherine
A.

“Gamblers, Loan Sharks, Third-Party Funders”, Ethics in International Arbitration, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2345962, Erişim Tarihi: 02.02.2022.

RONEY David P.,
WEID Katherine von
der

“Third-Party Funding in International Arbitration: New Opportunities and New Challenges”, New Developments in International Commercial Arbitration, Editör Christoph Müller ve Antonio Rigozzi, Schulthess, 2013, ss. 183-207.

SAHANI Victoria
Shannon

“Judging Third-Party Funding”, UCLA Law Review, C. 63, S. 388, 2015 (Sahani, **Judging**).

SAHANI Victoria
Shannon

“Global Laboratories of Third-Party Funding Regulation”, AJIL Unbound, S. 34, 2021, ss. 34-39, (Sahani, **Funding Regulation**).

SAMUELS David

Third Party Funding: Avoiding the Pitfalls, <https://globalarbitrationreview.com/article/third-party-funding-avoiding-the-pitfalls>, Erişim Tarihi: 13.06.2022.

SANTOS Caroline
Dos

“Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: a Wolf in Sheep’s Clothing?”, ASA Bulletin, Editör Matthias Scherer, C. 35, S. 4, 2017, ss. 918-936.

SARIÖZ
BÜYÜKALP İpek

“Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Konusunda Karşılaşılan Bazı Usul Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler”, Tahkim Anlaşması, Editör Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 185-213.

SAVOLA Mika

“Awarding Costs in International Commercial Arbitration”, Scandinavian Studies in Law, Editör Lars Heuman, Peter Wahgren, Patricia Shaughnessy, C. 63, 2017, ss. 276-318.

- SCHERER Maxi **“Out in the Open? Third-Party Funding in Arbitration”**, Commercial Dispute Resolution, (Scherer, Arbitration), <https://iclg.com/cdr/arbitration-and-adr/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>, Erişim Tarihi: 15.06.2022
- SCHERER Maxi **“Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?”**, Third Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013 , ss. 95-100, (Scherer, Disclosure).
- SCHERER Maxi, GOLDSMITH Aren, FLECHET Camille **“Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funder’s Perspectives”**, International Business Law Journal, S. 2, 2012, ss. 207-220.
- 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), Editör Bernardo M. Cremades, Antonias C. Dimolitsa, C. 10, International Chamber of Commerce, 2013, ss. 16-31.
- SLATER Emily **“Getting to Yes How to Secure Legal Finance”**, Legal Finance 101, Burford Capital, 2021, ss. 6-12.
- SMITH Mick **“Mechanics of Third Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective”** Third Party Funding in International Arbitration, 2. Bası, Kluwer Law International, 2017, ss. 19-37.
- SÖNMEZ İrfan, KARAKAYA Gencay **“Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2015, ss. 203-229.
- STEINITZ Maya **“Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding”**, Minnesota Law Review, C. 95, S.4, 2011, ss. 1269-1302.
- STONE William **“Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?”**, Asian Dispute Review, C. 2015, S. 2, 2015, ss. 62-70.
- STOYANOV Marie, OWCZAREK Olga **“Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?”** BCDR International Arbitration Review, Editör Nassib G. Ziade, C. 2, S. 1, Kluwer Law International, 2015, ss. 171-200.

SUNGURTEKİN
ÖZKAN Meral

“Anayasal Şikâyet ve Adalete Erişim”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 399-410.

SURUGIU Marius-
Razvan, SURUGIU
Camelia,

“International Trade, Globalization and Economic Interpedence between European Countries: Implications for Businesses and Marketing Framework”, Procedia Economics and Finance, C. 32, 2015.

SÜRAL EFEÇİNAR
Ceyda

“Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar için Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkisi”, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Taraf Finansmanı, Editör Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu, Ece Uyanık, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss. 113-124, (Sürel-Efeçinar, **Panel**).

SÜRAL EFEÇİNAR
Ceyda

“Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, ss. 33-62, (Süral-Efeçinar, **Teminat**).

ŞAFAK Ali

“Alacağın Temliki”, Alacağın Temliki (Devri) Özel Görünüş Biçimleri, Editör Ali Şafak, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, ss. 31-48.

ŞAHİN Turan

Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, 1 Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.

ŞANLI Cemal, ESEN
Emre, ATAMAN-
FİĞANMEŞE İnci

Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.

ŞANLI Cemal

Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.

TAHMAZ Ayşenaz

“Yabancı Yatırımcı ve Ev Sahibi Devlet Arasında İmzalanan Yatırım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Editör Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim Arning, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 1-32.

- TARMAN Zeynep
Derya **“Mediation as an Option for International Commercial Disputes”** Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, C. 48, S. 65, 2016, ss. 229-244.
- TAŞYÜREK
KÖKSAL Selda **“Tahkime Elverişlilik”**, Tahkim Anlaşması, Editör Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 413-424.
- TEKİNALP
GÜLÖREN **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- TORSELLO Marco,
PONTREMOLI
Lucia **Third-Party Litigation Funding Agreements**, <https://www.lexology.com/commentary/litigation/italy/arbit-it-radicati-di-brozolo-sabatini-benedettelli-torsello/third-party-litigation-funding-agreements>, Erişim Tarihi: 23.06.2022.
- TRUSZ Jennifer A. **“Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”**, The Georgetown Law Journal, C. 101, 2013, ss. 1649-1682.
- TÜYSÜZ Cemre **“Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”**, Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2, 2017, ss. 846-873, (Tüysüz, **Ticari Tahkimde Gizlilik**).
- TÜYSÜZ Cemre **İcra ve İflas Hukukundaki Davaların Tahkim Anlaşmasının İcrasına Etkisi**, 1. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017, (Tüysüz, **İcra Davasının Tahkim Anlaşmasına Etkisi**).
- U.S. Chamber
Institute for Legal
Reform **Selling More Law Suits, Buying More Trouble Third Party Litigation Funding A Decade Later**, U.S. Chamber of Commerce, 2020.
- UYANIK Yüce **“Factoring Sözleşmesi”**, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2014, ss. 159-178.
- UZUN KAZMACI
Özge **Factoring Sözleşmesi**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2014.

- VAN BOOM Willem H. **Third-Party Financing in International Investment Arbitration**, Erasmus School of Law, 2011.
- VELCHIK Michael K., ZHANG Jeffery Y. **“Islands of Litigation Finance”**, Stanford Journal of Law, Business & Finance, C. 24, S. 1, 2019.
- WAINCYMER Jeffrey **Procedure and Evidence in International Arbitration**, 1. Bası, Kluwer Law International, 2012.
- WEHRLI Daniel **“Contingency Fees / Pactum de Palmario ‘Civil Law Approach’”** ASA Bulletin, C. 26, S. 2, 2008, ss. 241-258.
- YASAN Candan **“Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, C. 8, S. 1, 2011, ss. 749-776.
- YAVUZ Cevdet **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- YENİOCAK Umut **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, 5. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- YEOH Derric **“Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”**, Journal of International Arbitration, C. 33, S. 1, Kluwer Law International, 2016, ss. 115-122.
- YILMAZ İlhan **“ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”**, GSÜHFD, S. 1, 2020, ss. 455-519, (Yılmaz, ICSID Değişiklik Önerisi).
- YILMAZ İlhan **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004 (Yılmaz, ICSID).
- YUEN Peter **“Case Management Strategy: Forming the Right Team Third-Party Funding, Experts, Investigators and Other Services Providers”** Managing Belt and Road Business Disputes: A Case Study of Legal Problems and Solutions, Kluwer Law International, 2021, ss. 405-434.

YÜNLÜ Semih

Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, 1. Bası,
İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.

ZARD Rebecca,
MAYER Marina

Nudging Better Arbitrations? An Introduction to the Revised 2021 Delos Rules of Arbitration,
<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/02/25/nudging-better-arbitrations-an-introduction-to-the-revised-2021-delos-rules-of-arbitration/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.



YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR:

2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary, University of London and White & Case, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, Erişim Tarihi: 11.06.2022.

AAA-ICDR Tahkim Kuralları, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

ABA-ILS Comments on UNCITRAL Working Group III Draft Provisions on Third-Party Funding, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/international_law/blanket-authorities/aba-ils-comments-on-uncitral-working-group-iii-draft-provisions-on-third-party-funding.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

Aceris Law, **English Court Upholds Arbitration Award of Third-Party Funding Costs**, <https://www.acerislaw.com/english-court-upholds-arbitration-award-of-third-party-funding-costs/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download>, Erişim Tarihi: 13.04.2022

AlixPartners, **The Future of Third-Party Litigation Funding**, <https://www.alixpartners.com/insights-impact/insights/the-future-of-third-party-litigation-funding/>, Erişim Tarihi: 12.04.2022.

Amerikan Tahkim Birliği Uyuşmazlık Çözümü Merkezi (AAA-ICDR) Kuralları, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Arbitral Tribunal Affirms Uruguay's Sovereign Right to Regulate Tobacco, <https://foleyhoag.com/news-and-events/news/2016/july/foley-hoag-helps-uruguay-secure-landmark-victory-over-philip-morris>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

Arbitration Act 1996, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/38>, Erişim Tarihi: 26.04.2022.

Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, **Divison 3-Third Party Funding of Arbitration Not Prohibited by Particular Common Law Offences or Tort**, <https://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Arbitration Law, Law No. 138 of 2003, <https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

Bloomberg Philanthropies & The Bill & Melinda Gates Foundation Launch Anti-Tobacco Trade Litigation Fund, <https://www.bloomberg.org/press/bloomberg-philanthropies-bill-melinda-gates-foundation-launch-anti-tobacco-trade-litigation-fund/>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

CAM-CCBC, **İdari Çözüm 18/2016**, <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

CISG Advisory Council Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, <http://cisgac.com/cisgac-opinion-no6-p2/>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

CIETAC Guidelines for Third Party Funding in Arbitration, <https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

Compendium of State and Public Comments on Working Paper 3, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_Comment_Compendium.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

Comprehensive Economic and Trade Agreement, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)#d1e2899-23-1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)#d1e2899-23-1), Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Finlandiya Ticaret Odası (FAI) Tahkim Kuralları, <https://arbitration.fi/wp-content/uploads/sites/22/2020/01/arbitration-rules-of-the-finland-chamber-of-commerce-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

First tokenized lawsuit fund goes live on Republic, will distribute on Avalanche, <https://www.theblockcrypto.com/post/122044/first-tokenized-lawsuit-fund-goes-live-on-republic-will-distribute-on-avalanche>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

Global Legal Center of Tobacco Free Kids, Litigation Spotlight: Philip Morris v. Uruguay, <https://www.tobaccofreekids.org/what-we-do/global/legal/trade-and-investment/philip-morris-v-uruguay>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana (ICSID Case No. ARB/07/24) Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>, Erişim Tarihi: 06.05.2022.

Herbert Smith Freehills, **UNCITRAL Publishes Initial Draft on The Regulation of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement**, <https://hsfnnotes.com/publicinternationallaw/2021/05/20/uncitral-publishes-initial-draft-on-the-regulation-of-third-party-funding-in-investor-state-dispute-settlement/>, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/05/third-party-funding-finds-its-place-in-the-new-icc-rules/>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

https://en.wikipedia.org/wiki/Arthur_Cayley, Erişim Tarihi: 02.06.2022.

<http://third-party-funding.org/list-of-funders/>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

<http://www.calunius.com/>, Erişim Tarihi 04.06.2022.

<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://adliyardim.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 05.03.2022.

[https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), Erişim Tarihi: 03.02.2022.

https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf, Erişim Tarihi: 02.02.2022.

<https://associationoflitigationfunders.com/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

<https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>, Erişim Tarihi 07.03.2022.

<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/>, Erişim Tarihi: 06.02.2022

<https://delosdr.org/rules/>, Erişim Tarihi: 13.06.2022.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/12/standard-icc-arbitration-clause-in-turkish.pdf>, Erişim Tarihi: 26.01.2022.

https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_11, Erişim Tarihi: 06.02.2022

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf>, Erişim Tarihi 02.02.2022.

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-Volume1-ENG-FINAL.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://istac.org.tr/hakkimizda/>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

<https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/repealed/current/act-1993-088#sec.3>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

<https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/09/Arbitration-rules-EN.pdf> Erişim Tarihi: 12.06.2022.

<https://omnibridgeway.com/>, Erişim Tarihi 04.06.2022.

<https://ryval.market/>, Erişim Tarihi: 14.04.2022.

<https://sso.agc.gov.sg/Act/CLA1909#pr5A->, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224&ProvIds=pr2->, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

https://tr.wikipedia.org/wiki/Corpus_Juris_Civilis, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status 2, Erişim Tarihi: 08.05.2022.

<https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf, Erişim Tarihi: 09.06.2022

<https://www.burfordcapital.com/>, Erişim Tarihi 04.06.2022.

<https://www.burfordcapital.com/how-we-work/>, Erişim Tarihi: 04.06.2022.

<https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://www.fkb.org.tr/sektorler/factoring/>, Erişim Tarihi: 23.02.2022.

<https://www.foris.com/en/litigation-funding/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf, Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Rules-on-Taking-of-Evidence-2020-Turkish>, Erişim Tarihi: 12.06.2022.

<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135>, Erişim Tarihi: 28.05.2022.

<https://www.investigate.co.uk/juridica-investments-limited/prn/first-and-final-liquidation-distribution/20210902155026P4DAF/>, Erişim Tarihi 04.06.2022.

<https://www.legis.la.gov/legis/Law.aspx?d=109159>, Erişim Tarihi: 24.02.2022.

<https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/3/5>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/contents> Erişim Tarihi: 08.02.2022.

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/tebligler/kitle-fonlamasi-teblig-i-iii-35-a-2>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>.

<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf> Erişim Tarihi: 06.02.2022.

<https://www.stewartslaw.com/news/the-arkin-cap-recent-court-of-appeal-decision-has-impact-for-funders/>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

<https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html>, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

<https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#conf2>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

ICSID Rules and Regulations Amendment, <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

ILFA Comments on UNCITRAL Working Group TPF Reform Proposals, https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/61088589e63c5979a9f22599_ILFA%20comments%20UNCITRAL%20WG%20III%20TPF%20Reform%20Proposals%20FINAL.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.

İsviçre Tahkim Kuralları, <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/12/Swiss-Rules-2021-EN-1.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Legal Profession (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017, <https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S69-2017/Published/20170224170000?DocDate=20170224170000>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*Londra Court of International Arbitration*) (LCIA) Kuralları, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx, Erişim Tarihi: 18.04.2022.

Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141924Singapur%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf>, Erişim Tarihi: 03.05.2022.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, Çev. Ergun Özsunay,
<http://www.ikonion.net/attachments/article/30/UNCITRAL%20TAHK%20KURALLARI%202010%20REV%20ZELER%20%20C4%B0LE.pdf>
 , Erişim Tarihi:21.05.2022.

UNCITRAL Working Group III Initial Draft on the regulation of third-party funding
Compilation of comments, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_comments_tpf_1.pdf, Erişim Tarihi:
08.06.2022 (TEZDE European Union kısmı var ordan değiştirilecek).

White & Case, 2021 International Arbitration Survey: Current Choices and Future
Adaptations, <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey/current-choices-future-adaptations>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.



YARARLANILAN KARARLAR:

Arkin v. Borchard Lines Ltd & Ors [2005] EWCA Civ 655, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71660d03e7f57ea752f>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, <https://www.italaw.com/cases/96>, Erişim Tarihi: 02.02.2022

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, **Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding**, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0045.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Campbells Cash and Carry Pty Limited v. Fostif Pty Limited [2006] HCA 41, paragraf 145, <https://jade.io/article/1499>, Erişim Tarihi: 23.05.2022.

Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, <https://www.italaw.com/cases/296>, Erişim Tarihi: 16.05.2022.

Cour d'appel de Versailles, CT0012, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006950886/>, Erişim Tarihi: 30.05.2022.

DDT Trucks of North America Ltd & others v. DDT Holdings Ltd, EWHC 1542, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72d60d03e7f57ea924e>, Erişim Tarihi: 06.05.2022.

Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrienanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

Ecuadorian Plaintiffs V. Chevron Corp., 619 F.3d 373 (5th Cir. 2010), <https://casetext.com/case/ecuadorian-plaintiffs-v-chevron-corp>, Erişim Tarihi: 11.06.2022.

Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2022.

Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd, England and Wales High Court (Commercial Court) 2361, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75760d03e7f57eab7c1>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, <https://www.italaw.com/cases/3210>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, <https://www.italaw.com/cases/518>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Dava No. ARB/05/18 <https://www.italaw.com/cases/599>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

King & Spalding v. Waguih George Siag ve diğerleri LCIA Dava No. 91491, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-king-spalding-llp-v-waguih-elie-geroge-siag-mona-elie-george-siag-rami-elie-george-siag-touristic-investment-hotels-management-siag-s-a-e-and-siag-tabaco-email-from-tribunal-to-parties-granting-interim-measures-tuesday-30th-march-2010>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

KKTC Yüksek Mahkemesi(Anayasa Mahkemesi sıfatıyla) 2/2008, D. 2/2016, <https://mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3949>, Erişim Tarihi: 14.06.2022.

Manuel Garcıa Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2016-08, <https://www.italaw.com/cases/6745>, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

Muhammet ap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, <https://www.italaw.com/cases/2036>, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

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, <https://www.italaw.com/cases/460>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation, SCC No. 24/2007, <https://www.italaw.com/cases/915>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Dava No. ARB/07/15 <https://www.italaw.com/cases/464>, Erişim Tarihi: 08.02.2022.

RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No ARB/10/6, <https://www.italaw.com/cases/937>, Erişim Tarihi: 12.04.2022.

RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10, <https://www.italaw.com/cases/2706>, Erişim Tarihi: 28.04.2022.

S & T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13, <https://www.italaw.com/cases/967>, Erişim Tarihi: 11.06.2022.

South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, <https://www.italaw.com/cases/2121>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

Supreme Court of the United States, Peter, Deputy Director, Patent and Trademark Office v. Nantkwest, Inc., Syllabus, https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-801_o758.pdf, Erişim Tarihi: 22.04.2022.

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, <https://www.italaw.com/cases/1648>, Erişim Tarihi: 29.05.2022.

Tenke Fungurume Mining SA v Katanga Contracting Services SAS [2021] EWHC3301 (Comm), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/3301.html>, Erişim Tarihi: 22.05.2022.

Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England, [2004] UKHL 48 par. 34, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff70260d03e7f57ea593a>, Erişim Tarihi: 14.06.2022.

Waguih Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Dava No. ARB/05/15), <https://www.italaw.com/cases/1022>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

Yargıtay 11. HD, E. 2009/3257, K. 2011/1675, T. 15.02.2011.

Yargıtay 14. HD, E. 2008/29, K. 2008/3194, T. 13.3.2008.

Yargıtay 23. HD, E. 2016/6958, K. 2019/4349, T. 21.10.2019

Yargıtay 3. HD, E. 2016/21358, K. 2018/805, T. 06.02.2018.

Yargıtay 3. HD, E. 2014/3156, K. 2014/7037, T. 07.05.2014.

Yargıtay 3. HD, E. 2015/17444, K. 2016/12349, T. 01.11.2016.

Yargıtay 13. HD, E. 1980/6387, K. 1980/6111, T. 24.11.1980.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2016/2, K. 2018/4, T. 13.04.2018

Zapata Hermanos Sucesores, SA v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maruice Lenell Cooky Company, United States Court of Appeals (11th Cir.), Judgment of 19 November 2002, <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1342398.html>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Hazırlayanın Adı Soyadı : Kenan YILMAZ
Tez Başlığı : Uluslararası Tahkimde Üçüncü Taraf Finansmanı
Savunma Tarihi : 19/09/2022
Danışmanı : Doç. Dr. İlhan YILMAZ

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Doç. Dr. İlhan YILMAZ

Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT

Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM ARNING

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü