

**ULUSLARARASI TAHKİMDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ MASRAFLAR İÇİN
TEMİNAT GÖSTERİLMESİ
KARARININ VERİLMESİNE ETKİLERİ***

Doç. Dr. Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR**

Öz

Uluslararası tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile uygulamada giderek daha sık karşılaşılmaktadır. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, başta, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı olmak üzere, gizlilik, masrafların paylaşımı gibi birçok usuli meseleye neden olur. Bu usuli meselelerden birisi de masraflar için teminat kararı verilmesidir. Bir başka deyişle, taraflardan birinin üçüncü kişi finansmanından yararlanmasının, diğer tarafın masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki talebinin hakemlerce değerlendirmesine bir etkisinin olup olmayacağıdır. Bu çalışmada, bu mesele, doktrindeki görüşler ve hakem kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası tahkim hukuku; üçüncü kişi finansmanı; masraflar için teminat; adalete erişim hakkı; tahkim masrafları

**IMPACT OF THIRD PARTY FUNDING TO THE DECISION OF
ARBITRATORS RELATING TO SECURITY FOR COSTS IN
INTERNATIONAL ARBITRATION**

Abstract

Use of third party funding by the parties is getting more common in international arbitration practice. Third party funding raises certain procedural

* Bu konu ilk olarak 10 Mayıs 2018 tarihinde Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı Paneli'nde tebliğ olarak sunulmuş; daha sonra üzerinde daha kapsamlı bir çalışma yapılarak yayın haline getirilmiştir.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta:ceyda.sural@khas.edu.tr) (Makalenin Geliş Tarihi: 08.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.10.2018-09.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 17.10.2018-12.10.2018)

problems such as impartiality and independence of arbitrators, confidentiality or decision on costs. One of those procedural problems relates to security for costs. In other words, should the arbitrators take into account the fact that one of the parties benefit from third party funding in deciding the other party's request of security for costs? This study focuses on this question in the light of doctrine and case law.

Keywords

International arbitration law; third party funding; security for costs; right of access to justice; arbitration costs

GİRİŞ

Yargılamada üçüncü kişi finansmanı, 1990larda Avustralya'da mahkemeler önünde görülen davalar için başlamış ve oradan Amerika ve İngiltere'ye yayılmıştır¹.

Uygulamada, üçüncü kişi finansmanı değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Davayı takip eden avukatın, davanın kazanılması halinde elde edilecek miktarın bir kısmına hak kazanacağı yönünde müvekkili ile anlaşması halinde avukat veya söz konusu dava konusu bakımından ilgilinin hukuki masraflarını da karşılayan bir sigorta yaptırmış olması durumunda sigorta şirketi de üçüncü kişi finansör sayılacaktır. İlgilinin davayı takip edebilmek için bankadan kredi alması veya kendi takip etme imkanı olmadığı için alacağını temlik etmesi hallerinde de üçüncü kişi finansmanından söz edilebilir². Ancak, üçüncü kişi finansmanı denildiğinde, burada ele alınan ve akla gelmesi gereken, üçüncü kişinin dava konusu ve ilgililerden bağımsız, sadece fon sağlayan bir üçüncü kişi olduğu hallerdir.

Üçüncü kişi finansörler bakımından, uluslararası tahkim yargılamaları özellikle çekicidir. Zira, tahkim yargılamalarında uyuşmazlık konusu miktarlar yüksek; yargılama devlet yargısına göre daha hızlı; usule ilişkin, delillerin toplanması gibi işlemler daha az masraflı; davanın sonucu daha öngörülebilir ve hakem kararının icrası daha kolaydır³.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, genellikle profesyonel finans şirketi olan⁴ bir üçüncü kişinin, bazı durumlarda kazanan karşı tarafın hak edeceği masraflar dahil, tahkim yargılamasına ilişkin tüm masrafları karşılamayı taahhüt ettiği ve bunun karşılığında davanın kazanılması halinde davacının

¹ **Bertrand**, Edouard: The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding, *ASA Bulletin*, C. 29, S. 3, 2011, s. 609; **Kühner**, Detlev: The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany, *Journal of International Arbitration*, C. 31, S. 6, 2014, s. 813.

² **Bench Nieuwveld**, Lisa/**Shannon**, Victoria: *Third Party Funding in International Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2017, s. 3.

³ **Bench Nieuwveld/Shannon**, s. 11.

⁴ Üçüncü kişi finansmanının yaygın olduğu Avustralya, Almanya, İngiltere, Amerika, Hollanda, Kanada, Güney Afrika, Yeni Zelanda gibi ülkelerde sadece uyuşmazlıkları fonlayan finans kuruluşları var olmakla birlikte, bazı finans kuruluşları bakımından uyuşmazlıkları fonlamak sadece portfolyolarının bir kısmını oluşturmaktadır. **Bench Nieuwveld/Shannon**, s. 2.

elde edeceği kazanımın belirli bir oranına el koyduğu bir mekanizma olarak tanımlanabilir⁵.

Uygulamada, finansörler, genellikle, davacının elde edeceği kazanımın yüzde yirmi ila kırkını talep etmektedir. Oran, davanın başarı şansı, kararın icra edilme ihtimali, davalının mali durumu, davanın süresi gibi etkenlere göre değişmekte; risk arttıkça finansörün talebi de artmaktadır⁶. Dolayısıyla, kredi sağlayan bir bankadan farklı olarak, üçüncü kişi finansör, davanın kazanılmaması halinde herhangi bir maddi kazanç elde edememe riskini üstlenmektedir⁷. Ancak, üçüncü kişi finansörler, genellikle, fon sağlama kararını vermeden önce davanın başarı şansını belirlemek amacıyla ciddi bir inceleme yaparlar⁸. Talebin miktarı, konusu, karmaşıklığı, icra edilebilirliği ve davayı yürütecek olan hukukçuların niteliği finansörlerin dikkate aldığı hususlar arasındadır. Örneğin, bazı finansörler sadece belirli bir ülke hukukuna göre görülecek davaları fonlarken; tüketici davaları, hakaret davaları gibi belirli davaları fonlamaz. Aynı şekilde, bazı finansörler, icrasının daha zor ve karmaşık olduğunu düşünerek uluslararası yatırım uyumsuzluklarında fon kullanmaz⁹. Finansörün bu aşamada yaptığı inceleme, hukuki danışmanlar veya denetçiler gibi uzmanların görüşlerini de gerektirdiğinden, genellikle uzun zaman alan ve masraflı bir süreçtir. Bu sürecin masraflarının nasıl paylaşılacağı da finansör ile taraf arasındaki anlaşmaya göre belirlenecektir¹⁰. Üçüncü kişi finansör, davacı ile arasındaki anlaşma uyarınca, hakemin belirlenmesi, avukatların seçilmesi veya akdedilecek sulh anlaşmasının şartlarının oluşturulmasında söz sahibi olabilsede, tahkim yargılamasının tarafı haline gelmez¹¹.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, başta, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı olmak üzere, gizlilik, masrafların paylaşımı gibi birçok usuli

⁵ **Bertrand**, s. 609.

⁶ **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*, 2012, s. 56.

⁷ **Cremades, Anne-Carole/Mazuranc**, Alexandre: Costs in Arbitration, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Ed. Elliot Geisinger/Nathalie Voser, 2. Baskı, Kluwer Law International 2013, s. 197.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bench Nieuwveld/Shannon**, s. 21-42.

⁹ **Goldsmith/Melchionda**, s. 57.

¹⁰ **Goldsmith/Melchionda**, s. 57.

¹¹ **Bertrand**, s. 610; **Cremades/Mazuranc**, s. 197.

meseleye sebep oluşturur¹². Bu usuli meselelerden birisi de masraflar için teminat kararı verilmesidir. Bir başka deyişle, taraflardan birinin üçüncü kişi finansmanından yararlanmasının, diğer tarafın masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki talebinin hakemlerce değerlendirmesine bir etkisinin olup olmayacağıdır. Bu çalışmada, bu mesele, doktrindeki görüşler ve hakem kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, çalışma, masraflar için teminat kararı verilmesinde dikkate alınacak kriterler ve üçüncü kişi finansmanının varlığının bunlara etkileri ile sınırlı olup; masraflar için teminatın şekli, miktarı, davacının mali durumunun belirlenmesinde dikkate alınacak belgelerin ibrazı gibi usuli meselelere burada değinilmemiştir.

I. ULUSLARARASI TAHKİM YARGILAMALARINDA MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT KAVRAMI

Masraflar için teminat, milletlerarası usul hukukunun yabancı olduğu bir kavram değildir. Ancak, Türk hukukunda davacının masraflar için teminat göstermesi, kendisinin mutad meskeninin Türkiye dışında olması¹³ veya yabancı olması¹⁴ halinde söz konusu olabilir. İngiliz medeni usul hukukunda ise, davacının yerleşim yerinin mahkemenin yetki alanı dışında olmasının yanı sıra davacının gerçek olmayan bir adres göstermesi, mal kaçırma amaçlı hareketlerde bulunması gibi bazı diğer hallerde de masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesi mümkündür¹⁵.

Uluslararası tahkim yargılamalarında, tahkim masraflarının neleri kapsadığına ve bu masrafların nasıl paylaşılacağına uygulanan tahkim kuralları ve tahkim yeri hukuku karar verir. Genellikle, hakem ücretleri, tahkim kurumunun ücretleri, hakem heyeti tarafından atanan bilirkişilerin ücretleri ve davada haklı çıkan tarafın vekilinin vekalet ücreti tahkim masrafları olarak kabul edilmektedir¹⁶. Bazı ulusal tahkim hukuklarında, tarafların bu konuda aksine bir anlaşması olmadığı takdirde, masrafların nasıl paylaşılacağı konusunda açık düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, Alman Medeni

¹² **Bertrand**, s. 610-613; **Cremades/Mazuranic**, s. 197.

¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (R.G. 04.02.2011/27836), Madde 84.

¹⁴ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (R.G. 12.12.2007/26728), Madde 48.

¹⁵ English Civil Procedural Rules, Madde 25.12-25.13.

¹⁶ **Trusz**, Jennifer A.: Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third Party Funding in International Commercial Arbitration, *Georgetown Law Journal*, C. 101, 2013, s. 1677.

Usul Kanunu¹⁷ Madde 1057/1 uyarınca, hakemler davanın şartlarını ve sonucunu dikkate alarak masrafların taraflar arasında paylaşımı hususunda karar verir. Avusturya, Hong Kong, İspanya, Brezilya ve Portekiz hukuklarında benzer düzenlemeler yer almaktadır¹⁸. Türk hukukunda da, Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 16/D uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yüklenir. Davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır. UNCITRAL Tahkim Kuralları, Londra Tahkim Divanı (LCIA) Kuralları ve Alman Tahkim Derneği (DIS) Kurallarında da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. ICSID Tahkim Kuralları, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) Kuralları ve Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kurallarında masrafların paylaşılması konusunda hakem heyetlerine geniş takdir hakkı tanınmıştır. UNCITRAL Model Kanunu, Fransız ve İsviçre hukuklarında masrafların paylaşımının nasıl yapılacağı açıkça düzenlenmemekle birlikte bu konuda karar vermek hususunda hakem heyetlerinin yetkili olduğu tartışmasızdır¹⁹.

Uluslararası tahkim yargılamaları, genellikle, oldukça masraflı olduğundan, davanın sonunda yargılama masraflarına kimin katlanacağı ve haklı çıkan tarafın diğer taraftan yargılama masraflarını fiilen tazmin edip edemeyeceği taraflar için önemli bir ekonomik sorundur²⁰.

Uluslararası tahkim yargılamalarında, masraflar için teminat, yargılamanın sonunda davacının aleyhine bir karar çıkması halinde, kendisine yükletilecek olan tahkim masraflarını ödeyeceğinin garanti altına alınması için davalı tarafından talep edilen bir çeşit geçici hukuki koruma tedbiridir. Hakem heyeti, kendisini masraflar için teminat kararı vermeye yetkili görür ve davacı tarafından masraflar için teminat gösterilmesini haklı kılan sebep-

¹⁷ Kanunun İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

¹⁸ **Brekoulakis**, Stavros L./**von Goeler**, Jonas: 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*, Ed. Christian Klausegger/Peter Klein, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2017, s. 5.

¹⁹ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 5.

²⁰ **Scherer**, Maxi: Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013, s. 96; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 3.

lerin varlığına kanaat getirirse, davacının bir miktar parayı belirli bir hesaba depo etmesine veya başka türlü bir teminat göstermesine karar verir²¹.

Masraflar için teminat, davacının maddi durumunun kötü olduğu hallerde, davalı bakımından önemli bir koruma getirmektedir. Zira, davasında haklı olmayan bir davacı, kendi tahkim masraflarını karşılayabilse bile, yargılamanın sonunda davalının hak kazanacağı masrafları karşılayamayacak; davalı da haklı olmasına rağmen önemli bir zarara uğramış olacaktır. Öte yandan, davacıyı masraflar için teminat göstermeye zorlamak, bazı hallerde, davacının haklı olduğu bir davayı açmasına veya yürütmesine engel teşkil edebilir²². Aşağıdaki açıklamalarda da görüleceği üzere, masraflar için teminat talebi söz konusu olduğunda, bu ikilem, hem doktrindeki görüşlerin, hem uygulamada hakemlerin kararlarının odağını oluşturmaktadır. Bunlara ek olarak, masraflar için teminat talebi hakkında karar vermek durumunda olan hakemler, yargılama henüz sonuçlanmadan, tarafların haklılığı hakkında da bir fikir beyan etmiş olacaktırlar. Ayrıca, davacının maddi durumunun belirlenmesi için davacının tüm hesap ve defterlerinin incelenmesi gizlilik bakımından da soru işaretlerine neden olabilir²³.

II. HAKEM HEYETİNİN MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE KARAR VERME YETKİSİ

Hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olup olmadığı tahkim yargılamasının usulüne uygulanan hukuka göre belirlenecektir²⁴.

Tarafların açıkça hakem heyetinin bu konuda yetkili olduğuna karar vermesi veya hakemlere bu konuda açıkça yetki tanıyan bir hukukun usule uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi veya tarafların bu yetkiyi tanıyan tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olması halinde, hakem heyetinin bu konuda yetkili olduğu açıktır²⁵.

²¹ **Von Goeler**, Jonas: *Third Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, s. 334.

²² **Rubins**, Noah: In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, *The American Review of International Arbitration*, C. 11, 2000, s. 307; **Waincymer**, Jeffrey: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012, s. 643.

²³ **Waincymer**, s. 644.

²⁴ **Von Goeler**, s. 334.

²⁵ **Von Goeler**, s. 335.

Örneğin, İngiliz Tahkim Kanunu Madde 38/3'te hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu açıkça düzenlenmiştir. Anglosakson hukuk sistemini kabul eden devletlerden Singapur, Hong Kong ve Avustralya'nın tahkim hukuklarında da masraflar için teminat gösterilmesi açıkça düzenlenmiştir²⁶. Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) Kuralları ile Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Kuralları'nda da bu konuda düzenleme bulunmaktadır. Londra Uluslararası Tahkim Divanı (*London Court of International Arbitration – LCIA*) Tahkim Kuralları Madde 25.2'de de hakem heyetinin masraflar için teminat verebileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hakem heyeti taraflardan birinin talebi üzerine, diğer tarafa da bu konuda görüşünü belirtme olanağı tanıyarak, yargılama masrafları için, belirli meblağın bir hesaba depo edilmesi ya da banka teminat mektubu verilmesi gibi halin şartlarına göre uygun bir teminat gösterilmesine karar verebilir.

Öte yandan, taraflar, hakemlere genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verme yetkisi tanıyan bir hukuk ya da tahkim kurallarının usule uygulanmasını da kararlaştırmış olabilirler. Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek yönündeki genel yetkisinin masraflar için teminat gösterilmesine karar vermeyi de kapsayıp kapsamadığı halen tartışma konusu olabilmekle birlikte, genel eğilim bu konuda olumludur. İsviçre²⁷, Fransa ve Alman hukuklarında; UNCITRAL Model Kanunu'nda ve ICSID tahkiminde hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirine karar verme yetkisinin masraflar için teminatı da kapsadığı artık kabul edilmektedir²⁸.

²⁶ **Born**, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2014, s. 2495.

²⁷ **Berger**, Bernhard: Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitration Case Law, *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, 2010, s. 9. İsviçre hukukunda, hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar vermesi için davalı tarafından kanıtlanmasını aradıkları hususlar şunlardır: (i) Davalının lehine karar çıkması durumunda, masrafların da karşılanmasına hak kazanacağını makul derecede belirli olması; (ii) Masraflar için teminat kararı verilmemesi halinde, davalının telafisi olanaksız şekilde zarara uğrayacak olması. **Berger**, s. 9. İsviçre tahkim hukukunda masraflar için teminat kararı verilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnek kararlar için bkz. **Berger**, s. 7 vd.

²⁸ **Harwood**, Miriam K./**Batifort**, Simon N./**Trahanas**, Christina: Third Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues, *The Investment Treaty Arbitration Review*, Ed. Barton Legum, Law Business Research Ltd. 2016, s. 100; **Von Goeler**, s. 335; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 10.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Madde 28²⁹, de, UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 26³⁰, da düzenlenen geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verme yetkisinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisini kapsadığına yönelik kararlar bulunmaktadır.

III. HAKEM HEYETİNİN MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE KARAR VERİRKEN DİKKATE ALACAĞI KRİTERLER

Her ne kadar, hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu kabul edilse de, hakem heyetinin bu yönde bir talebi kabul edip etmemek konusunda dikkate alacağı kriterler, tahkim kanun ve kurallarında açıkça düzenlenmemektedir. Geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek için genel olarak kabul edilen kriterler olan tedbirin alınmasının aciliyeti ve tedbirin alınmaması halinde doğacak zararın giderilmesinin mümkün olmaması kriterleri, masraflar için teminat kararı verilmesine pek uygun düşmemektedir. Dolayısıyla, bu konuda yeknesak kriterlerden bahsetmek mümkün değildir³¹.

Uluslararası yatırım tahkiminde, genellikle, hakem heyetleri masraflar için teminat gösterilmesi taleplerini kabul etmezler³². Masraflar için teminat

²⁹ *X v. Y and Z*, ICC Case, Procedural Order of 3 August 2012. Bkz. **Von Goeler**, s. 346-347.

³⁰ *Guaracachi America, Inc. (USA) and Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia*, Permanent Court of Arbitration Case No. 2011-17, 11 Mart 2013 tarihli ve 14 Nolu Usule İlişkin Karar. http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/2013.03.11_Guaracachi_America_v_Bolivia_1.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 349-350.

³¹ **Waincymer**, s. 647; **Von Goeler**, s. 336.

³² *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, 11.01.2016 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>; *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 28.10.1999 tarihli ve 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf>; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case. No. ARB/06/8, 23.06.2008 tarihli Ön Meseleler Hakkındaki Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>; *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18, 03.05.2012 tarihli 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1534.pdf>; *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, 19.05.2010 tarihli Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0031.pdf>; *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, 18.06.2012 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301_0.pdf

gösterilmesi ancak, davacının suiistimali, kötü niyetli hareketleri gibi olağanüstü durumlarda söz konusu olur³³.

Uluslararası ticari tahkimde ise, yeknesak bir uygulamadan bahsetmek mümkün değildir. Hakem heyetlerinin, masraflar için teminat gösterilmesi kararı verirken, davacının kararın icra edileceği ülkede malvarlığının bulunup bulunmadığı, masraflar için teminat gösterilmesi talebinin haklı bir davayı önlemek amacıyla yapılıp yapılmadığı, talebin zamanı, davacının finansal durumunun kötüleşmesine davalının katkısının olup olmadığı³⁴, davacının maddi durumunda önemli bir değişim olup olmadığı, davacının malvarlığını elden çıkarmak amacıyla kasti eylemlerde bulunup bulunmadığı, davacının yanlış adres göstermek, malvarlığının bulunduğu ülkeler konusunda yanlış bilgi vermek gibi kötü niyetli hareketleri veya daha önce taraf olduğu yargılamalarda masrafları ödemekten kaçınmış olması gibi faktörleri dikkate alabileceği ifade edilmiştir³⁵.

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT YÖNÜNDE KARAR VERİLMESİNE ETKİLERİ

Acaba, üçüncü kişi finansmanının varlığı, hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar vermesine ne şekilde etkili olmaktadır?

Doktrinde bir görüş, üçüncü kişi finansmanının varlığının, masraflar için teminat talebi hakkında karar verilmesinde dikkate alınmaması gerektiğini savunmuştur³⁶. Bu görüşün gerekçesi, genellikle tahkim kuralları ve tahkim hukuklarının hakem heyetlerine yargılamanın sonunda masrafların dağılımı konusunda karar vermekte geniş yetki tanımları ve uygulamada³⁷ bu konuda karar verirken üçüncü kişi finansmanının dikkate alınmadığıdır. Masrafların dağılımı konusunda üçüncü kişinin finansmanının dikkate alın-

³³ Brekoulakis/von Goeler, s. 11.

³⁴ Bu konuda bir değerlendirme yapmak hakemler bakımından zor olabilir. Zira, davalının katkısı, uyuşmazlık konusu sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan haklı bir davranış olabilir. Örneğin, davalı, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olmadığını iddia ettiği malların bedelini ödemiş olabilir. Bu gibi bir durumda, masraflar için teminat talebi hakkında değerlendirme yapan hakemlerin davanın esası hakkında bir görüş beyan etmediklerine dikkat etmeleri gerekecektir. Waincymer, s. 651.

³⁵ Rubins, s. 368-376; Trusz, s. 1678; Kirtley, William/Wietrzykowski, Koralie: Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 1, 2013, s. 20; Von Goeler, s. 337.

³⁶ Kirtley/Wietrzykowski, s. 22; Trusz, s. 1677.

³⁷ Bkz. Trusz, s. 1678'de anılan kararlar.

mamasının mantıklı bir sonucu da masraflar için teminat talebi hakkında karar verirken de bunun dikkate alınmamasıdır³⁸. Ayrıca, üçüncü kişi finansmanının varlığını öğrenen davalı, sırf bu sebeple masraflar için teminat talep ederek, yargılamayı geciktirecek ve belki de davacının davasına devam edebilme hakkını elinden alabilecektir³⁹. Bunlarla beraber, üçüncü kişi finansmanından yararlanan taraf, yargılama için başka şekillerde (avukatla davanın kazanılması halinde kazanılanın belli bir miktarının avukata ödeneceği şeklinde bir anlaşma yapılması veya bankadan kredi çekilmesi gibi) dışardan kredi ya da fon kullanan taraflara göre daha dezavantajlı duruma sokulacaktır⁴⁰. Öte yandan, üçüncü kişi finansmanından yararlanan taraf, finansal olarak kötü durumda da olmayabilir; riski yaymak ve nakit parasını elinde tutmak için bunu tercih etmiş olabilir. Ayrıca, üçüncü kişi finansör ile davacı arasındaki anlaşmada, finansörün karşı tarafın masraflarından sorumlu olup olmadığı düzenlenir ve taraflar masraf ve risk dağılımını bu hükümlere uygun olarak yaparlar⁴¹.

Öte yandan, doktrinde, hakemlerin masraflar için teminat talebini değerlendirirken üçüncü kişi finansmanına ilişkin anlaşmanın şartlarını dikkate almaları gerektiği belirtilmiş⁴²; aksi, “devekuşu gibi başını kuma sokmak” olarak değerlendirilmiştir⁴³. Masraflara ilişkin kararın gereğini yerine getirmesini sağlayacak malvarlığına sahip olmayan davacı, ancak üçüncü kişi finansmanından yararlanarak davayı takip edebiliyorsa, bu durumun masraflar için teminat kararı verilmesi için güçlü bir ilk görünüş ispatı oluşturacağı⁴⁴; bu nedenle, üçüncü kişi finansmanının varlığının ve anlaşmanın önemli şartlarının açıklanmasının zorunlu olduğuna ilişkin ulusal tahkim hukuklarında ve kurumsal tahkim kurallarında düzenlemeler yapıl-

³⁸ Trusz, s. 1679.

³⁹ Trusz, s. 1679; Kirtley/Wietrzykowski, s. 22.

⁴⁰ Kirtley/Wietrzykowski, s. 22; Shahdadpuri, Khushboo Hashu: Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory, *Asian International Arbitration Journal*, C. 12, S. 2, 2016, s. 94.

⁴¹ Shahdadpuri, s. 95.

⁴² Sandrock, O.: The *Cautio Judicatum Solvi* in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant, *Journal of International Arbitration*, C. 4, 1997, s. 34; Stone, William: Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?, *Asian Dispute Review*, C. 2015, S. 2, 2015, s. 66.

⁴³ Von Goeler, s. 365.

⁴⁴ Born, s. 2496.

ması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁵. Gerçekten, aşağıda inceleneceği üzere, üçüncü kişi finansmanının masraflar için teminat kararı verilmesine bir çok etkisi olabilir. Karşı görüşte olan bir yazarın da açıkça kabul ettiği üzere, üçüncü kişi finansmanının varlığının masraflar için teminat talebini inceleyen hakemlerce dikkate alınmamasına yönelik hiç bir karar olmadığı gibi⁴⁶; yine, aşağıda görüleceği üzere, çeşitli hakem kararlarında, üçüncü kişi finansmanı, masraflar için teminat taleplerinin incelenmesinde çeşitli yönlerden ele alınmıştır.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Komisyonu, Aralık 2015'te Milletlerarası Tahkimde Masraflara İlişkin Kararlar başlıklı Raporunda, üçüncü kişi finansmanına yer vermiş; finanse edilmeyen tarafın ilerde masraflarını temin etmesini etkileyecek bir finansman anlaşmasının varlığı halinde, ilgili tarafın masraflar için teminat gösterilmesi gibi bir geçici koruma önlemini önceden talep edebileceği ve her iki tarafı masraflar konusunda eşit duruma getirecek bir önleme karar verilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, Rapora göre, böyle bir karar verilmesi halinde, üçüncü kişi finansmanından faydalanan tarafın dava sonunda haklı çıkması durumunda, bu teminat nedeniyle uğradığı zararlardan karşı tarafın sorumlu tutulmasına da karar verilebilir⁴⁷.

A. Uluslararası Yatırım Tahkimi Açısından İnceleme

Uluslararası yatırım tahkiminde, genellikle, hakem heyetleri masraflar için teminat gösterilmesi taleplerini kabul etmezler⁴⁸. Masraflar için teminat

⁴⁵ **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, 2016, s. 138.

⁴⁶ **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 25.

⁴⁷ Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Komisyonu, Milletlerarası Tahkimde Masraflara İlişkin Kararlar Raporu, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, S. 2, 2015, s. 17.

⁴⁸ Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 28.10.1999 tarihli ve 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf>; Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case. No. ARB/06/8, 23.06.2008 tarihli Ön Meseleler Hakkındaki Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>; Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, 19.05.2010 tarihli Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0031.pdf>; Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, 03.05.2012 tarihli 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1534.pdf>; Abaclat and others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, 18.06.2012 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301_0.pdf; Commerce

gösterilmesi ancak, davacının suiistimali, kötü niyetli hareketleri gibi olağanüstü durumlarda söz konusu olur. Bunun sebebi, adalete erişim hakkının yatırımcı ile devlet arasındaki uyumsuzluklarda özellikle hassas olmasıdır⁴⁹. Yatırım uyumsuzluklarında, davacı yatırımcının iddiası, devletin yatırımının değerini düşürücü davranışlarda bulunduğu veya yatırıma haksız olarak el koyduğu yönünde olacaktır ki, bu halde yatırımcı büyük ihtimalle mali olarak zor duruma da düşürülmüş olacaktır⁵⁰.

Yatırım tahkiminde, davacının masraflar için teminat göstermesi yönündeki ilk karar, 13 Ağustos 2014 tarihinde, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*⁵¹ davasında verilmiştir. Bu davaya konu olayda uyumsuzluk, Saint Lucia'nın davacıya petrol arama lisansı vermesinin ardından, Saint Lucia'nın komşusu olan diğer adalarla arasındaki sınır uyumsuzlukları nedeniyle, davacının petrol arama çalışmalarına başlayamamasından kaynaklanmıştır. Davacı, yargılamanın başında ödemesi gereken masraf avansını ödemekte zorlanmış ve mali durumunun kötü olduğunu ve üçüncü kişinin finansmanından yararlandığını bu aşamada açıklamıştır. Bu sebeple, Saint Lucia, masraflar için teminat gösterilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti,

Group Corp. and San Sebastian Gold Mines Inc. v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, 20.09.2012 tarihli El Salvador'un Masraflar için Teminat Talebi Hakkındaki Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1087.pdf>; *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, 11.01.2016 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>

⁴⁹ *Hamester v. Ghana* kararında, ICSID hakem heyeti, masraflar için teminat göstermenin, artık ticari faaliyetine devam etmediğini ve bu nedenle davanın yürütülmesi için üçüncü kişinin finansmanına ihtiyaç duyduğunu beyan eden davacının, davasına devam etmesini engelleyeceğine karar vermiştir. Hakem heyeti, masraflar için teminat gösterilmesinin gerekli ve acil olduğuna ilişkin bir kanaati oluşmadığını ve tam tersine davacının bunun için fon aramak zorunda kalmasının bu aşamada yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceğini de eklemiştir. *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. K. G. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 Haziran 2010 tarihli Hakem Kararı. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>

⁵⁰ **Hodgson, Matthew/Evans, Elizabeth**: Allocation of Costs in ICSID Arbitrations, *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, Ed. Crina Baltag, Kluwer Law International 2016, s. 477; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 11.

⁵¹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/2014-08-13- decision_on_saint_lucias_request_for_security_for_costs.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 352-353; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 12-13. Karar incelemesi için bkz. **Joubin-Bret, Anna**: Spotlight on Third-Party Funding in Investor-State Arbitration, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 16, 2015, s. 727-733.

ICSID Tahkim Kuralları Madde 39 uyarınca masraflar için teminat kararı vermeye yetkili olduğunu belirterek; davacının mali durumunun kötü olduğunu itiraf etmesi, masraflar için teminat gösterilmesine karar vermek için yeterli olmasa da, bu olayın şartlarının olağanüstü olduğuna hükmetmiştir. Davacının daha önce de taraf olduğu ICSID tahkim yargılamalarında masraf avansını ve aleyhine hükmedilen masrafları ödemiş olduğu ve mali durumunun kötü olması sebebiyle üçüncü kişinin finansmanından yararlandığını itiraf etmiş olduğu dikkate alındığında, hakem heyetinde, davacının, ileride davalı lehine hükmedilecek masrafları da ödemeyeceği yönünde bir kanaat oluşmuştur. Davacının, 750.000 Dolar değerinde gayrikabili rücu banka teminat mektubu ibraz etmesine karar verilmiştir. Dikkat çekmek gerekir ki, bu davada, hakem heyetinin masraflar için teminat verilmesine karar vermesinde davacının üçüncü kişinin finansmanından yararlanıyor olması çok da etkili olmamıştır. Hakem heyeti, esasen, davacı şirketin sahibi Koloradolu petrol zengini Jack Grynberg'in, çeşitli şirketleri aracılığıyla, daha önce de defaten ICSID tahkimine başvurmuş olmasını ve daha önce açılan bu davalarda da masrafları yatırmaktan kaçmasını kötü niyetinin göstergesi olarak kabul etmiştir. Hakem heyeti, üçüncü kişi sponsorun davacının aleyhine hükmedilecek masrafları karşılayıp karşılamayacağını belirsiz olduğunu ifade etmiş; ancak, davacı tarafından atanan hakemin karşı görüşünde eleştirdiği üzere, üçüncü kişi sponsor ile davacı arasındaki anlaşmanın ibraz edilmesine bile gerek görmemiştir⁵².

Daha sonra, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*⁵³ davasında, hakem heyeti, ICSID tahkim yargılamalarında, davacının masraflar için teminat göstermesine ancak, suiistimal veya kötü niyetin varlığı gibi olağanüstü hallerde karar verildiğini; *Saint Lucia* davasında da hakem heyetinin sadece üçüncü kişinin finansmanının varlığına ve davacının mali durumunun kötü olmasına dayanmadığını; esasen davacının daha önceki ICSID tahkim yargılamalarında defaten masrafları ödemekten kaçınmasını esas aldığını belirterek; davacının mali sıkıntılarının ve artık yaygın uygulama haline gelen üçüncü kişinin finansmanının varlığının tek başına

⁵² **Jaramillo**, Eduardo Zuleta: Security for Costs: Authority of the Tribunal and Thrid-Party Funding, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Ed. Meg Kinnear/Geraldine R. Fischer, Kluwer Law International 2015, s. 576; **Von Goeler**, s. 354.

⁵³ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14, 23 Haziran 2015 tarihli ve 3 nolu Usule İlişkin Karar. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/2015-06-23_-_po3.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 356; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 13.

davalı lehine masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir.

*South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*⁵⁴ kararına konu olayda da, davalı, davacı şirketin üçüncü kişi finansmanından yararlanması nedeniyle masraflar için teminat talebinde bulunmuştur. Hakem heyeti, üçüncü kişi finansörün yargılamanın sonunda davacı aleyhine hükmedilebilecek dava masraflarını karşılayıp karşılamayacağını belirsiz olmasının masraflar için teminat kararı verilmesine tek başına bir gerekçe olamayacağına; tersine, üçüncü kişi finansörün varlığının davacının iddialarının haklılık ihtimali olduğuna delalet ettiğine; üçüncü kişi finansörün varlığının doğrudan masraflar için teminat gösterilmesi sebebi olarak kabul edilmesi halinde, davacıların haklı iddialarının öne sürülmesinin, adalete erişimlerinin davalılar tarafından engellenmesi riskinin artacağına işaret etmiştir.

Dolayısıyla, üçüncü kişinin finansmanının varlığı, yatırım tahkiminde davalı lehine masraflar için teminat kararı verilmesinin sadece olağanüstü durumlarda mümkün olduğu yönündeki yerleşik uygulama üzerinde etkili olmamıştır⁵⁵.

Doktrinde, sadece olağanüstü durumlarda masraflar için teminat kararı verilmesi yerine; başka bir kriter önerilmiştir. Buna göre, (i) davacının ilerde aleyhine hükmedilecek yargılama masraflarını ödeyemeyeceği veya ödeme-yeceği kanaati oluşuyorsa; ve (ii) davacı üçüncü kişi finansmanından yararlanıyorsa masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmelidir. Davacı, tasfiye halinde ise, herhangi bir malvarlığı olmayan paravan bir şirkette veya masraf avansını ödemekte zorlanmışsa ilerde yargılama masraflarını ödeyemeyeceği görüntüsü oluşacaktır⁵⁶.

⁵⁴ *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, 11.01.2016 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>. Bkz. **Brekoulakis/von Goeler**, s. 14.

⁵⁵ **Von Goeler**, s. 356.

⁵⁶ **Darwazeh/Leleu**, s. 143-145. Yatırım tahkiminde, yatırımcının üçüncü kişinin finansmanı olmadan tahkim masraflarını karşılaması mümkün değilse ve yatırımcının davaya devam etmeme ihtimali varsa, davalı devlet lehine masraflar için teminat kararı verilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **Meza**, Angelynn: Third Party Funding in International Investment Arbitration The Elephant in the Room, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonia Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013, s. 131. Doktrinde, ayrıca, masraflar için teminat gösterilmesi yerine, ICSID hakem heyetlerinin, ICC Tahkim Kuralları Madde 38/3'te düzen-

Nitekim, halen görülmekte olan *Sehil İnşaat v. Turkmenistan*⁵⁷ davasında, hakem heyeti, davacının üçüncü kişi finansörün kimliği ve davacı ile finansör arasındaki anlaşmanın detaylarını açıklamasına karar vermiş; bu arada, ilerde davalının masraflar için teminat gösterilmesi talebinde bulunabileceğine değinerek, hakem heyetinin, davalının bu davada haklı çıkması ve lehine yargılama masraflarına karar verilmesi halinde davacıların bu masrafları karşılayamayacağı ve bu aşamada üçüncü kişi finansörün de ortadan kaybolacağı endişesine sempatik yaklaştığını belirtmiştir. Yani, bu davada masraflar için teminat gösterilmesi yönünde bir karar çıkma ve yerleşik uygulamanın değişmesine yönelik bir adım atılma ihtimali olabilir.

B. Uluslararası Ticari Tahkim Açısından İnceleme

Uluslararası ticari tahkimde, masraflar için teminat kararı verilmesinde dikkate alınan yeknesak bir kriterden bahsetmenin zor olduğu yukarıda belirtilmişti. Üçüncü kişi finansmanının varlığı halinde, önerilen kriterlerden biri, tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra, davacının dava masraflarını ödeme ihtimalinin ticari olarak öngörülemeyecek şekilde azalmış olmasıdır⁵⁸. Aşağıda bu kriter, daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Bir başka yaklaşım da, hakemlere bu konuda daha geniş takdir yetkisi verilmesi, davacının mali olarak sıkıntıda olduğu ve yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek masrafları karşılamasının olası görülmediği hallerde⁵⁹; bir başka deyişle, masraflar için teminat gösterilmeksizin davalının tahkim yargılamasına devam etmesini beklemenin hakkaniyete aykırı düşeceği tüm durumlarda bu yönde karar verilmesidir⁶⁰. Hakemlerin kararını etkileyebilecek hususlar da aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

lendiği gibi, masraflara ilişkin ara kararlar verme yetkisinin olduğunun kabul edilmesi önerilmiştir. Bu ara kararlar verildiğinde, hakem heyeti halen yargılamaya devam ediyor olacağından, tarafların da bu kararların gereğini yerine getirmek baskısı altında olacakları ifade edilmiştir. **Hodgson/Evans**, s. 479.

⁵⁷ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, 12.06.2015 tarihli ve 3 Nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>

⁵⁸ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 15.

⁵⁹ **Dos Santos**, Caroline: Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?, *ASA Bulletin*, C. 35, S. 4, 2017, s. 926.

⁶⁰ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 15. Yazarlar, 10032 sayılı ICC davasında 09.11.1999 tarihli Usule İlişkin Karar'da yer aldığını belirttikleri bu yaklaşımı çok belirsiz ve açık uçlu olduğunu söyleyerek eleştirmişlerdir. **Brekoulakis/von Goeler**, s. 15.

1. Tahkim Anlaşmasının Akdedilmesinden Sonra Davacının Finansal Durumunun Ticari Olarak Öngörülemez Bir Şekilde Kötüye Gitmesi

Tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra, davacının dava masraflarını ödeme ihtimalinin ticari olarak öngörülemeyecek şekilde azalmış olması kriterinin ele alınmasında üçüncü kişi finansmanının varlığının nasıl etkileri olabilir?

Bu kriterin iki ayağı vardır. Birincisi, davacının mali durumunun kötü olması; ikincisi de bu kötüye gidişin tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra ticari olarak öngörülemez bir şekilde ortaya çıkmasıdır.

a. Davacının Finansal Durumunun Kötü Olması

Üçüncü kişi finansmanının varlığı, genellikle davalının, davacının mali durumu hakkında şüpheye düşmesine neden olacak ve sırf bu sebeple, davalı, hakem heyetinden masraflar için teminata karar vermesini talep edecektir⁶¹.

Davacının, üçüncü kişinin finansmanından yararlanması, tek başına, masraflar için teminat göstermesi yönünde karar verilmesinin gerekçesi olamaz. Davacının üçüncü kişinin finansmanından yararlanıyor olması, her halükarda onun mali durumunun kötü olduğu anlamına da gelmez⁶². Davacı, riski paylaşmak ve elinde bulunan nakit parayı korumak amacıyla üçüncü kişinin finansmanından yararlanmayı tercih etmiş olabilir⁶³.

Masraflar için teminat gösterilmesi konusunda karar vermek için, hakem heyetinin, davacının mali durumunun gerçekten ne durumda olduğunu araştırması ve davacının mali durumunun yargılama sonunda masrafları karşılayamayacak derecede kötü olduğunu gösteren somut delillere

⁶¹ Harwood/Batifort/Trahanas, s. 100; Kirtley/Wietrzykowski, s. 18; Kühner, s. 813; Shahdarpuri, s. 94.

⁶² Dos Santos, s. 927. *Guaracachi and Rurelec v. Bolivia* kararında, hakem heyeti, yatırım tahkiminde masraflar için teminat gösterilmesi kararının çok ender ve olağanüstü hallerde verildiğine değinerek, davacıların üçüncü kişinin finansmanından yararlanmasının, ilerde kendileri aleyhine hükmedilebilecek masrafları ödeyemeyeceklerine kanaat getirmek için yeterli olmadığını belirtmiştir. *Guaracachi America, Inc. (USA) and Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia*, Permanent Court of Arbitration Case No. 2011-17, 11 Mart 2013 tarihli ve 14 Nolu Usule İlişkin Karar. http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/2013.03.11_Guaracachi_America_v_Bolivia_1.pdf Bkz. Von Goeler, s. 349-350.

⁶³ Scherer, s. 97; Von Goeler, s. 341; Brekoulakis/von Goeler, s. 10.

dayanması gerekmektedir⁶⁴. Bunun için de, davacının yıllık hesapları, gelirleri, bilançosu, defterleri, mali kayıtları gibi belgelerin incelenmesi gerekmektedir⁶⁵.

Üçüncü kişi finansmanına ilişkin anlaşmanın şartlarının da tıpkı davacının yıllık hesapları, gelirleri, bilançosu, defterleri, mali kayıtları gibi incelenmesi gerekmektedir. Ancak, davacı, üçüncü kişi finansmanından yararlandığını açıklamak zorunda değildir⁶⁶. Bu anlamda, bunlara talep eden tarafın elinde bulunmayan belgelerin ibrazına ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilebilir. Bu durumda, davalının, davacının üçüncü kişi finansmanından yararlanacağına ilişkin yaptığı sözleşmenin varlığı, hükümleri ve bunlardan hangilerinin teminat gösterilmesi talebiyle bağlantılı olduğunu göstermesi gerekecektir⁶⁷.

Gerçekten, üçüncü kişinin finansmanına ilişkin sözleşmede, örneğin, finansörün karşı tarafın lehine hükmedilecek dava masraflarından sorumlu olmadığını açıkça düzenlenmesi⁶⁸ veya finansörün herhangi bir sebep olmadan herhangi bir anda sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkının bulunması teminat talebini haklı kılacakken; sözleşmede finansörün davacının aleyhine karar çıkması halinde kendisine yükletilecek olan masrafları da karşılayacağını açıkça düzenlenmiş olması teminat talebini olumsuz etkileyecektir⁶⁹.

Davacının mali durumunun kötü olduğunu gösteren bir diğer belirti de, uygulanan tahkim kuralları gereğince yargılamanın başında hakemlerin ve tahkim kuruluşunun masraflarının karşılanması amacıyla avans yatırılma-

⁶⁴ **Von Goeler**, s. 339.

⁶⁵ **Von Goeler**, s. 342.

⁶⁶ IBA Milletlerarası Tahkimde Çıkar Çatışmasına İlişkin Rehber Kuralları md. 7/a uyarınca, yargılama sonunda varılacak kararla doğrudan ekonomik menfaati olan veya bu karar nedeniyle taraflardan birinin rücu edebileceği gerçek veya tüzel bir kişi ile hakemler arasındaki doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilişki hakemlere, diğer taraflara ve tahkim kurumuna bildirilmelidir. Ancak, Rehber Kurallar bağlayıcı değildir. Öte yandan, son yıllarda uluslararası yatırım tahkiminde, hakem heyetlerinin üçüncü kişi finansörün kimliğinin ve/veya davacı ile üçüncü kişi finansör arasındaki anlaşmanın önemli şartlarının açıklanmasına karar verdiği görülmektedir. *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14; *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15; *Sehil v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6 bu kararlardır. Bkz. **Darwazeh/Leleu**, s. 137.

⁶⁷ **Von Goeler**, s. 340.

⁶⁸ **Dos Santos**, s. 927.

⁶⁹ **Von Goeler**, s. 340.

sının gerektiği hallerde, davacının bu avansı yatırmakta gecikmesi ve zorlanmasıdır⁷⁰.

b. Davacının Finansal Durumunun Kötüye Gidişinin Ticari Olarak Öngörülemez Olması

Masraflar için teminat kararı verilmesi için, davacının finansal durumunun kötü olması ve dava sonunda haksız çıkması halinde kendisine yüklenecek olan dava masraflarını karşılayamayacağını muhtemel olması yeterli değildir. Bir tacirin mali durumunda değişiklik olması ticaret hayatının olağan akışındandır. Bu nedenle, masraflar için teminat talep eden davalının, davacının yargılama sonunda kendisine yükletilebilecek olan masrafları karşılama ihtimalinin, tahkim anlaşmasının imzalanmasından bu yana, esaslı olarak ve öngörülemez bir şekilde azaldığını kanıtlaması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, davacının mali durumundaki bu bozulmanın taraflarca tahkim anlaşmasının imzalanmasından sonra ortaya çıkması gerekir. Mali durumu kötü olan bir tarafla tahkim anlaşması imzalayan diğer tarafın masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki talebi kabul edilmemelidir⁷¹. Zira, davalının, davacının tahkim masraflarını ödeyemeyeceğini düşünerek davacıyla tahkim anlaşması akdetmesi, daha sonra da bu durumu kendi lehine kullanmak için masraflar için teminat talep etmesi kabul edilemez⁷².

Davacının, üçüncü kişinin finansmanından yararlanması, tek başına, mali durumunda esaslı ve öngörülemez bir değişiklik olduğunun kanıtı olabilir mi? Tıpkı, üçüncü kişinin finansmanının varlığı, tek başına, davacının mali durumunun kötü olduğunu göstermediği gibi, davacının kendisine yükletilebilecek olan masrafları karşılama ihtimalinin esaslı ve öngörülemez bir şekilde azaldığını da göstermez⁷³. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, davacı, riski paylaşmak ve elinde bulunan nakit parayı korumak amacıyla üçüncü kişinin finansmanından yararlanmayı tercih etmiş olabilir⁷⁴.

Hakem heyeti, üçüncü kişinin finansmanından yararlanılmasının ve buna bağlı olarak şartlarda meydana gelen değişikliğin, masraflar için teminat talep eden davalı taraf için ticari olarak öngörülemez olup olmadığını

⁷⁰ Von Goeler, s. 342.

⁷¹ Von Goeler, s. 344.

⁷² Von Goeler, s. 345; Brekoulakis/von Goeler, s. 15.

⁷³ Von Goeler, s. 345.

⁷⁴ Von Goeler, s. 341; Brekoulakis/von Goeler, s. 10, 15.

dikkate alınmalıdır. Öngörülemezlik testi, kanıtlanması çok zor olan kötü niyet testine göre daha dengeli sonuçlar verecektir. Ayrıca, öngörülemezlik testi, tahkim yargılamalarında en çok önem taşıyan tarafların haklı beklentilerinin karşılanmasına vurgu yapmakta ve ucu çok açık olan hakkaniyet kriterinden daha somut bir kriter teşkil etmektedir⁷⁵. Örneğin, üçüncü kişi finansörün önce davacı aleyhine hükmedilen masraflardan sorumlu olacağını kabul etmesi; ancak daha sonra yargılama devam ederken fonu kesmesi, ticari olarak öngörülemez bir değişiklik olacaktır⁷⁶.

ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde tahkim yargılamasını yürüten bir hakem heyetinin 3 Ağustos 2012 tarihli usule ilişkin kararına⁷⁷ konu olayda, davacı, üçüncü kişiyle yaptığı sponsorluk anlaşmasını davalı ile paylaşmıştır. Bu anlaşma uyarınca, üçüncü kişi sponsorun her zaman finansmanı kesme hakkı olduğu gibi, davalının lehine karar verilecek olan masrafları da karşılamayacağı açıkça kararlaştırılmıştır. Bununla beraber, davacının herhangi bir malvarlığı da bulunmamaktadır. Burada, hakem heyeti, üçüncü kişinin finansmanından faydalanılmasının, şartlarda masraflar için teminat gösterilmesine gerekçe olacak derecede önemli bir değişiklik oluşturup oluşturmadığını incelemiş ve sponsorluk anlaşmasının anılan hükümlerini dikkate alarak masraflar için teminat gösterilmesine karar vermiştir. Hakem heyeti, davacının akdettiği sponsorluk anlaşmasının ona mali durumu iyiymişçesine yargılamayı yürütme imkanı vermesine rağmen, esasen kötü olan mali durumunun riskini üstlenmediğine kanaat getirmiştir. Sponsorun her zaman sözleşmeyi feshetmesi ve böylece davacının masrafları ödeme imkanından yoksun kalması mümkündür. Hakem heyetinin bu kararı, sponsorluk anlaşmasının tabi olduğu hukuk uyarınca sponsorun tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkının geçerli olup olmadığının yeterince incelenmediği ve davacının tahkim anlaşmasının akdedildiği sırada da mali durumunun kötü olduğu, bu nedenle de şartlarda bir değişiklik olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Burada, davalı, mali durumu bozuk olan davacı ile bir tahkim anlaşması akdetmiş ve davacının tahkim yargılamasına girişmeyeceğini düşünmüştür⁷⁸.

⁷⁵ **Von Goeler**, s. 357.

⁷⁶ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 16.

⁷⁷ *X v. Y and Z*, ICC Case, 03.08.2012 tarihli Usule İlişkin Karar. Bkz. **Von Goeler**, s. 346-347.

⁷⁸ **Von Goeler**, s. 348.

2. Üçüncü Kişi Finansmanının Varlığı Halinde Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararı Verirken Dikkate Alınabilecek Diğer Hususlar

Davacının finansal durumunun ticari olarak öngörülemez bir şekilde kötüye gitmesi kriteri her zaman tek başına masraflar için teminat gösterilmesi kararının verilmesinde yol gösterici olamamaktadır. Üçüncü kişinin finansmanının varlığının tahkim yargılamasına başka etkileri de olabilmektedir ve bu etkilerin de masraflar için teminat kararı verilirken dikkate alınması gerekebilir.

a. Üçüncü Kişinin Finansmanın Varlığının Dava Masraflarına Etkisi

Finansörün mali olanaklarının yüksek olması sayesinde, davacının avukatlarının yargılama masraflarını yükseltecek şekilde hareket etmesi mümkün olabilir. Bu sayede, davacının avukatları, birden fazla uzmandan görüş alınması, birden çok duruşma yapılarak çok sayıda tanığın çapraz sorguya tabi tutulması gibi yöntemlere başvurabilir ve bu da davalı için daha yüksek savunma masrafları yapma zorunluluğu anlamına gelebilir⁷⁹. Ancak, üçüncü kişi finansörün de bir yatırımcı olduğu ve tıpkı davanın sonunda tarafın haklı çıkması halinde ilgili tarafın kazancı oranında ücret almak üzere anlaşan bir avukat gibi, yargılama maliyetlerinin en makul ve verimli şekilde kullanılmasını amaçlayacağı ve buna yönelik önlemler alacağı unutulmamalıdır⁸⁰. Öte yandan, bazı yatırımcı şirketler, daha çok davacıya fon sağlayarak portfolyalarını genişletmeyi ve böylece riski dağıtmayı da tercih edebilirler⁸¹. Bu nedenlerle, üçüncü kişinin finansmanın varlığının dava masraflarına ve davacının bu masrafları ödeme gücüne etkileri konusunda genel bir çıkarım yapmak zordur⁸².

b. Tarafların Kötü Niyeti

Davacının kötü niyetli hareketleri, tahkim yargılamalarında, davalı lehine masraflar için teminat kararı verilmesine temel oluşturabilmektedir.

⁷⁹ **Stoyanov, Marie/Owczarek, Olga:** Third-Party Funding in International Arbitration: Is It Time for Some Soft Rules?, *BCDR International Arbitration Review*, C. 2, S. 1, 2015, s. 191; **Von Goeler**, s. 343; **Darwazeh/Leleu**, s. 130.

⁸⁰ **Stoyanov/Owczarek**, s. 191; **Von Goeler**, s. 343. Uygulamada, finansör bulmak kolay değildir; zira profesyonel finansörler önlerine gelen on davadan yaklaşık dokuzunu fonlamayı reddetmektedir. **Kühner**, s. 813.

⁸¹ **Harwood/Batifort/Trahanas**, s. 104; **Darwazeh/Leleu**, s. 129.

⁸² **Von Goeler**, s. 343.

Örneğin, İsviçre’de bir tahkim yargılamasında⁸³, davacı taraf Panama’da tescil edilmiş bir off-shore şirkettir ve dava konusu alacağı, tahkim yargılamasını başlatmadan 15 gün önce iktisap etmiştir. Burada, davacı şirket, sırf davada haklı çıkması halinde kendi lehine hükmedilen miktarı elde etmek; haksız çıkması halinde ise davalının ne hakkını ne de masraflarını elde etmesine olanak tanımamak amacıyla kurulmuştur. Her ne kadar böyle bir durumun söz konusu olduğu bir dava var olmasa da, davacı şirketin bir paravan şirket kurması, dava konusunu bu paravan şirkete devretmesi ve bu paravan şirkete tahkim yargılamasında sponsor olması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, davacının kötü niyetle hareket ettiği açık olacaktır ve masraflar için teminat gösterilmesine kesinlikle karar vermek gerekecektir⁸⁴.

Öte yandan, uygulamada karşılaşılabilecek bir diğer durum, davacının yargılama masraflarının üçüncü kişi sponsor tarafından karşılanması; fakat, davacının davayı kaybetmesi halinde ödemek zorunda kalabileceği karşı tarafın masraflarının karşılanacağı sponsor tarafından vaat edilmemesidir. Buna, doktrinde, “tahkimde vur kaç taktiği (*arbitral hit and run*)” denilmektedir⁸⁵. Böyle bir durumda, her zaman, davacının kötü niyetli olduğunu söylemek mümkün değildir; ancak, davacının mali durumu kötü olmasına rağmen yargılamayı yürütmesine olanak sağlanırken, bu kötü mali durumunun riskini üstlenmemekte, bu risk davalı üzerinde kalmaktadır. Zira, davalı, dava masraflarını maddi durumu kötü olan ve herhangi bir malvarlığı olmayan davacıdan fiilen elde edemeyeceği gibi; üçüncü kişi finansör de tahkim yargılamasının tarafı olmadığından ondan da masrafları talep edemeyecektir. Bu durum da masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesini haklı kılar⁸⁶. Tahkimde vur-kaç taktiğinin bir diğer çeşidi de, yargılama bir süre devam ettikten ancak, dava sonuçlanmadan önce üçüncü kişi finansörün maddi desteğini kesmesi ve davacının davaya devam edememesidir. Bu durumda da, davalı, o ana kadar yaptığı masraflara katlanmak zorunda kalacak ve bunların ne davacı, ne üçüncü kişi finansör tarafından tazmini mümkün olmayacaktır⁸⁷.

⁸³ *X. SA v. A., B. and others*, Handel/Industrie/und Gewerbeamt des Kantons Tessin. Kararın Almancası için bkz. *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, s. 28 vd. Bkz. **Von Goeler**, s. 357-358.

⁸⁴ **Von Goeler**, s. 358.

⁸⁵ **Kalicki**, Jean E.: Security for Costs in International Arbitration, *Transnational Dispute Management*, S. 5, 2006.

⁸⁶ **Scherer**, s. 96; **Kühner**, s. 814; **Von Goeler**, s. 359; **Darwazeh/Leleu**, s. 130-131.

⁸⁷ **Harwood/Batifort/Trahanas**, s. 103; **Darwazeh/Leleu**, s. 131. Örneğin, *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania* davasında davacı tasfiye halindeyken, davaya

Masraflar için teminat gösterilmesini talep etmek, davalının da kötü niyetli bir taktiği olabilir. Özellikle, davacının haklı olduğunun aşikar olduğu hallerde, davalı, davacının bu haklı davasını boğmak amacıyla masraflar için teminat talep etme, böylece davacının davaya devam etmesini önleme amacı içinde olabilir. Davalı, kötü niyetli olmasa bile, üçüncü kişi finansörün davacıya finansör olmayı kabul etmesinin kendisinin dava sonunda haksız çıkacağına delalet ettiğine inanabilir. Zira, üçüncü kişi finansör, davacının davada haklı çıkma ihtimalini yüksek bulmazsa, finansör olmayı kabul etmeyecektir. Davalı sırf bu nedenle masraflar için teminat talep etme taktiğine başvurmuş olabilir. Hakem heyeti, masraflar için teminat kararı verirken üçüncü kişi finansörün varlığının davalının kötü niyetini gösterdiğini kabul etmemelidir. Zira, böyle bir yaklaşım önyargılı olacaktır ve kabul edilemez. Kaldı ki, üçüncü kişi finansör, davacının davada haklı çıkacağı konusunda yanılabilir⁸⁸.

c. Taraflar Arasında Eşitsizliğin Önlenmesi

Sadece davacının mali durumundaki kötüye gidişin dikkate alınarak davalı lehine masraflar için teminata karar verilmesi; öte yandan davalının mali durumunda bir değişiklik olup olmadığının hiç incelenmemesi taraflar arasında eşitsizliğe neden olacak mıdır? Özellikle, mali durumu iyileşen davalının savunma masraflarını arttıracak şekilde hareket etmesi ve sonuçta haklı çıkarsa bunların davacıya yükletilmesi olasıdır. Ancak, davalıların, masraflar konusunda kaybeden pozisyonunda olduğunu unutmamak gerekir. Zira, davacının karşısında mali olarak zor durumda olan bir davalı varsa, yine de dava masraflarını karşılayarak dava açmak davacının tercihidir; bu durumda dava açmamayı da tercih edebilir. Ancak, mali olarak zor durumda bulunan bir davacının açtığı davada davacı haklı çıkarsa hem hükmolunan miktarı hem de dava masraflarını ödemek durumunda olacak olan davalı; bu

iki yıl boyunca üçüncü kişi finansörün desteğiyle devam edilmiş; iki yıl sonra üçüncü kişi finansör desteğini çekince S&T davaya devam edememiştir. Romanya, üçüncü kişi finansörün varlığı nedeniyle kendisine karşı açılabilen bu davada iki yıl boyunca yaptığı masraflara katlanmak durumunda kalmıştır. ICSID Case No. ARB/07/13, 16.07.2010 tarihli Davaya Devam Edilmemesine İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0743.pdf> Aynı şekilde, *Ambiente Ufficio S.p.A. & others. v. Argentine Republic* davasında da üçüncü kişi finansör altı yıl sonra çekilmiş, Arjantin bu davada yaptığı yüklü yargılama masraflarını davacıdan elde edememiştir. ICSID Case No. ARB/08/9, 28.05.2015 tarihli Davaya Devam Edilmemesine İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4289.pdf>

⁸⁸

Von Goeler, s. 362.

davada, davacı haksız çıksa da, davacıdan dava masraflarını temin edemeyecektir. Dolayısıyla, davalının mali durumu kötü olan bir davacının haksız olarak açacağı bir davadan korunmasının tek yolu masraflar için teminat gösterilmesidir. Bu konuda taraflar eşit konumda olmadıklarından, eşitsizlikten de bahsedilemez⁸⁹.

Masraflar için teminat gösterilmesini açıkça düzenleyen Londra Tahkim Divanı Tahkim Kuralları Madde 25.2 uyarınca, hakem heyeti masraflar için teminat gösterilmesini bazı şartlara bağlayabilir ve bu şartlardan biri de teminat talep eden tarafın da bu teminatın gösterilmesi nedeniyle doğabilecek masraf ve zararları karşılayacağına dair teminat göstermesi olabilir. UNCITRAL Model Kanunu⁹⁰ Madde 17G uyarınca, hakem heyetinin, sonradan geçici hukuki koruma talebinin haksız olduğuna karar vermesi halinde, geçici hukuki koruma talebinde bulunan taraf, karşı tarafın bu nedenle yaptığı masraflardan ve uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. ICC Tahkim Kuralları Madde 28/1 uyarınca, hakemler, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu Madde 6'da da, hakem veya hakem kurulunun, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabileceği düzenlenmiştir. Hakem heyetinin, masraflar için teminat gösterilmesi talebini reddetmesi durumunda, davanın sonunda davalının haklı çıkması, fakat dava masraflarını davacıdan elde edememesi durumunda davalının aleyhine bir durum oluşacaktır. Öte yandan, hakem heyeti, davalının masraflar için teminat talebini kabul eder ve davanın sonunda davalı haksız bulunursa, davalı her şekilde kazançlı olacaktır çünkü haksız olduğu halde masraflar için teminat talep etmiş olmasının hiç bir dezavantajı olmayacaktır⁹¹. Davalının masraflar için teminat talep etmesinin kendisi için hiç bir dezavantaj teşkil etmemesi halinde, davalı, davacının üçüncü kişi finansmanından yararlandığı her halde masraflar için teminat talep edecek; ayrıca, davanın sonunda haksız çıkarsa, davacının masraflarının üçüncü kişi finansör tarafından karşılandığından bahisle, onun masraflarının kendisine yüklenilmesine de karşı çıkabilecektir⁹². İşte bu nedenlerle, davacının masraflar için teminat göstermesinin davalının da haksız çıkması

⁸⁹ **Von Goeler**, s. 360.

⁹⁰ UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi ve MTK ile karşılaştırması için bkz. **Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru: UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.2, Y. 2, S. 4, 2011, s. 135 vd.

⁹¹ **Von Goeler**, s. 360-361.

⁹² **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 24.

halinde davacının masraflarını ve zararlarını karşılayacağına ilişkin bir güvence göstermesi şartına bağlı kılınması, taraflar arasında eşitliği sağlayacaktır. Üçüncü kişinin finansmanının söz konusu olduğu hallerde, masraflar için gösterilen teminat, üçüncü kişi sponsor ile davacı arasındaki sözleşme uyarınca ek bir yatırım teşkil edebilir ve davacı da bu sebeple finansöre karşı ek bir yükümlülük altına girebilir⁹³. Bu ek yükümlülük, davalının haksız çıkması halinde karşılamayı garanti edeceği zararlara bir örnek oluşturur.

d. Davacının Adalete Erişim Hakkı

Hakem heyeti, masraflar için teminat gösterilmesi gerektiğine karar verir; ancak, davacı bu kararın gereğini yerine getiremezse, hakem heyetinin davaya devam etmemesi söz konusu olabilir⁹⁴. Hakem heyeti, masraflar için teminat gösterilmesi talebini reddeder; ancak dava sonunda davalı haklı çıkar ve davacı dava masraflarını tazmin edemezse, davalı haksızlığa uğramış olacaktır. İşte, hakem heyetinin, bu konuda karar verirken davacının adalete erişim hakkı ile davalının haklı maddi menfaatlerinin korunması arasındaki dengeyi gözetmesi gerekecektir⁹⁵.

Bir Zürih Ticaret Odası tahkiminde, hakem heyeti, davacıya karşı başlatılan bir iflas takibinin, davacının malvarlığının yetersizliği nedeniyle sonlandırılmadığı bilinirken, davalının masraflar için teminat talebinin davacının tahkim yargılamasına başvurmasının engellenmemesi gerekçesiyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir⁹⁶.

Üçüncü kişi finansörün varlığı halinde, hakem heyeti, davacının masraflar için teminat göstermesine karar verirse, davanın akıbeti üçüncü kişi finansörün elinde olacaktır. Zira, üçüncü kişi finansör bu teminatı göstermeyi kabul ederse dava devam edecek; etmezse devam etmeyecektir. Bunun da davacının adalete erişim hakkıyla ne derece bağdaşacağı soru işareti

⁹³ **Von Goeler**, s. 360-361.

⁹⁴ İngiliz Tahkim Kanunu Madde 41/6 uyarınca, davacının masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki kararın gereğini yerine getirmemesi, davanın reddi sebebi olabilir. Öte yandan, masraflar için teminat konusunun düzenlenmediği çoğunluk tahkim hukukları ve tahkim kuralları bakımından, masraflar için teminat gösterilmesi kararının davacı tarafından yerine getirilmemesinin sonucunun ne olacağı belirsizdir. Bu konuda, tahkim usulüne uygulanacak hukuk hakemlere açıkça yetki vermedikçe, hakemlerin bu durumda davayı usulden reddedip reddedemeyecekleri açık değildir. **Jaramillo**, s. 581.

⁹⁵ **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 21.

⁹⁶ *Swiss Entity v. Dutch Entity*, HKZ Case No. 415, 20.11.2001 tarihli Karar. *ASA Bulletin*, C. 20, S. 3, 2002, s. 467 vd.

oluşturabilir. Bu konuda, bir ICC hakem heyeti⁹⁷, davacının tasfiye halinde olması ve kendi tahkim masraflarının karşılanması için bir üçüncü kişi sponsora muhtaç olması durumunda, bu davacıya adalete erişim hakkının, sadece üçüncü kişi sponsorun karşı tarafın da maruz kalacağı makul masrafları karşılamayı göze alması halinde, tanınabileceğini belirtmiştir. Eğer üçüncü kişi finansörün karşı tarafa teminat göstermeye niyeti yoksa, artık uyumsuzluk konusu hakkında nasıl hareket edileceğine müflis davacının alacaklıları karar verecektir.

Üçüncü kişi finansörün, davacının haklılığına inanarak bir yatırımda bulunduğunu varsayarsak, davanın devam etmesi için masraflar için teminat gösterilmesini de üstlenmesi muhtemeldir⁹⁸. Ancak, bu durumda üçüncü kişi finansmanı davacı için daha masraflı bir hale gelecektir. Bu da, üçüncü kişi finansmanının adalete erişim hakkı sağladığı argümanını zayıflatabilir. Ancak, masraflar için teminatın söz konusu olması halinde, bu durum, sadece davacının dava sonunda haklı çıkarsa elde edeceği kazancın daha büyük bir kısmını üçüncü kişi finansöre devredeceği anlamına gelir ki; bu da davacı için katlanılabilir bir durumdur, zira, üçüncü kişi finansör olmasa adalete erişimi ve hakkını elde etmesi tamamen imkansız hale gelecektir⁹⁹.

SONUÇ

Masraflara ilişkin teminat gösterilmesinin kurumsal tahkim kuralları ve ulusal tahkim hukuklarında ayrıca düzenlenmediği, doktrindeki görüşler ve kararlar dikkate alındığında; üçüncü kişi finansmanının varlığının, hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine ilişkin değerlendirmelerini nasıl ve ne yönden etkileyeceği hakkında somut bir değerlendirme yapmak ve sonuçlara varmak olası değildir. Bu nedenle, ancak, bazı genel ilkelere varılabilir.

Üçüncü kişi finansörün varlığı, tek başına, davacının mali durumunun kötü olduğunu göstermediği gibi, tek başına masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesinin gerekçesini de oluşturamaz. Aksinin kabulü halinde, davacının üçüncü kişinin finansmanından yararlandığını öğrenen her davalı, belki de sırf yargılamayı uzatmak amacıyla, masraflar için teminat gösterilmesini talep eder. Bu da davacının adalete erişim hakkının sırf üçüncü kişi finansmanına başvurduğu için ihlal edilmesi anlamına gelebilecektir.

⁹⁷ *X S.A.R.L., Lebanon v. Y A.G., Germany*, ICC Case, 4 Temmuz 2008 tarihli ve 3 sayılı Usule İlişkin Karar. *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, 2010, s. 37 vd.

⁹⁸ *Kirtley/Wietrzykowski*, s. 27; *Von Goeler*, s. 363.

⁹⁹ *Von Goeler*, s. 363.

Uluslararası yatırım tahkiminde, masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesinin ancak, davacının ciddi suiistimali veya açıkça kötü niyeti olması halinde söz konusu olabileceği yerleşik uygulamadır. Bu uygulamadan, üçüncü kişi finansörün varlığı halinde vazgeçilmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Üçüncü kişi finansöre başvurulması, olağanüstü bir durum teşkil etmediği gibi, davacının suiistimal ya da kötü niyetini de göstermez.

Ticari tahkimde, hakem heyeti, üçüncü kişi finansöre başvurulması sonucunda değişen şartların talep eden davalı taraf bakımından ticari olarak öngörülebilir olup olmadığını dikkate almalıdır. Hakem heyeti, ayrıca, üçüncü kişi finansör ile davacı arasındaki anlaşmanın şartlarını da dikkate almalı; özellikle, finansörün anlaşmayı fesih hakkını değerlendirmelidir. Üçüncü kişi finansörün fesih hakkı ne kadar geniş ise, davalının dava masraflarının karşılanmaması riski o kadar büyük olacaktır.

Masraflar için teminat gösterilmesi talebinin kabul edilmesinin, davalının da davacının bu sebeple yaptığı masraflar ve uğrayabileceği zararların karşılanacağına dair güvence göstermesi şartına tabi tutulması tarafların eşitliğine ve hakkaniyete uygun olacaktır.

Üçüncü kişi finansmanının varlığının masraflar için teminat gösterilmesine etkileri, özellikle uluslararası ticari tahkim yargılamalarında, pek çok farklı uygulama ve görüşe neden olmaktadır. Üçüncü kişi finansmanının giderek yaygınlaştığı ve üçüncü kişi finansmanı söz konusu olduğunda davalı tarafın masraflar için teminat gösterilmesini talep etme ihtimalinin yüksek olduğu dikkate alındığında, bu konunun ulusal kanun koyucular ve tahkim kurumları tarafından düzenlenmesi faydalı olacaktır.

Nitekim, Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu Hong Kong Tahkim Merkezi 2018 Kurallarında üçüncü kişi finansmanına açıkça yer verilmiştir. Kurallar Madde 44 ile üçüncü kişi finansmanından faydalanan tarafa, hakem heyetine ve diğer taraflara, yazılı olarak, üçüncü kişi finansmanı anlaşması akdedildiğini ve üçüncü kişi finansörün kimliğini ve bunlarda sonradan meydana gelen değişiklikleri açıklama zorunluluğu getirilmiştir. Kurallar Madde 34.4 uyarınca, hakem heyeti, tahkim masraflarının belirlenmesinde üçüncü kişi finansmanının varlığını dikkate alabilir. Ancak, masraflar için teminata ilişkin 24. Maddede sadece hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar verebileceği düzenlenmiş; bu konuda herhangi bir kriter gösterilmemiş ve bu maddede üçüncü kişi finansmanına değinilmemiştir. Dolayısıyla, çok yeni yürürlüğe giren bu Kurallar da bu konudaki eksikliği giderememiştir.

KAYNAKÇA

- Bench Nieuwveld**, Lisa/**Shannon**, Victoria: *Third Party Funding in International Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2017.
- Berger**, Bernhard: Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitration Case Law, *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, 2010.
- Bertrand**, Edouard: The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding, *ASA Bulletin*, C. 29, S. 3, 2011.
- Born**, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2014.
- Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru: UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.2, Y. 2, S. 4, 2011.
- Brekoulakis**, Stavros L./**von Goeler**, Jonas: 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*, Ed. Christian Klausegger/Peter Klein, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2017.
- Cremades**, Anne-Carole/**Mazuranic**, Alexandre: Costs in Arbitration, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Ed. Elliot Geisinger/Nathalie Voser, 2. Baskı, Kluwer Law International 2013.
- 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, 2016.
- Dos Santos**, Caroline: Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?, *ASA Bulletin*, C. 35, S. 4, 2017.
- 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*, 2012.
- Harwood**, Miriam K./**Batifort**, Simon N./**Trahanas**, Christina: Third Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues, *The Investment Treaty Arbitration Review*, Ed. Barton Legum, Law Business Research Ltd. 2016.

- Hodgson, Matthew/Evans, Elizabeth:** Allocation of Costs in ICSID Arbitrations, *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, Ed. Crina Baltag, Kluwer Law International 2016.
- Jaramillo, Eduardo Zuleta:** Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Ed. Meg Kinnear/Geraldine R. Fischer, Kluwer Law International 2015.
- Joubin-Bret, Anna:** Spotlight on Third-Party Funding in Investor-State Arbitration, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 16, 2015.
- Kalicki, Jean E.:** Security for Costs in International Arbitration, *Transnational Dispute Management*, S. 5, 2006.
- Kirtley, William/Wietrzykowski, Koralie:** Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 1, 2013.
- Kühner, Detlev:** The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany, *Journal of International Arbitration*, C. 31, S. 6, 2014.
- Meya, Angelynn:** Third Party Funding in International Investment Arbitration The Elephant in the Room, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013.
- Rubins, Noah:** In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, *The American Review of International Arbitration*, C. 11, 2000.
- Sandrock, O.:** The *Cautio Judicatum Solvi* in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant, *Journal of International Arbitration*, C. 4, 1997.
- Scherer, Maxi:** Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013.
- Shahdarpuri, Khushboo Hashu:** Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory, *Asian International Arbitration Journal*, C. 12, S. 2, 2016.

- Stone, William:** Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?, *Asian Dispute Review*, C. 2015, S. 2, 2015.
- Stoyanov, Marie/Owczarek, Olga:** Third-Party Funding in International Arbitration: Is It Time for Some Soft Rules?, *BCDR International Arbitration Review*, C. 2, S. 1, 2015.
- Trusz, Jennifer A.:** Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third Party Funding in International Commercial Arbitration, *Georgetown Law Journal*, C. 101, 2013.
- Von Goeler, Jonas:** *Third Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016.
- Waincymer, Jeffrey:** *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012.