

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

DAVA FİNANSMANI

Doktora Tezi

MUSTAFA EROL BİRCANOĞLU

Danışman: PROF. DR. MURAT TOPUZ

İSTANBUL, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

DAVA FİNANSMANI

Doktora Tezi

MUSTAFA EROL BİRCANOĞLU

Tez Savunma Jürisi

- | | |
|-------------------|---------------------------------|
| 1. Tez Danışmanı: | Prof. Dr. Murat Topuz |
| 2. Üye : | Prof. Fulya Erlüle |
| 3. Üye: | Prof. Dr. Serdar Kale |
| 4. Üye: | Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Saçar |
| 5. Üye: | Prof. Dr. Cevdet Yavuz |

İSTANBUL, 2024

ÖZET

DAVA FİNANSMANI

Dava finansmanı, özetle bir davanın maliyetini karşılamak için dışarıdan kaynak sağlama sürecidir. Bir dava süreci genellikle dava harçları, avukatlık ücretleri, hukuki belgeleme, uzman tanık ifadesi ve mahkeme masrafları gibi çeşitli maliyetleri beraberinde getirmektedir. Dava finansmanı kurumu bu maliyetlerin karşılanmasını temin etmektedir.

Dava finansmanı şirketleri veya yatırımcılar, davanın potansiyel getirisini değerlendirerek dava açan kişiye mali kaynak sağlarlar. Bu kaynaklar, avukat ücretlerini, masrafları ve diğer dava maliyetlerini karşılamak için kullanılabilir.

Tezimizin özeti, son günlerde özellikle sınır ötesi işlemlerde önem arz eden, ticari taraflar arasındaki ihtilafların dava ve tahkim yolu ile çözümünün maliyetlerinin fevkalade yüksek olması karşısında bu maliyetlerin üçüncü şahıs finans kurumları tarafından karşılanması suretiyle ihtilafın çözümünde hak arayan fakat bu hak aramanın maliyetlerine katlanamayacak şahıslara finansman sağlanması yöntemiyle haklarını elde etme fırsatı veren dava ve tahkimlerde kullanım alanı bulan “dava finansmanı” konusunun mukayeseli hukuk ve Türk hukuku çerçevesinde işlenmesidir.

Anahtar Kelimeler

Dava Finansmanı, Hukuk Finansmanı, Tahkim, Tahkim Finansmanı, Üçüncü Kişi Finansmanı, Dava Fonlaması, Dava Finansman Sözleşmesi

ABSTRACT

LITIGATION FINANCE

Litigation finance, in summary is the process of obtaining external funding to cover the costs of a lawsuit. Legal proceedings often entail various expenses, including court fees, attorney fees, legal documentation, expert witness testimonies and other court-related costs. Litigation finance enables to fulfill these costs.

Litigation finance companies or investors provide financial sources to the plaintiffs evaluating the potential income of the lawsuit. These sources can be utilized to pay attorney fees, cost and all other lawsuit expenses.

The summary of our thesis addresses the topic of "litigation funding," which has gained importance especially in cross-border transactions recently. Given the exceptionally high costs of resolving disputes through litigation and arbitration among commercial parties, this method provides individuals seeking justice with the opportunity to obtain their rights by financing these costs through third-party financial institutions. This topic is explored within the framework of comparative laws and Turkish laws.

Keywords

Litigation Finance, Legal Finance, Arbitration, Arbitration Finance, Third-Party Financing, Litigation Funding, Litigation Financing Agreement

ÖNSÖZ

Ara dönemlerde sekteye uğrasa da Roma Hukuku döneminden beri uygulanmakta olan dava finansmanı, ticaretin yerel pazarları aşır global boyuta ulaşması, sınır ötesi işlemlerin artması ile ihtilafların ve dolayısıyla bunların çözümlerinin uluslararası tahkim gibi evrensel alana taşınması neticesi günümüzün en önemli hukuki konularından biri olarak gündem olmuştur. Mesleğim gereği de karşılaşma fırsatı bulduğum dava finansmanı kurumunu bu sebeplerle incelemiş olmamın çalışmamı güncel kıldığını düşünmekteyim. Kurumsal olarak dava finansmanının Türk Hukuku'nda uygulama alanı bulması için daha uzun bir yol katedilmesi gerektiğini düşünmekle beraber çalışmamın bu konuya katkıda bulunması benim için heyecan verici olacaktır. Bu çalışmada şüphesiz doğrudan veya dolaylı birçok değerli şahsın katkısı olmuştur.

Öncelikle beni yetiştiren ve sahip olmaktan her zaman gurur duyduğum hukuk eğitimimi almamı sağlayan annem Victoria Bircanoğlu'na ve meslektaşım babam F. Erol Bircanoğlu'na minnettarım.

Hayatımı her yönüyle şekillendiren hukuk eğitimimi en etkin şekilde elde etmemi sağlayan kıymetli hocalarım Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e, Prof. Dr. Teoman Akünal'a ve Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Doktora eğitimim ile akademik serüvenime devam etmemi sağlayan değerli hocam Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a, Prof. Dr. O. Gökhan Antalya'ya, desteklerini esirgemeyen tez danışmanım Prof. Dr. Murat Topuz'a, tez izleme komitemin üyesi Prof. Dr. Fulya Erlüle'ye, meslektaşım Prof. Dr. Serdar Kale'ye ve komşuluk yapma fırsatı da bulduğum İstanbul beyefendisi Prof. Dr. Bülent Sözer'e teşekkür ederim.

Ayrı disiplinlerden de olsalar akademik başarılarıyla bana her zaman yol göstermiş ve örnek aldığım tıp alanındaki duayenler Prof. Dr. Adnan Ziyalar ve Prof. Dr. Göksel Kalaycı'ya ayrıca minnet duygularımı sunuyorum. Teorik hukuk bilgimi pratik ticari hayatta etkin bir şekilde kullanma fırsatı veren değerli abim, iş insanı, yüksek mühendis M. Şükrü İlkel'e de ayrıca teşekkür ederim.

Hayatta sahip olduğum her şeyi ve varsa naşizane başarılarımı sayelerinde elde ettiğim kıymetli ailem; sevgili eşim, yol arkadaşım Merih Bircanoğlu, çağdaş bir hukukçu olma yolunda hızla ilerleyen oğlum E. Erol Bircanoğlu ve canım kızım Ela Victoria Bircanoğlu'na sonsuz minnettarım.

Lux gentium lex.

Nişantaşı, Haziran 2024



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XII
GİRİŞ.....	1
I. Tezin Konusu ve Amacı	1
II. Konunun Sınırlandırılması	4
III. Kaynakların Değerlendirilmesi.....	5
IV. Terminoloji	7
V. Çalışma Planı.....	8
Birinci Bölüm	10
DAVA HAKKI, DAVA FİNANSMANI KAVRAMLARI VE UNSURLARI.....	10
I. DAVA HAKKI.....	10
A. Dava Hakkı Kavramı ve İlgili Unsurlar	10
1. Dava Hakkı	10
2. Hak Ehliyeti.....	12
3. Dava Ehliyeti	13
4. Gerçek Kişiler.....	14
5. Tüzel Kişiler	15
6. Alternatif Dava Yolları.....	17
B. Dava Hakkının Tarihsel Gelişimi	18
1. Genel.....	18
2. Roma Hukuku’nda Dava Hakkı	20
3. Anglo-Sakson Hukuku’nda Dava Hakkının Tarihsel Gelişimi	21
C. Dava Hakkının Kullanımına Bağlı Masraflar.....	23
II. DAVA FİNANSMANI	25
A. Dava Finansmanı Kavramı	25
B. Dava Finansmanının Tarihsel Gelişimi	28
C. Dava Finansmanında Kişiler ve Kurumlar	30
1. Davacı.....	30
2. Davalı	32
3. Avukatlar	33
4. Tek-Seferlik ve Münferit Finansörler.....	35
5. Yatırım Fonları	36
6. Halka Açık Kuruluşlar.....	36

7. Devlet Dava Yardımı (Adli Yardım).....	37
8. Yardım Kuruluşları.....	38
III. DAVA FİNANSMANI SÖZLEŞMESİ	39
A. Sözleşme Öncesi Müzakereler ve İnceleme (due diligence).....	39
B. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları	41
C. Sözleşmenin Niteliği	44
D. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Sözleşmenin İçeriği ve Uygulanması	46
1. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	46
2. Sözleşmenin İçeriği ve Uygulanması	48
a. Sözleşmenin İçeriği	48
b. Sözleşmenin Uygulanması	49
E. Sözleşmenin Sona Ermesi	50
F. Dava Finansmanı ile Benzer Kurumların Genel Mukayesesi	51
1. Alacağın Devri.....	51
2. Borcun Üstlenilmesi	52
3. Dava Konusunun Devri	53
4. Sözleşmenin Devri.....	53
5. Kredi Sözleşmeleri	54
6. Sigorta Sözleşmeleri	54
7. Başarıya Bağlı - “Contingency fee” Anlaşması	55
IV. TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN DAVA FİNANSMANINA ETKİSİ	56
A. Blok Zincir.....	56
B. Token Halka Arzı	58
C. Türkiye’de Durum	59
1. Genel.....	59
2. Duyuru	59
D. Riskler.....	59
E. Düzenleme	60
İkinci Bölüm	61
MUKAYESELİ HUKUKTA DAVA FİNANSMANI UYGULAMALARI	61
I. TEAMÜL HUKUKU	61
A. ABD.....	61
B. İngiltere.....	64
C. Avustralya.....	69
II. KARA AVRUPASI.....	71
A. Almanya	71
B. İsviçre	74

C. Hollanda	76
D. Avrupa Birliği.....	79
III. DAVA FİNANSMANINA İLİŞKİN SORUNLAR.....	80
A. Dava Konusundan Pay Alma Yasağı	80
B. Gizlilik Meselesi.....	82
C. Etik Sorunlar.....	84
1. Genel.....	84
2. Kontrol ve Bağımsızlık.....	85
3. Aşırı Maliyetler ve Faiz Oranları	85
4. Uzun Süreli Davalar İçin Teşvikler	86
5. Uzlaşma Dinamikleri Üzerindeki Etki	86
6. Düzenleme ve Şeffaflık Eksikliği.....	86
7. Adalet Erişimine İlişkin Endişeler.....	86
IV. TAHKİM VE TAHKİMDE DAVA FİNANSMANI UYGULAMASI.....	87
A. Tahkim ve Tahkimde Dava Finansmanı Uygulaması	87
1. Başlıca Tahkim Türleri.....	87
a. ICC	87
b. ICSID.....	88
c. LCIA.....	90
d. Ad Hoc Tahkim	91
e. UNCITRAL Milletlerarası Tahkim Kuralları	92
f. Türk Hukuku'nda Tahkim	93
2. Tahkimde Dava Finansmanı Uygulaması	94
3. Tahkim Kurumları Nezdinde Uygulamalar	98
a. ICC	98
b. ICSID.....	100
c. LCIA.....	101
d. UNCITRAL Kuralları.....	102
e. Diğer Tahkim Kurumları	103
f. Türk Hukuku	105
B. Tahkimde Dava Finansmanı Sorunları	105
1. Dava Konusundan Pay Alma Yasağı	105
2. Tahkimin Gizliliğinin Etkilenmesi	106
3. Finansörün Tahkimin Kontrolünü Ele Geçirmesi	108
Üçüncü Bölüm.....	109
TÜRK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DAVA FİNANSMANI UYGULAMALARI.....	109
I. DAVA FİNANSMANINA KONU OLABİLECEK DAVA MASRAFLARI.....	109

A. Harçlar	109
B. Yargılama Giderleri.....	112
C. Avukatlık Ücretleri	113
D. Uzman Görüşlerine İlişkin Ücretler	113
II. DAVA FİNANSMANI İLE ADLİ YARDIM KURUMUNUN MUKAYESESİ	114
A. Adli Yardım Tanımı ve Mevzuat	114
B. Adli Yardıma İlişkin Koşullar	117
C. Adli Yardımın Kapsamı	118
D. Adli Yardımın Dava Finansmanı ile Benzerlikleri ve Farkları	119
III. AVUKATLIK SÖZLEŞMELERİ VE DAVA FİNANSMANI	121
A. Avukatlık Ücretlerinin Finansmanı	121
B. Hasılı Davaya İştirak Yasağı	124
C. Avukatlık Sözleşmesi ile Dava Finansmanı İlişkisi	126
IV. TÜRK MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE DAVA FİNANSMANININ GÖRÜNÜMÜ.....	126
A. HMK Çerçevesinde Dava Finansmanı	126
1. Taraflar	126
2. Dava Konusunun Devri	127
3. Davaya Takip Yetkisi, Duruşmalara Katılma, Belge ve Bilgi Edinme	129
B. TBK Çerçevesinde Dava Finansmanı ve Diğer Kurumlarla Mukayesesi	130
1. Türk Hukuku'nda Sözleşme Serbestisi	130
2. Alacağın Devri.....	133
3. Borcun Üstlenilmesi	135
4. Sözleşmenin Devri.....	136
5. Tüketim Ödücü Sözleşmesi.....	138
6. Usulsüz Tevdi	139
7. Adi Ortaklık.....	139
8. Türk Hukuku Çerçevesinde Dava Finansmanı Sözleşmesi Akdedilmesi	142
C. Türk Tahkim Hukuku ve Dava Finansmanı	143
1. Genel Hükümler	143
2. MTK Düzenlemeleri.....	145
3. Özel Tahkim Kurumları	148
4. Özel Tahkim Kurumlarına ilişkin Kurallar	149
a. TBB Tahkim Merkezi	149
b. ISTAC	151
c. İTOTAM	154

D. Krediler, Faktoring, Finansman, Tasarruf Finansmanı ve Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri ve Dava Finansmanı Mukayesesi	156
1. Kredi Sözleşmeleri	156
2. Faktoring Sözleşmeleri	157
3. Finansman Sözleşmeleri	158
4. Tasarruf Finansmanı Sözleşmeleri	159
5. Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri	160
E. Türk İflas Hukuku'nda Dava Finansmanının Uygulanabilirliği	161
SONUÇ.....	167
KAYNAKÇA	174
EK (Dava Finansmanına ilişkin AB Direktifi Açıklamaları)	183



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association
	: Amerikan Baro Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
	European Convention on Human Rights
ALF	: Association of Litigation Funders of England and Wales
	İngiltere ve Galler Dava Finansörleri Birliği
BCDR	: Bahrain Chamber for Dispute Resolution
	Bahrain İhtilaf Çözüm Odası
BGFA	: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte
	Alman Avukatlara Yönelik Federal Hareket Özgürlüğü Kanunu
BIT	: Bileteral Investment Treaty
	İki Taraflı Yatırım Anlaşması
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CCBE	: The Council of Bars and Law Societies of Europe
	Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi
CFR	: Charter of Fundamental Rights of the European Union
	Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
DIS	: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
	Alman Tahkim Enstitüsü
DIAC	: Dubai International Arbitration Centre
	Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi
DTA	: Dava Token Arzı
EUR	: Avrupa Para Birimi – Euro
FKFFŞK	: Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman
	Şirketleri Kanunu
GBP	: İngiliz Para Birimi - Sterlin
HArçK	: Harçlar Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HKIAC	: Hong Kong International Arbitration Centre
	Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association
	Uluslararası Baro Birliği
ICC	: International Chamber of Commerce
	Uluslararası Ticaret Odası International
ICO	: Initial Coin Offer
	Dijital Varlık (Token) Satışı
ICSID:	: International Center for Settlement of Investment Disputes
	Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İİMY	: İflas İdare Memurluğu Yönetmeliği

ISTAC:	: İstanbul Tahkim Merkezi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İTOTAM	: İTO Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi
K.	: Karar
LCIA	: London Court of International Arbitration Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
sf.	: Sayfa
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce Stockholm Ticaret Odası
SIAC	: Singapore International Arbitration Centre Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd.	: ve devamı
VIAC	: Vienna International Arbitration Center Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi

GİRİŞ

I. TEZİN KONUSU VE AMACI

Dava finansmanı, özetle bir davanın maliyetini karşılamak için dışarıdan kaynak sağlama sürecidir. Bir dava süreci genellikle dava harçları, avukatlık ücretleri, hukuki belgeleme, uzman tanık ifadesi ve mahkeme masrafları gibi çeşitli maliyetleri beraberinde getirmektedir. Bazı durumlarda, davayı açan kişi maddi kaynaklara sahip olmayabilir veya bu dava maliyetlerini karşılamakta zorlanabilir.

Dava finansmanı, bu tür durumlarda finansal destek sağlamak için bir seçenek olmaktadır. Dava finansmanı şirketleri veya yatırımcılar, davanın potansiyel getirisini değerlendirerek dava açan kişiye mali kaynak sağlarlar. Bu kaynaklar, avukat ücretlerini, masrafları ve diğer dava maliyetlerini karşılamak için kullanılabilir.

Dava finansmanı kurumları genellikle davanın sonucuna bağlı olarak bir kazanç elde etmek üzere anlaşma yaparlar. Bu anlaşmaya göre, dava sonunda menfaat elde edildiğinde dava finansmanı şirketi belirli bir yüzde oranında bu menfaatten geri ödeme alır. Ancak, dava kaybedilirse dava finansmanı şirketinin kaybı genellikle karşılanmaz.

Dava finansmanı, maddi kaynaklara erişimi olmayan kişilerin adalet arayışında bulunmalarına yardımcı olabilir. Ancak, her dava finansmanı şirketinin farklı koşulları ve gereksinimleri olabilir, bu nedenle dava finansmanı arayışında olan kişilerin bu şirketlerle çalışmadan önce anlaşmanın detaylarını dikkatlice incelemeleri önemlidir.

Tezimizin özeti, son günlerde özellikle sınır ötesi işlemlerde önem arz eden, ticari taraflar arasındaki ihtilafların dava ve tahkim yolu ile çözümünün maliyetlerinin fevkalade yüksek olması karşısında bu maliyetlerin üçüncü şahıs finans kurumları tarafından karşılanması suretiyle ihtilafın çözümünde hak arayan fakat bu hak aramanın maliyetlerine katlanamayacak şahıslara finansman sağlanması yöntemiyle haklarını elde etme fırsatı veren “dava finansmanı” konusunun işlenmesidir.

Dava finansmanı, başka bir tanımla, dava veya ihtilaf ile ilgisi olmayan bir üçüncü şahsın davacının katlanması gereken dava maliyetlerini (harçlar, avukatlık ücretleri vs.) üstlenerek, bu üstlenme karşılığında dava neticesi elde edilecek menfaatin bir kısmını elde etmesidir. En

yaygın uygulamada, tarafların fon sağlamak için yüksek avukatlık ücretini ödemesi karşılığında, dava biçimindeki yatırımlarından bir getiri elde etmesidir.¹

Tezimizin amacı yukarıda özetle açıklanan dava finansmanı konusundaki sınırlı kaynakların irdelenerek konu ile ilgili konsantre ve detaylı bir çalışma ortaya koymaktır.

Teknolojinin ilerlemesi, uluslararası ticaret hacminin dünya nüfusu ile beraber artması neticesi dünya ülkeleri adeta birbirlerine yaklaşmakta ve yerel düzeydeki ticaret, global alana yayılmaktadır. Bunun neticesi ihtilafların çözümü konusu yerel sınırları aşmış ve uluslararası yargı mercilerinin gelişmesine sebep olmuştur.

Günümüzde, globalleşme çerçevesinde önem kazanan uluslararası ihtilaf çözüm yolları ve bunlara erişimin maliyetli olması karşısında ortaya çıkmış bir yöntem olan dava finansmanı konusunun irdelenmesi ve özellikle dava finansmanı konusunun ulusal hukukta uygulanabilirliğinin araştırılması önem arz ettiğinden tezimizde bu konulara ayrıca değinilmiştir. Bu globalleşme sürecinde uluslararası ticari ilişkilerin artması, ihtilafların alternatif çözümlerinin gelişmesi, sınır ötesi işlemler, ihtilafların halli ile ilgili resmi ücretlerin ve vekalet ücretlerinin yüksekliği, ihtilafların çözümüne dahil olan hukuk karakterlerinin niteliği ve genel anlamda ihtilafların halline yönelik maliyetlerin artması ve bunların zaman zaman hakkını arayan şahıslar için katlanamaz olması karşısında davaların finansmanı ayrıca önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, önemli olduğu düşünülen bu konunun irdelenmesinin de hukuk ve ticari hayat açısından önemli olduğu düşünülmektedir.

Tezin araştırma sorularına, yüksek maliyetler karşısında hakkını arayamayacak olan şahısların (özellikle tüzel kişiliğe haiz olan ticaret şirketlerinin) bu maliyetleri ihtilafın çözümü öncesinde üçüncü şahıslardan tedarik edip edemeyecekleri, böyle bir tedarikin mümkün olması durumunda bunun şartları ve bu şartların yerleşik hukuk nezdinde geçerliliği olup olmadığı konularında tez incelemesinde cevap aranmıştır. Gerçekten de günümüzde sürekli artan maliyetler neticesi hukuki düzende hakkı korunan şahısların bu korunan haklarını arayamama ve bunun neticesi adaletin tecelli edememesi problemi ile karşı karşıya kalınmaktadır. İhtilafların çözümü alanında artan mesai, sürece dahil olan kişilerin (örneğin hakemler) çoğalması, ülkeler arası süreçler, artan global enflasyon gibi hususlar karşısında problemin

¹ Rowles-Davies, N., Cousins J. (Consultant Editor) (2014), *Third Party Litigation Funding*, Oxford: Oxford University Press, sf. 4.

özümü maliyetlerin düşürölmesi değil de maliyetlerin bir şekilde finansmanı ve fonlanması gibi özümlemler yolu ile aşılabileceği öngörülmektedir.

Dava finansmanı konusu ile beraber, kişilerin sahip oldukları dava hakkı, hak ehliyeti ve bunların gelişimi konuya uygun düştüğü ölçüde tezimizde ayrıca ele alınmıştır. Bununla birlikte, yine konuya uygun düştüğü ölçüde, Kara Avrupası'nı etkisi altına alan Roma Hukuku'nda dava hakkı ve dava masrafları gibi kavramlar da ele alınmıştır. Tezimizde ayrıca, mukayeseli hukukta dava hakkı ve bununla birlikte dava finansmanının tarihsel gelişimine değinilmiştir.

Gelişen hukuk neticesi bugün artık çoğu ölkede dava finansmanı yöntemiyle özellikle dava ile ilgisiz üçüncü şahıs ile birlikte avukatların da dava masraflarını üstlenmeyi belli şartlarda kabul edebileceği prensip olarak kabul edilmektedir. Bunun "hasılı davaya iştirak yasağı" gibi istisnaları bulunmakla beraber bunlar da tez konusunun inceleme alanlarını oluşturmuştur.

Dava finansmanı beraberinde bazı sorunlar da getirmektedir. Dava finansörlerinin yüksek kar iştahının dava sürecini etkilemesi, özellikle finansörün getirdiği kaynağı semereleri ile birlikte kısa zamanda geri alma arzusu neticesi olağan şartlarda davacının yapmak istemeyeceği bir sulh anlaşmasına davacıyı zorlaması veya bunun tersine süreci uzatması, dava finansmanının ağır maliyetleri neticesi davacının etkin bir menfaat sağlayamaması literatürde ana sorunlar olarak belirlenmiş olup bu konularda diğer sorunlar ile birlikte tez konusunun araştırması içerisinde irdelenmiştir. Dava finansmanı neticesi, usul ekonomisine aykırı olarak Teamöl Hukuku'nda *frivolous cases* olarak adlandırılan haksız ve mesnetsiz davaların² açılabilceği ve bunun adli sisteme zarar verebileceği gibi hususlar dava finansmanına yönelik eleştiriler içerisinde ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

Tez incelemesinin, yukarıda bahsedilen sorunlara çözüm aranması, sorunların yerel kanunlar nezdinde çözümü önerileri gibi konularda da detaylı bir çalışma içermesi öngörülmüştür.

² *Frivolous case*, Türkçe anlamıyla "mesnetsiz dava", avukatın hukuki mesnet, emsal veya hak olmadığını bilerek ve bunların eksikliğine rağmen bir davayı açması durumudur. Bu tür davalara örnek olarak: 1995'te, ABD'de bir mahkumun kendi sivil haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle kendisine, devletin tazminat ödeyeceğini umarak dava açması, 2006'da Michael Jordan'a ve Nike firmasına benzeyen bir adamın basketbol yıldızına ve Nike firmasına dava açması olayı ve yine ABD'de iki kızın evine kurabiye bırakmasının ardından yaşadığı strese bağlı bir panik ataktan kaynaklanan tıbbi faturalar için iki kıza dava açan bir kadın olayı sayılabilir. Bu konuda bkz. <https://www.injurylawcolorado.com/tort-law/frivolous-lawsuits/>, Erişim Tarihi: 18.10.2023.

Tez çalışması neticesi, sorunlara çözüm aramanın yanı sıra konu ile ilgili boşlukların, özellikle Türk Hukuku'ndaki yerinin tespiti yöntemi ile doldurulması önerileri ayrıca ortaya çıkmıştır.

Tez konusunun irdelenmesinin, konunun ülkemizde, özellikle güncel kanunlar nezdinde hukuki açıdan uygulama alanı bulması açısından bilimsel değere sahip olduğu düşünülmektedir.

Dava maliyetlerinin global enflasyon neticesi daha da artacağı öngörüldüğünden dava finansmanı konusunun uzun süre güncel kalacağı düşünülmektedir.

Konu ile ilgili kısıtlı kaynak bulunması, özellikle dava finansmanının ülkemizde gelişmemiş bir alan olması çalışmayı özgün kılmaktadır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Dava finansmanı konusu, hukuk alanında nispeten yeni bir kavram olmakla birlikte oluşum sürecinde birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Iowa Üniversitesi öğretim üyesi Profesör Maya Steinitz, dava finansmanını “*muhtemelen zamanımızın medeni hukuk alanındaki en önemli gelişmesi*” olarak tanımlamıştır.³

Konunun dava yerine nispeten tahkim süreçlerinde daha fazla ve etkin kullanılması, emsallerin yeterli sayıda olmaması ve sınırlı kaynakların varlığı sebepleriyle tez hazırlanması aşamasında konunun anlatımında sınırlılık getirilmesi zorunlu hale gelmiştir.

Ayrıca, daha yönlendirilmiş bir çalışma ve daha derinlemesine bir analiz yapmak adına da konunun sınırlandırılması yoluna gidilmiştir.

İlgili kaynakları daha kontrollü bir şekilde kullanmak, daha özellikli ve derinlemesine bir analize odaklanmak ve konunun daha detaylı incelenmesi ile konuya daha kapsamlı bir anlayış geliştirmek amacıyla da konu sınırlandırılmıştır.

Konuyu sınırlamak amacıyla tez hazırlık aşamasında özellikle, dava finansmanının gelişimi, türleri, uygulama alanları, hukuk sistemine etkisi ve konu ile ilgili meseleler

³ Steinitz, M. (2019), *Follow the Money? A Proposed Approach for Disclosure of Litigation Finance Agreements*, UC Davis Law Review, vol. 53, 1073, sf. 1075.

irdelenmiş, aynı zamanda, dava finansmanının hukuk sistemindeki olası olumsuz etkileri ve tartışmalı yönleri de ele alınmıştır.

Tartışmalı yönlerin yanı sıra, dava finansmanının taraflara sağladığı faydalar (mali rahatlama, risk paylaşımı, adalete erişim sağlama) ve olası dezavantajlar da (finansörün yüksek kar payı, kontrol kaybı, etik sorunlar) ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

III. KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapılan ön inceleme neticesi tezin araştırma konusu, yine yukarıda açıklanan sebepler neticesi literatürde önemli bir yer edinmiş ve dava finansmanının ortaya çıktığı düzen Anglo-Sakson Hukuku olmakla beraber zaman içerisinde Kara Avrupası literatüründe de yerini bulmuştur. Tez konusu olan dava finansmanının modern hukukta arka planı İngiliz Hukuku'ndaki "Davada Kar Ortaklığı" ve "İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki" doktrinine (*Champerty and Maintenance doctrine*)⁴ dayanmaktadır. İlk dönemlerde "Davada Kar Ortaklığı" ve "İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki" suç ve haksız fiil sayılırken gelişen hukuk dünyasında daha sonraları bunlar suç olmaktan çıkmış ve özellikle 1950'lerden sonra kabul edilebilir kavramlar haline gelmiştir.

Dava finansmanı ile ilgili Teamül Hukuku'na bağlı olan literatür bulunmakla birlikte kısıtlı miktarda Kara Avrupası Hukuku ile alakalı kaynakta bulunmaktadır. Mümkün olduğunca tüm literatür taranarak mukayese yöntemi ile dava finansmanın global olarak uygulanabilirliği konusu tez aşamasında irdelenmiştir.

Çalışma içeriğinde dava finansmanının ilk uygulamaları olan Teamül Hukuku incelenmiş, daha sonra Kara Avrupası Hukuku çerçevesinde gelişmiş örnekler irdelenmiştir. Konu ile ilgili kaynakların incelenmesi neticesi mukayeseli hukuk çerçevesinde dava finansmanı konusunun dava ve tahkim yönünden uygulama alanları ve bunların çeşitli ülkelerde ve özellikle ülkemizde uygulanabilirliği ayrıca dikkate alınmıştır.

⁴ Champerty ve maintenance doktrini özetle Anglo-Sakson Hukuku yargı bölgelerinde, mesnetsiz davalara engel olmayı amaçlayan doktrinlerdir. *Maintenance*, davanın teşvik edilmesi için tarafsız bir tarafın davaya karışmasıdır. Fransızca kelime türetilen Champart'tan türetilen *Champerty* doktrini ise dava ile doğal olarak ilgilenmeyen bir tarafın, davacının davayı kazanması durumunda davacının onlara dava gelirlerinin bir payını geri ödemesi koşuluyla davacıyı maddi olarak desteklemesidir. Bu konuda bkz. <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100127336i>, Erişim Tarihi: 19.10.2023.

Tez konusu irdelenirken, konunun çıkış alanları göz önüne alındığında özellikle Avustralya⁵, İngiliz ve Amerikan kaynaklarından faydalanılmıştır.

Dava finansmanı, yüksek getirisi sayesinde finansmana ihtiyacı olan kişilerin yanı sıra finansmanı sağlayacak üçüncü şahıs finansörlerin de dikkatini çekmiş ve yüksek getiriler sebebiyle dönemsel olarak bu üçüncü şahıs finansörlerin diğer yatırım araçlarına alternatif olarak kullanılmış olup tez aşamasında finansörler ile finansman talebinde bulunan kişiler arasındaki hukuki ilişkinin incelenmesi ve varılacak netice ile birlikte bu tür hukuki ilişkilerin yerel Türk Hukuku karşısında uygulanabilir alanının tespiti de tez incelemesinin konularından birini oluşturmaktadır. Bu hukuki ilişkinin tespitinde yine global hukuk nazariyesinden ve teamül hukukuna ilişkin kaynaklardan faydalanmak suretiyle hedefe ulaşmak planlanmıştır.

Dava finansmanı özellikle Avustralya ve Teamül Hukuku uygulanan diğer ülkelerde ortaya çıkmış ve literatürde ilk kaynaklar buralarda hazırlanmıştır. Bu çerçevede bu kaynakların incelenmesi önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, Teamül Hukuku (*common law*)⁶ uygulanan ülkelerde emsal kararlar adli uygulamalara temel teşkil etmekte olup bu ülkelerde hukuki araştırmaların teamül hukukuna ve adli kaynaklara dayandırılması gerekmektedir.

Bu çerçevede tez yazımı aşamasında yabancı adli kararlar incelenmiş, bununla birlikte konu ile ilgili temel teşkil edebilecek ana kaynaklar da tez hazırlığı aşamasında incelenmiştir.

Konu ile ilgili ülkemizde de sınırlı kaynaklar mevcut olup bunlar da ayrıca dikkate alınmıştır.

Konunun avukatlık mesleği ile yakından ilişkisi ve bununla birlikte yüksek getirisi sebebiyle finansman firmalarının da ilgi alanında bulunması, konuyu pratik alanda da cazip hale getirmiş ve bu sayede konu ile ilgili çeşitli görüşleri içeren makalelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

⁵ Modern formuyla dava finansmanı, Avustralya'da 1990'ların ortalarında, iflas hukukçularının şirket varlığı olarak nitelendirilen davalara finansman sağlamak için sözleşmelere girmelerine izin veren yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmıştır. Bu konuda bkz. <https://www.burfordcapital.com/eu/insights-news-events/insights-research/legal-finance-australia/>, Erişim Tarihi: 31.10.2023.

⁶ Common law, hukukta, ortak hukuk, teamül hukuku veya örf ve adet hukuku olarak bilinmekte olup, hakimler, mahkemeler ve hakem heyeti gibi benzeri yarı yargısal kurumlar tarafından oluşturulan hukuk kurallarının bütünüdür. Bu konuda bkz. <https://www.iclr.co.uk/knowledge/topics/the-english-legal-system/>, Erişim Tarihi: 31.10.2023.

Tezin oluşturulması aşamasında, kaynakların büyük çoğunluğunun basılı olarak mevcut olduğu, neredeyse tamamının elektronik ortamda mevcut olduğu tespit edilmiş olup bir kısım yurtdışı kaynaklara dijital ortamda erişilmiştir. Tez yazımı aşamasında kaynakların nazariyeye yaklaşımı ve yerel hukukta uygulanabilirliği ölçülmek suretiyle tezin oluşturulması amaçlanmaktadır.

Uluslararası ihtilaf çözümü, özellikle uluslararası tahkim konusunun giderek daha yaygın hale gelmesi dava finansmanı konusunun güncelliği ve konunun giderek daha yaygın inceleme konusu yapılması hususlarını beraberinde getirmekte olup, bu hususlarda tez yazımı süresince ulaşılabilir kaynakların artacağı ve konunun tez yazımının yazım süresince güncellenebileceği öngörülmüş ve mümkün olduğunca güncel kaynaklardan faydalanılmaya çalışılmıştır.

IV. TERMİNOLOJİ

Tez konusu, aslen bir dava veya tahkim ile ilgili masrafların ve ücretlerin davanın tarafı olan şahıs tarafından değil de bir üçüncü kişi tarafından karşılanması olup ve bu karşılama evrensel olarak çeşitli tabirlerle anılmaktadır.

Genel anlamda üçüncü kişiler tarafından davaların masraflarının ödenmesi anlamında dava tarafına kaynak sağlama “davayı finanse etmek” tabiriyle açıklanmakla birlikte uygulamada yatırım, finansman ve fonlama tabirleri kullanılmaktadır.

Dava finansmanı, üçüncü kişi bir “fonlayanın” varlığı sebebiyle doktrinde ve uygulamada “fonlama” olarak da anılmaktadır. Bir tarife göre, dava fonlaması veya üçüncü taraf finansmanı, bir davada doğrudan ilgisi olmayan bir kuruluşun, “fonlayıcının” taraflardan birinin yasal ücretlerini ödediği süreç olarak açıklanmaktadır.⁷

Bir başka tanımlamada, dava finansmanı⁸, davayla ilgisi olmayan üçüncü bir tarafın davaya dahil olan bir davacıya davadan elde edilen herhangi bir mali tahsilatın bir kısmı karşılığında sermaye sağladığı uygulama olarak tanımlanmıştır.⁹

Üçüncü kişi dava üçüncü kişi dava finansmanını ifade etmek üzere yerli ve yabancı kaynaklarda birden fazla isim kullanılmaktadır. Üçüncü kişi dava finansmanı kavramının yanı

⁷ Rowles-Davies/Cousins, sf. 4.

⁸ Ayrıca “dava fonlaması” olarak da anılmaktadır.

⁹ Bkz. “What is litigation finance?” (2023), <https://www.lexshares.com/litigation-finance-101>, Erişim Tarihi: 25.05.2023

sıra dava fonlama kavramı da genel süreci anlatmak üzere kullanılabilir. Bunun dışında fon sağlayan üçüncü kişi ile dava talep sahibi arasındaki anlaşmayı ifade etmek üzere dava finansmanı sözleşmesi, fon anlaşması, finansman anlaşması veya fon finansman sözleşmesi kavramları kullanılmaktadır¹⁰

Ayrıca, doksanlı yılların sonunda dava finansmanı alanında “yasal finansman” adı altında yeni bir alanın oluşumu ile bu tabirin kullanımı da yaygınlaşmıştır. Gerçekten de “yasal finansman”, davacılar tarafından davalarında başarı şanslarını artırmak için kullanılabilecek sermaye almak için paraya çevrilebilecek yeni bir varlık yaratmıştır.¹¹

Tez konusu işlenirken genel olarak “dava finansmanı” tabiri kullanılmakta olup, ilgili atıflarda ve kaynakların işleniş şekline uygun olarak dava ve ihtilaflar ile ilgili olarak yer yer dava fonlama, finansman ve yatırım tabirlerine de yer verilmiştir.

Terminolojide ayrıca dava finansmanı ile ilgili diğer unsurları da açıklamak gerekirse, “dava” genel anlamda tahkimi de içeren bir yargı merci önünde ihtilafların çözümü usulünü, “üçüncü şahıs finansör” dava ile ilgisi olmayan fonlayan veya finansör olan üçüncü şahısları belirtmek amacıyla kullanılmıştır.

Dava Finansmanının ortaya çıkışı, yukarıda açıkladığımız üzere Anglo-Sakson Hukuku’ndaki eski “Champerty ve Maintenance” doktrinine dayanmakta olup dava finansmanı konusu irdelenirken bu doktrin ve ilgili hususlar sıkça inceleme konusu olmaktadır. Tezimizde bu doktrine yapılan atıflarda bu yer yer orijinal İngilizce kelimeler bazen de “Davada Kar Ortaklığı” ve “İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki” şeklinde uygun bulduğumuz Türkçe tercümeler kullanılmaktadır.

V. ÇALIŞMA PLANI

Tezin oluşturulması aşamasında, dava finansmanı konusunun ortaya çıkışı bu konuda hukuk camiasında öncü olmuş ülkelerin hukuki uygulamaları, bu konudaki kanun koyucuların faaliyetleri ve ilgili adli kararlar ile teamül hukuku da ayrıca irdelenerek kuramsal bir inceleme yapılmıştır.

¹⁰ Aküzüm, U. (2021), *Dava Fonlama Kavram, Adalet Erişim, Hukuki ve Etik Sorunlar*, İstanbul: Hukuk Akademisi, sf.2.

¹¹ Volsky, M. (2013), *Investing in Justice*, New Jersey: the Legal Finance Journal, Önsöz.

Araştırma hipotezi ile genel anlamda, dava finansmanının global hukuk camiasında yeteri kadar etkin kullanılıp kullanılmadığının ve bununla birlikte yerel Türk Hukuku mevzuatı çerçevesinde uygulanabilir kılınıp kılınamayacağının tespitine ilişkin neticelere varmak hedeflenmiştir. Mevcut evrensel kaynakların incelenmesi neticesi amaç ve hedeflere varılabileceği tespit edilmiştir. Özellikle konu, Teamül Hukuku çerçevesinde bir süredir incelenmiş ve geniş kaynaklar yaratılmıştır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, dava finansmanının kökeninin Anglo-Sakson Hukuku'na¹² dayanıyor olması sebebiyle tez konusunda tüm araştırmalar Teamül Hukuku uygulanan ülkelerde mevcut kaynakların irdelenmesiyle oluşturulmuştur. Bu çerçevede özellikle Amerikan ve İngiliz mahkeme kararları incelenmiş, bu konuda yazılmış makaleler taranmış ve dava finansmanı sağlayan kurumların dijital ortamlarda oluşturduğu bilgilendirmelerden faydalanılmıştır.

Tezimizin oluşturulmasında ilk etapta konu ile ilgili kaynakların tespit edilmesi, bunlardan bir kısmının yurtdışı kütüphanelerde incelenmesi, dava finansmanı konusunda uzmanlaşmış finansman şirketlerinin yöneticileri ile muhtelif görüşmeler yapılması, örnek teşkil edecek yargı kararlarının incelenmesi ve bunların akabinde sonuca ulaşmak adına mukayeseli hukuk alanlarında inceleme yapılarak konunun Kara Avrupası'nda ve yerel hukukta uygulanabilirliğinin tespitine yönelik çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar çerçevesinde ayrıca ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

¹² Avustralya'da dava finansmanının gelişimini takip eden İngiltere'de dava finansmanı konusunun yükselişi, iki önemli yasal düzenlemenin tanıtılmasının ardından meydana geldi. İlk olarak, 1967 Ceza Kanunu, "*champerty ve maintenance*" olaylarını suç olmaktan çıkardı ve bu hukuki doktrinlerden kaynaklanan hukuki sorumluluğu ortadan kaldırdı.

Bu konuda bkz.

[https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/14?view=plain#:~:text=\(1\)No%20person%20shall%20C,before%20this%20section%20has%20effect](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/14?view=plain#:~:text=(1)No%20person%20shall%20C,before%20this%20section%20has%20effect), Erişim Tarihi: 25.05.2023.

Birinci Bölüm

DAVA HAKKI, DAVA FİNANSMANI KAVRAMLARI VE UNSURLARI

I. DAVA HAKKI

A. Dava Hakkı Kavramı ve İlgili Unsurlar

1. Dava Hakkı

"Dava hakkı" genel olarak, bir kişinin yasal olarak bir yargı mercii önünde, mahkemede veya yargı sürecinde hakkını arama, adalet talep etme ve yargı yoluna başvurma hakkını ifade etmektedir. Anayasa ve temel hak ve hürriyetler ile korunma altına alınmış bu hak, bireylerin ve tüm şahısların haklarını elde etmek, hukuki ihtilaflarını çözmek, haksızlığa uğradıklarında zararların giderilmesini talep etmek veya yasal haklarını korumak için kullanabilecekleri yasal bir araçtır. Herkes meşru yollardan faydalananarak davacı veya davalı olarak talep ve savunma haklarını kullanma hakkına sahiptir.¹³

Eski hukuk sistemlerinde ve maddi hukuk ile şekli hukuku ayırmamış¹⁴ olan Roma Usul Hukuku'nda dava hakkı sübjektif bir hakkın varlığını ve dava hakkının ancak böyle bir sübjektif hakla birlikte kullanılmasını gerektirmekte iken modern hukuk yapılarında dava hakkının kullanımı için böyle bir sübjektif hakkın varlığı veya dava hakkının sübjektif bir hakka bağlı olması beklenmemektedir.¹⁵

Dava hakkı, hukuk sistemlerinin kuruluşundan bugüne temel bir prensip olarak kabul edilmekte olup, birçok ülkenin anayasaları veya yasaları ile güvence altına alınmıştır. Bu hak, herkesin adil bir yargılanma süreci hakkına sahip olduğunu belirterek hukukun üstünlüğünün sağlanmasını amaçlamaktadır.

Dava hakkı, bireylerin hukukun üstünlüğüne dayanan bir toplumda eşitlik, adalet ve hakkaniyetin sağlanması açısından fevkalade önem arz etmektedir. Hukukun üstünlüğü

¹³ Kuru, B., Aydın, B. (2023), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, sf. 104.

¹⁴ Tamer, D. (2020), *Roma Hukuku Cilt -I-*, İstanbul: Legal Yayıncılık, sf. 109.

¹⁵ Üstündağ, S. (1992), *Medeni Yargılama Hukuku* (5. Bası), İstanbul: Yaylacık Matbaası, sf. 258.

prensibi gereği, herkes, yasalara uygun olarak yetkili merciler önünde ve mahkemelerde davasını açabilir, savunmasını yapabilir ve haklarını savunabilir.

Ancak dava hakkı, mutlak bir hak değildir ve bazı sınırlamalara tabi olabilir. Örneğin, hukuk sistemleri genellikle davanın belirli bir süre içinde açılması gerektiğini ve bazı durumlarda dava açmanın koşullarını belirleyen yasal usullerin izlenmesi gerektiği hususlarını da bünyelerinde barındırırlar. Ayrıca dava hakkı sadece başkasına zarar vermek adına kötü niyetle kullanılamaz.¹⁶ Dava, hakları ihlal edilen kimsenin tekrar tartışılmayacak ve geleceğe yönelik bir biçimde bu ihlalden devlet himayesindeki mahkemelerden korunmayı talep etmesidir.¹⁷

Özetle, dava hakkı, bir kişinin yargı sürecinde haklarını talep etmesine ve adalet aramasına olanak tanıyan ve hukuk düzenlerince koruma altına alınmış olan temel bir haktır. Bu hak, hukukun üstünlüğünü ve adaletin sağlanmasını destekleyen bir prensip olarak tüm modern hukuk sistemlerinde yer almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, kime karşı olursa olsun gerek yargı oranlarına başvurmayı gerekse yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmada bulunup tartışıp dinlenmiş olmak hakkını kullanmayı genel bir hak olarak düzenlemiştir. Böylece anayasal düzenleme ile medeni yargı arasında bir köprü kurulmuş olmakta, maddi hakkın güvencesini oluşturan dava da bir güvenceye kavuşmuş bulunmaktadır.¹⁸

Dava, düzenin hukuksallığına erişimin ana unsurlarındandır.¹⁹ Anayasal düzenlerle teminat altına alınmış olan bu hakkı etkin olarak kullanabilmek adına, “davasını finanse etmek” gibi meşru olabilecek yöntemlere, belli sınırlamalara uyulması kaydıyla, başvurulmasına tüm kanuni düzenlerde hiç şüphesiz cevaz verilmesi gerekmektedir.

Modern hukuk düzeninde maliyetlerin yüksekliği nedeniyle adalet erişimine yönelik devam eden bir sınırlamanın kabul edilmesi mümkün değildir. Bu konuda maddi durumunun yetersizliği sebebiyle dava hakkını kullanamayan kişiler için düzenlenmiş²⁰ adli yardıma

¹⁶ Kuru/Aydın, sf. 104.

¹⁷ Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku* (10. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları, sf. 285.

¹⁸ Tuluay M., (1983), *Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi*, DÜHFD, 1(1): 101-132., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214079>, sf. 119, Erişim Tarihi: 24.09.2023.

¹⁹ Tuluay, sf. 129.

²⁰ Üstündağ (1992), sf. 758.

ilişkin kurumlar bulunsa da bunların şartları²¹ ve kullanım alanının kısıtlı olması sebepleriyle dava hakkının kullanımının maddiyatının karşılanması ilişkin alternatif yöntemlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kapsamda, dava finansmanı kavramının, genel olarak adalet erişimine yanıt verdiği söylenebilecektir.²²

Ancak pek tabidir ki hakların kötüye kullanılması kanunlar tarafından koruma altına alınmamıştır. Bu bağlamda, dava hakkına erişimi üçüncü kişi finansmanı ile sağlayabilecek bir kişinin (veya bu finansmanı sağlayan üçüncü kişi) bu hakkı kötüye kullanarak kanuna aykırı bir menfaat temin etmeye kalkışması halinde şüphesiz bu fiili kanun karşısında korunmadan faydalanamayacaktır. Özellikle İngiliz Hukuku'nda davada menfaat sahibi bulunmayan üçüncü kişi finansörler tarafından dava hakkının kötüye kullanımının engellenmesi amacıyla dava finansmanının sınırlayıcı kurallar düzenlenmiştir. Bu kapsamda, dava finansmanının ilgili sınırlamalara uygun olarak uygulanması gerekmektedir. Özellikle dava finansörleri tarafından dava üzerinde belirli bir ölçü üzerinde kontrol kullanılması halinde sınırlayıcı kuralların ihlal edildiği genel olarak kabul edilmektedir.²³

2. Hak Ehliyeti

Hak, hukuken koruma altına alınmış ve bu korumadan faydalanma yetkisi tanıyan menfaat anlamını taşımaktadır.²⁴ Hak ehliyeti, bir kişinin hukuki hak ve yükümlülüklerle sahip olabilme yeteneğini ifade etmekte olup, hak ehliyeti Medeni Usul Hukukunda taraf ehliyeti halini almaktadır.²⁵ Bu kavram, bir bireyin yasalar ve toplum tarafından tanınan haklarını kullanabilme ve hukuki ilişkilere girebilme kabiliyetini açıklamaktadır. Hak ehliyetine sahip herkese dava açılabilir.

Hak ehliyet dava hakkını da kapsayan bir üst kavram olarak, kişinin temel haklara, mülkiyet haklarına, miras haklarına, sözleşme yapma yeteneğine, dava açma ve savunma hakkına, ticaret yapma hakkına ve diğer yasal haklara sahip olabilmesini ve aynı zamanda

²¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. Kısım, §B.

²² Sweify, M. (2020), *Third Party Funding: A New Perspective of Access to Justice*, Just Resolutions Newsletter, USA, American Bar Association, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/just-resolutions/february-2021/sweify-tpf-access-to-justice.pdf>, sf. 2, Erişim Tarihi: 24.09.2020.

²³ Aküzüm, sf. 98.

²⁴ Oğuzman K., Barlas, N. (2023), *Medeni Hukuk* (29. Bası), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, sf. 135

²⁵ Helvacı, S., Erlüle F. (2023), *Medeni Hukuk* (9. Bası), İstanbul: Legal Yayıncılık, sf. 63.

bireyin yasalar ve toplum tarafından belirlenen yükümlülükleri yerine getirme sorumluluğunu içermektedir.

Hak ehliyeti, bir kişinin yasal olarak tanınan hakları ve yükümlülükleri kullanabilme yeteneğine dayanır. Ancak istisnai durumlarda, mahkeme kararları veya yasalarla hak ehliyeti sınırlanabilir veya kısıtlanabilir.²⁶

Hak ehliyeti, hukuk sistemlerinde temel bir kavram olarak var olmakta olup kişilerin yasal haklarını kullanma ve yükümlülüklerini yerine getirme yeteneğini tanımaktadır. Bu kavram, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir rol oynamakta ve bireylere hukuki korunma, adalet ve eşitlik sağlanmasını amaçlamaktadır.

Hak ehliyetine herkes, hiçbir ayırım yapılmadan eşit olarak sahiptir.²⁷ Kişiler önceden hak ehliyetinin vazgeçemez. Ancak kişilerin doğmuş bir hakkını kullanmayacağını taahhüt etmesi ya da ondan feragat etmesine bir engel yoktur çünkü bu hak ehliyetinin feragat olmayıp bir hakkın kullanılmasından vazgeçmedir.²⁸ Aynı şekilde kişinin baştan itibaren mahkemeye başvurma yükü altına girmesi de kanunen geçersizdir.²⁹

Dava finansmanı konusu, bir hak olan dava hakkı ile özdeşleşmiş bulunduğundan dava finansmanı uygulamasında kişinin hak ehliyetine sahip olması şüphesiz olarak gereklilik arz etmektedir.

3. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, davaları yürütebilmek, bunlarla ilgili usul işlemleri tek başına yapabilmek³⁰ için gerekli olup, bunun sınırı medeni hakları kullanma ehliyetiyle bağlı olarak belirlenmektedir.

Fiil ehliyetine sahip olanların doğrudan sahip olduğu dava ehliyeti³¹, sınırlı fiil ehliyetine sahip olanlar için mevcut değildir. Gerçekten, sınırlı fiil ehliyetine sahip olanlar dava ehliyetini ancak kanuni temsilcileri vasıtasıyla kullanabilme olanağına sahiptirler.³²

²⁶ Helvacı/Erlüle, sf. 64.

²⁷ Ögüz, T., Dural M. (2004), *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, sf. 38.

²⁸ Ögüz/Dural, sf. 136.

²⁹ Ögüz/Dural, sf. 137.

³⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2011), sf. 203.

³¹ Kuru/Aydın, sf. 115.

³² Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2011), sf. 203.

Sınırlı dava ehliyetine sahip olmanın bazı istisnai halleri olup³³ bu istisnai durumlarda sınırlı ehliyetliler tek başlarına dava ehliyetine sahipmişçesine davaları takip etme yetkisine haizdirler.

Kural olarak temyiz kudretinden yoksun olan kişilerin medeni hakları kullanma ehliyeti mevcut olmadığından dava ehliyetleri de yoktur.³⁴

4. Gerçek Kişiler

Gerçek kişiler, insan bireylerini ifade eden ve hukuki haklara sahip olan varlıklardır. Hak ehliyeti, gerçek kişilerin yasalar ve toplum tarafından tanınan haklara sahip olabilme yeteneğini ifade etmektedir.

Bir kişinin hak ehliyeti, doğum anından itibaren başlar ve ölümle son bulur. Bu süreçte, bireyin gerçek kişiliği boyunca çeşitli haklara sahip olması beklenmekte ve bunlar yasalar tarafından korunmaktadır.

Gerçek kişilerin hak ehliyeti, bir dizi temel hak ve özgürlüğü içerir. Bunlar arasında yaşama hakkı, özel ve aile hayatının gizliliği, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı, adil yargılanma hakkı, seyahat özgürlüğü gibi haklar bulunur. Bu haklar, bir bireyin temel insan hakları olarak kabul edilir ve genellikle anayasalar veya insan hakları sözleşmeleri gibi yasal belgelerle koruma altına alınmıştır.

Ancak, hak ehliyeti bazı durumlarda sınırlandırılabilir veya kısıtlanabilir. Örneğin, bir kişi akıl sağlığı yerinde değilse veya ciddi bir suç işlemişse, hak ehliyeti belirli ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca, mahkeme kararları veya yasal düzenlemelerle hak ehliyeti kısıtlanabilir.

Gerçek kişilerin hak ehliyeti, hukukun üstünlüğünü ve adil bir toplum düzenini sağlamak amacıyla temel bir prensip olarak kabul edilmektedir. Bu prensip, bireylerin yasal haklarını kullanabilmesini, hukuki ilişkilere girebilmesini ve yargıya başvurabilmesini sağlar.

Türk Anayasası'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren

³³ Kuru/Aydın, sf. 115.

³⁴ Kuru/Aydın, sf. 116.

güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkanının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz.³⁵

Üçüncü şahıs dava finansörleri, bir davayı finanse etmeye karar verirken genel olarak üç belirli unsura bakmaktadırlar. Bunlar, gerçekten başarılı bir sonuç gösteren bir dava olup olmaması, yargılama giderlerinin elde edilecek muhtemel tazminat (menfaat) miktarıyla uygun orantıda olup olmadığı ve davalının muhtemel tazminatları ödeyip ödeyemeyeceği unsurlarıdır.³⁶ Bu unsurlar göz önüne alındığında dava finansmanın genellikle sadece yüksek miktartlı dava neticeleri içeren ticari anlaşmazlıklarda uygulama alanı bulduğu ve gerçek kişilerin çok fazla dava finansmanına konu olmadığı neticesi çıkarılabilecektir.

Bununla birlikte, ABD’de gerçek kişilere ilişkin haksız fiil davaları, diğer ülkelerden daha yaygın bir şekilde görülmekte olup bu davalar, eyalet mahkemelerinde görülen medeni davaların büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Amerikalılar her yıl bir milyondan fazla haksız fiil davası açmaktadırlar. ABD’de haksız fiil hukuku, ihmal, kaza ve kişisel yaralanmanın sonucu olarak meydana gelen zararların sorumluluğunu paylaşdırmak için kullanılan bir hukuk alanını kapsamaktadır.³⁷ En üst sınırdan verilen tazminat kararları oldukça yüklü olabilmektedir.³⁸ Bu çerçevede dava finansmanı ABD’de gerçek kişiler ile dava finansörleri arasında yapılan dava finansmanı sözleşmeleri özellikle haksız fiil alanında da uygulama alanı bulmaktadır.

5. *Tüzel Kişiler*

Tüzel kişiler, kurumsal veya ticari amaçlarla oluşturulan ve yasalar önünde haklara ve yükümlülöklere sahip olan kurumsal yapılardır. Tüzel kişiler kendilerine kişilik tanınmış insan ve mal topluluklarıdır.³⁹ Tüzel kişilerin hak ehliyeti, gerçek kişilerin hak ehliyetinden farklıdır. Gerçek kişiler doğal varlıklar olduğu halde, tüzel kişiler hukuki bir kurgu olarak kabul edilir.

³⁵ Bkz. Yargıtay 10. HD., 22.2.2021 tarih, 2020/3943 E. 2021/1962 K. sayılı kararı.

³⁶ Rowles-Davies/Cousins, sf. 9.

³⁷ Volsky, sf. 44.

³⁸ Volsky, sf. 45.

³⁹ Helvacı/Erlüle, sf. 113.

Tüzel kişilerin hak ehliyeti, kuruldukları ülkenin yasaları ve düzenlemeleri tarafından belirlenir. Tüzel kişiler, yasal bir varlık olarak kabul edildikleri için yasalar tarafından tanınan haklara ve yükümlülüklerle sahip olurlar.

Hukuk düzeni gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de hukuk süjesi olarak hak ehliyetine yani hak kazanma ve borç altına girme yeteneğine sahip olduğunu kabul etmiştir. Hukuk düzeninde tüzel kişilerin hukuk süjesi olarak kabul edilmesinin iki olguya dayandığı söylenebilir. Birincisi gerçek kişilerin ömrünün sınırlı olması dolayısıyla bünyesindeki kişilerin değişmesinden etkilenmeyen tüzel kişilik insan ömrünün yeterli olmayacağı bazı amaçlara ulaşmak için elverişli bir araç teşkil etmektedir. İkincisi yine bazı ortak amaçlara ulaşmak için⁴⁰ insanların tek başlarına sahip olduklarından daha fazla güç gerekmesi sebebiyle kişiler ancak güçlerini birleştirmek suretiyle bu amaçlara ulaşabilme imkanını elde edebilmektedirler.⁴¹

Tüzel kişiler kuruldukları andan itibaren kişilik kazanırlar ve hak ehliyetine sahip olurlar. Hak ehliyetinin kazanılmasıyla birlikte hak edinebilme ve borç altına girebilme yeteneğine sahip olan tüzel kişiler bu konuda gerçek kişiler ile eşit seviyededirler⁴².

Tüzel kişilerin hak ehliyeti, kuruluş belgeleri ve ilgili yasalar tarafından belirlenen sınırlamalara tabidir. Tüzel kişilerin hak ehliyeti, genellikle vergi yükümlülükleri, yönetim ve sorumluluk düzenlemeleri, sermaye gereksinimleri ve iş faaliyetleriyle ilgili diğer düzenlemelere tabidir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, dava finansmanı genellikle ticaret şirketlerinin yer aldığı kapsamlı ve yüksek bedelli ticari anlaşmazlıklarda uygulama alanı bulduğundan tüzel kişiler özellikle dava finansmanının en önemli süjelerini oluşturmaktadırlar.

Günümüze, emeklilik fonları, üniversite fonları ve bağımız fonlar gibi tüzel kişilikler de dava finansmanının konusunu oluşturmaktadırlar.⁴³

Tüm özel hukuk tüzel kişileri dava ehliyetine de sahiptir.⁴⁴

⁴⁰ Akünel, T. (1995), *Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul: Beta Basım, sf.14.

⁴¹ Ögüz/Dural, sf. 193.

⁴² Ögüz/Dural, sf. 223.

⁴³ Friel, S. (General Editor) (2021), *the Law and Business of Litigation Finance*, London: Bloomsbury Professional, sf. 90.

⁴⁴ Kuru/Aydın, sf. 117.

6. Alternatif Dava Yolları

Dava Finansmanı konusu ele alınırken alternatif dava yollarını da irdelemek önem arz etmektedir. Dava finansmanı içeriği itibarı ile sadece konvansiyonel anlamda mahkemeler nezdindeki dava yollarında değil, prensip olarak tüm alternatif dava yollarında da evrensel olarak kullanılabilir.

Alternatif dava yolları, genel olarak geleneksel mahkemelerin dışında, hukuki anlaşmazlıkların çözümünde kullanılan diğer yöntemleri ifade eder. Bu alternatif dava yolları; daha hızlı, daha esnek, etkin maliyetli ve daha az resmi bir çözüm sağlama amacıyla kullanılan yöntemlerdir. Alternatif dava yollarına örnek olarak, arabuluculuk, uzlaşma, tahkim ve arabuluculuk-tahkim gibi melez gibi yöntemler sayılabilir.

Devlet mahkemelerinin karar verme gücünün özel kişilere devredildiği⁴⁵ bir kurum olarak tahkim, tarafların anlaşmazlığının, bağımsız bir hakem veya tahkim heyeti tarafından çözülmesine olanak veren bir yöntemdir. Tahkim, tarafların seçtiği veya anlaştığı hakemler tarafından yönetilir. Tahkim, mahkeme dışında ve daha özel bir ortamda gerçekleşir ve sonuçları bağlayıcıdır.

Antik Roma Hukuku döneminde, ihtilafa düşen tarafların çözümü örf ve adeti ve hukuku iyi bilen bir kimseye havale etmeleri tahkim sistemi olarak anılmaktaydı. İhtiyari tahkim sisteminde kendisinden hak talep edilen kimsenin de bu uzlaşma usulünü kabul etmekte çıkarı olduğundan taraflar arasında anlaşma sağlanabiliyordu.⁴⁶

Tahkim, Roma Hukuku'ndan⁴⁷ günümüze gelişen evrensel ihtiyaçlar çerçevesinde evrilme suretiyle uluslararası ihtilafların çözümünde önemli bir müessese haline gelmiştir. Roma Hukuku'nda, gönüllü ve resmi bir anlaşma (*comromissum*) ile taraflar, bir anlaşmazlığın kararını tahkim yoluna başvurarak çözebilirdi. Kararın yürürlüğe konması, tarafların karşılıklı olarak verdikleri şartlara dayanıyordu ve anlaşmanın bir parçası olarak cezalarla güçlendiriliyordu. Tahkimin avantajı, hakemin, formül prosedürüne tabi olan yargıcın aksine,

⁴⁵ Üstündağ (1992), sf. 914.

⁴⁶ Tamer, sf. 110.

⁴⁷ Roma Hukuku'nda, tahkimin hukuka dayalı olan medeni dava sistemine göre önemli avantajlara sahip olabileceği bir anlaşmazlık çözüm aracı olarak algılanmış ve bu konuya ilgi gösterilmiştir. Roma Hukuku tahkimi, usuli pozisyonların (*actor-reus / davacı-davalı*) ve iddiaların (*petitiones*) değil, tarafların çıkarlarına önem veren bir anlaşmazlık çözüm aracı olarak öncelikle kabul edildi.

bir ödöl belirleme konusunda daha fazla özgürlüğe sahip olmasıydı, çünkü yargıç her zaman formülde yer alan talimatlar ile bağlıydı.⁴⁸

Arbuluculuk-Tahkim yöntemi, arbuluculuk ve tahkim yöntemlerinin bir araya geldiği bir birleşimi içerir. Bu yöntemde, taraflar öncelikle arbuluculuk sürecine girerler, ancak arbuluculuk başarısız olursa, anlaşmazlık tahkim aşamasına geçer.

Alternatif dava yolları, taraflar arasında uzlaşma, daha hızlı çözüm, gizlilik ve daha az formalite sağlama avantajına sahiptir. Ancak, her yöntemin kendi avantajları ve dezavantajları olmakla beraber bunların uygulanabilirlikleri davanın niteliğine ve tarafların tercihlerine bağlı olarak değişebilmektedir.

Davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanı, uluslararası tahkimde giderek artarak kullanılan bir finansman tekniği olmuştur. Önceleri sadece sigorta şirketleri tarafından tahkim yargılamasının finansmanı yapılırken, daha sonraları sadece dava ve tahkim yargılamasının finansmanı için kurulan özel finansman şirketleri tarafından tahkim masrafları finansmanı yapılabilir hale gelmiştir.⁴⁹

Milletlerarası tahkimin devlet yargısına göre daha hızlı ve ekonomik olduğu düşünülmeyle beraber milletlerarası tahkim masraflı bir süreçtir. Nitekim, yapılan akademik çalışmalarda milletlerarası tahkimin en rahatsız edici özeliğinin “masraflar” olduğu tespit edilmiştir.⁵⁰ Bu sebeple dava finansmanı özellikle tahkim alanında daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.

B. Dava Hakkının Tarihsel Gelişimi

1. Genel

Dava hakkına bağlı olarak hukuki ihtilafların çözümüne ilişkin süreçlerin ve bireylerin adalet taleplerini dile getirme haklarının tarihi oldukça eskiye dayanmaktadır. İnsanlık tarihinde dava hakkı antik dönem ile başlayıp Roma Hukuku ile devam eden ve günümüzdeki değişimlerle modern hukuk evresine ulaşan bazı önemli dönüm noktalarından geçmiştir.

⁴⁸ Domingo O. R. (2017), *Civil Litigation in Roman Law An Overview*, <https://ssrn.com/abstract=2942875> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2942875>, sf. 20, Erişim Tarihi: 18.10.2023.

⁴⁹ Çalışkan, Y. (2016), *Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, sf. 645-658, sf. 646.

⁵⁰ Bkz. Baver, M.M. (2019), *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, sf. 32.

Dava hakkı kavramının temelleri, antik dönem medeniyetlerinde ortaya çıkmıştır. Mısır'da Hammurabi Yasaları ve Eski Yunan'da Atina'daki demokratik sistemde hukuki ihtilafların çözümüne yönelik mekanizmalar bulunmaktaydı.

Roma Hukuku açısından, Roma İmparatorluğu döneminde, hukuk sistemi gelişmiş ve bireylerin dava açma ve savunma hakkı güvence altına alınmıştır. Roma Hukuku, hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma prensiplerini içeren temel ilkeleri içermektedir.

Orta Çağ Avrupası'nda dava hakkı, kilisenin etkisi altında olan bir dönemden geçti. Hukuki ihtilaflar genellikle kilise mahkemeleri tarafından çözülmekteydi. Dünya hukuku ve laik mahkemelerin gelişimiyle birlikte dava hakkı da evrim geçirmiştir.

Modern hukuk sistemlerinin temelleri, yasaların yazılı hale gelmesiyle atılmıştır. İngiltere'de Magna Carta (1215)⁵¹ ve Fransa'da Napolyon Kanunları (1804)⁵² gibi belgeler, bireylerin haklarını ve yargı süreçlerini düzenleyen önemli adımlardır.

18. ve 19. yüzyıllarda, İnsan Hakları Bildirgeleri ve anayasaların kabul edilmesiyle dava hakkı daha da güçlendi. Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (1776)⁵³, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789)⁵⁴ ve Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (1948)⁵⁵ gibi belgeler, dava hakkını vurgulayan önemli metinlerdir.

⁵¹ Magna Carta Libertatum (Ortaçağ Latincesi'nde "Özgürlüklerin Büyük Fermanı"), genellikle Magna Carta olarak adlandırılan, İngiltere Kralı I. John'un 15 Haziran 1215'te Windsor yakınlarındaki Runnymede'de kabul ettiği haklarla ilgili bir kraliyet fermanıdır. Bu ferman, halkın desteğini kaybetmiş kral ile bir grup isyancı baron arasında barış sağlamayı amaçlamıştır. Ferman, kilise haklarının korunması, baronların haksız hapis cezasından korunması, hızlı ve tarafsız adalet erişimi ve krallığa yönelik feodal ödemelerin sınırlanması gibi taahhütler içermektedir. Magna Carta'nın eşsiz ve erken bir insan hakları şartı olduğuna dair yaygın bir inanç bulunmaktadır. Ancak, Victoria dönemi tarihçilerinin araştırmaları, orijinal 1215 tarihli fermanın, sıradan insanların hakları yerine ortaçağdaki hükümdar ile baronlar arasındaki ilişkiye odaklandığını göstermiştir. Ferman, 19. ve 20. yüzyıllarda neredeyse tüm içeriğinin yasal metinlerden kaldırılmasına rağmen, hala güçlü ve sembolik bir belge olarak kalmıştır.

⁵² Napolyon Kanunu (*Fransızca: Code Napoléon*), resmi olarak Fransız Sivil Kanunu, 1804'te oluşturulan ve Fransa'da halen yürürlükte olan Fransız sivil kanunudur, ancak kurulduğu tarihten beri sıkça değiştirilmiştir.

⁵³ Amerikan Bağımsızlık Bildirisi, Amerika Birleşik Devletleri'ni kuran belgedir. Belge, 4 Temmuz 1776'da kabul edilmiştir.

⁵⁴ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (*Fransızca: La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*) Fransız Devrimi'nin temelini oluşturan, 26 Ağustos 1789'da demokrasi ve özgürlük sebep gösterilerek yayımlanan temel metinlerden birisi olmuştur.

⁵⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (*İngilizce: Universal Declaration of Human Rights*), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun Haziran 1948'de hazırladığı ve birkaç değişiklik yapıldıktan sonra 10 Aralık 1948'de, BM Genel Kurulu'nun Paris'te yapılan 183. oturumunda kabul edilen 30 maddelik bildiridir. Bildirinin imzalanmasında, II. Dünya Savaşı'ndan sonra devletlerin, bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda birleşmesi de etkili olmuştur.

Günümüzde birçok ülkenin anayasaları, dava hakkını güvence altına alan hükümleri içermektedir. Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma prensipleri, dava hakkının temel unsurları olarak kabul edilmektedir.

Dava hakkının tarihsel gelişimi, hukukun evrimiyle paralel olarak ilerlemiştir. İnsanların hukuki ihtilaflarını adil ve bağımsız bir şekilde çözme talepleri, zaman içinde daha da güçlenmiş ve dünya genelinde hukukun temel bir unsuru haline gelmiştir.

Adalet, mali kaynak yetersizliğinden dolayı erişemeyen dolayısıyla birçok bildiri ve yasa ile binlerce yıldır devlet koruması altına alınmış olan dava hakkını kullanamayan davacıların bu haklara erişiminin dava finansmanı yöntemleriyle sağlanabileceği ancak bununda sınırlarının çok iyi çizilmesi gerektiği görüşü ile birlikte dava finansmanının, tüm kişilerin adalet erişim hakkını teşvik etmek için uygun bir araç olduğu düşünülmektedir.⁵⁶

2. Roma Hukuku'nda Dava Hakkı

Antik Roma'da dava açma hakkı, mahkemelere erişim ve yasal çözüm arama hakkı, Roma Hukuku'nun temel bir unsuru idi. Roma hukuk sistemi, bireylerin anlaşmazlıklarını bir yargıç önünde getirebilmeleri ve dava yoluyla çözebilmeleri için çeşitli olanaklar sunuyordu.

Roma Hukuku'nda dava açma hakkı belirli kişilerle veya sınıflarla kısıtlanmamıştı. Sosyal statüleri ne olursa olsun Roma vatandaşları, vatandaş oldukları sürece yasal işlem başlatma hakkına sahipti. Bununla birlikte, belirli nitelikler ve usul gereksinimleri karşılanmalıydı.

Roma vatandaşları, medeni ve cezai konularda dava açma seçeneğine sahipti. Medeni davalarda, özel kişiler arasındaki anlaşmazlıklar ele alınırken, ceza davaları devlete veya kamu düzenine karşı işlenen suçlarla ilgileniyordu. Roma hukuk sistemi, vatandaşların *praetor* mahkemesi⁵⁷, *centumviral* mahkeme⁵⁸ ve imparatorluk mahkemesi gibi çeşitli mahkemelere dava getirmelerine olanak sağlıyordu.

Bir hukuki eylem başlatmak için bir birey, resmi bir şikayet olan "formülü", vali veya yargıç önünde sunmak zorundaydı. Formül, belirli yasal talebi veya suçlamayı, ilgili tarafları

⁵⁶ Limosnero, K. G. (2021), *Litigation trafficking*, https://animorepository.dlsu.edu.ph/etdm_law/9, Abstract, Erişim Tarihi: 18.12.2023.

⁵⁷ Bu konuda bkz. <https://teachdemocracy.org/online-lessons//bill-of-rights-in-action/bria-17-4-b#:~:text=Around%20570%20B.C.%2C%20the%20Romans,from%20citizens%20and%20investigated%20t> hem, Erişim Tarihi: 30.11.2023.

⁵⁸ Bu konuda bkz. <https://academic.oup.com/book/32431/chapter-abstract/268755564?redirectedFrom=fulltext>, Erişim Tarihi: 30.11.2023.

ve istenen çözümü veya cezayı açıklardı. Şikayet kabul edildikten sonra, delillerin incelenmesi, tanık ifadeleri ve her iki tarafın sunacağı hukuki tartışmalar da dahil olmak üzere yasal süreç ilerlerdi.

Antik Roma vatandaşlarının dava açma hakkına sahip olmaları önemli bir husus olmakla birlikte yasal sistem daha fazla maddi kaynağa ve hukuk bilgisine sahip olanları kayırmıştır. Varlıklı vatandaşlar, etkili bir şekilde davalarını sunmak için "advocati" olarak bilinen deneyimli avukatları işe alarak avantaj elde etmişler, bu avukatlar, müvekkillerinin çıkarlarını mahkemede temsil etmiş ve davalarını güçlendirmek için çeşitli hukuki stratejiler kullanmışlardır.

Genel olarak, Roma hukukunda dava açma hakkı, vatandaşların anlaşmazlıklarını resmi yasal süreçler aracılığıyla adalet ve çözüm arama fırsatına sahip olmalarını sağlayan temel bir unsurdur.

Roma Hukuku döneminde, haklarının korunması için mahkemede savunma faaliyetini yürüten profesyonellerin yardımına ihtiyaç duyuluyordu ve bu hizmet için büyük bir miktar ödeme yapılması gerekiyordu. Bu ödemeler genellikle sıradan vatandaşların karşılayamayacağı bedeller olurdu. Bunun neticesi, antik Roma'da *calumniator*⁵⁹ olarak adlandırılan ve zengin toplumsal sınıfların temsilcileri olan kişiler işe başladılar. Bunlar ihtilaf neticesi davada elde edilecek menfaatin bir yüzdesi karşılığında, mahkemeye gitmek için gereken masrafları karşılamak suretiyle davacıları temsil etmekteydiler.

3. Anglo-Sakson Hukuku'nda Dava Hakkının Tarihsel Gelişimi

Bugün çoğu ülke, Örf ve Adet Hukuku veya Medeni Hukuk olan iki ana hukuk geleneğinden birini takip etmektedir. Örf ve Adet Hukuku veya Teamül Hukuku (*common law*) geleneği İngiltere'de ortaya çıkmış ve Orta Çağ İngiliz kolonilerinde uygulanmaya başlamıştır.

İngiliz Teamül Hukuku, Orta Çağ'da kralın değişen ve merkezileşen güçleriyle ortaya çıkmıştır. Kral tarafından oluşturulan hukuki işlemler, her biri belirli bir yanlış için belirli bir çözüm sağlayan bir dizi emir veya kraliyet emirleri olan writler (*writs*) aracılığıyla işlenmiştir. Writler sisteminin uygulanması için sık sık için doğrudan krala başvurulması gerekiyordu. Bu zorluk, yeni bir mahkeme türü olan ve eşitlik ve adalet mahkemesi olarak da bilinen

⁵⁹ Bu konuda bkz. https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Calumnia.html, Erişim Tarihi: 01.12.2023.

Şansölyenin mahkemesinin doğmasına yol açtı. Eşitlik mahkemeleri, sadece örf ve adet hukuku uygulamak yerine birçok kaynağa dayanan adalet prensiplerini uygulama yetkisine sahipti ve adil bir sonuç elde etmek için eşitlik prensiplerini uygulamaya yetkilendirildi.⁶⁰

Teamül Hukuku, İngiltere ve İngiliz sömürgelerinde gelişmiş bir hukuk sistemi olarak bilinmektedir. Bu hukuk sisteminde dava hakkının tarihsel gelişimi, genel olarak Anglo-Sakson dönemi, feodal dönem, Magna Carta dönemi, yasa mahkemeleri ve İngiliz Devrimi ve *habeas corpus* aşamalarından oluşmaktadır.

İngiltere'nin Anglo-Sakson döneminde (5. yüzyıl-1066), hukuk sistemi daha çok geleneksel ve adet hukukuna dayanmaktaydı. Dava hakkı, kişisel intikam ve örf-adetlerin uygulanmasıyla çözülmeye çalışılıyordu. Bu dönemde mahkemeler, yerel liderler veya kabile şefleri tarafından yönetilmekteydi.

1066'da Normanların İngiltere'yi istilasıyla birlikte feodal düzen kuruldu. Bu dönemde, İngiliz hukuk sistemi Norman etkisi altında şekillendi. Kraliyet mahkemeleri ve soyluların mahkemeleri ortaya çıktı. Feodal dönemde, dava hakkı daha çok yüksek statüdeki kişilere ve toprak sahiplerine tanınmıştı. Sıradan insanlar için ise daha sınırlı bir dava hakkı mevcuttu.

Kralın sınırlanması, hukukun üstünlüğü ve bazı temel hakların güvence altına alınması gibi maddeleri içeren Magna Carta, İngiltere'de Kral John'un zorunlu olarak imzaladığı bir belge olarak ortaya çıkmıştır. Bu belge, dava hakkının güçlendirilmesine ve kraliyet otoritesinin denetlenmesine katkıda bulundu.

İngiliz hukuk sistemi, zamanla daha da gelişti. Orta Çağ'da yargı sistemine yüksek mahkemeler (*Court of Common Pleas*, *Court of King's Bench*, *Court of Exchequer*) ve yasa mahkemeleri (*Court of Chancery*) eklendi. Bu mahkemeler, yargılama süreçlerini standardize etti ve dava hakkını daha yaygın hale getirdi.

İngiliz Devrimi, Habeas Corpus Yasası ve Aydınlanma Çağı'nın etkisiyle dava hakkı daha da güçlendi. 1679'da kabul edilen Habeas Corpus Yasası, kişilerin haksız tutuklanmalara karşı korunmasını sağladı ve dava hakkının güvence altına alınmasında önemli bir adım oldu. Habeas Corpus Yasası, İngiltere'de ilk kez 1679 yılında kabul edilen bir yasadır. "Habeas

⁶⁰ Bu konuda bkz. "The Common Law and Civil Law Traditions" (2017), <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>, sf.3, Erişim Tarihi: 30.11.2023.

corpus" terimi, Latince'de "bedeninizi sahip olacaksınız" anlamına gelir ve bu yasa, keyfi gözaltıları önlemek ve gözaltına alınan veya alıkonulan bir kişinin gözaltının hukuki geçerliliğini belirlemek için bir mahkemeye çıkarılmasını sağlayarak bireysel özgürlüğü korumayı amaçlar.

Anglo-Sakson Hukuku, dava hakkını güçlendiren ve geliştiren bir süreç yaşamıştır. Magna Carta, yasa mahkemeleri ve Habeas Corpus Yasası gibi belgeler ve reformlar, dava hakkının tarihsel gelişimine katkıda bulunmuştur. Bu süreçler, İngiliz hukuk sisteminin temelini oluşturmuş ve daha sonra İngiliz hukukunun etkisinde olan diğer ülkelerin hukuk sistemlerine yansımıştır.

C. Dava Hakkının Kullanımına Bağlı Masraflar

Antik Roma'da dava masrafları, davanın özel koşullarına ve yasal sürecin niteliğine bağlı olarak değişkenlik gösterirdi. Ayrıca, Roma hukuk sistemi, bireylerin dava yoluyla adalet araması için olanaklar sağlasa da hukuki bir sürece katılmak özellikle sınırlı kaynaklara sahip olanlar için maddi açıdan zorlayıcı olabilirdi.

Roma Hukuku'nda dava masrafları aşağıda sayılanlar gibi çeşitli kalemleri içermekteydi:

Hukuki Temsil: Hukuki anlaşmazlıklarda yer alan bireyler için deneyimli bir avukat veya hukuk danışmanı olan *advocatus*⁶¹ kiralamak yaygın bir uygulamaydı. *Advocatuslar*, hukuki danışmanlık sağlar, hukuki belgeler hazırlar ve müvekkillerini mahkemede temsil ederdi. Erken dönemlerde bu şahısların ücret alması yasaklanmışken daha sonra bu kural uygulanmamaya başlanmış ve bunların ücret alabilmesine müsaade edilmiştir.⁶² *Advocatusların* ücretleri, uzmanlıkları ve itibarlarına bağlı olarak değişiklik göstermekteydi.

Mahkeme Ücretleri: Bir hukuki eylem başlatmak için mahkemeye belirli ücretlerin ödenmesi gerekiyordu. Bu ücretler, davanın işlenmesi ve yasal sürecin yürütülmesiyle ilişkili idari masrafları kapsardı. Mahkeme ücretlerinin miktarı, mahkemenin türüne ve davayı niteliğine bağlı olarak değişiyordu.

⁶¹ Bu konuda bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0063:entry=advocatus-cn>, Erişim Tarihi: 01.12.2023.

⁶² Chroust, A. H. (1954), *Legal Profession in Ancient Republican Rome*, Notre Dame Law Review, Volume 30 Issue 1, 12-1-1954, <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3632&context=ndlr>, sf. 137, Erişim Tarihi: 04.01.2024.

Uzman Tanıklar: Bazı durumlarda, dava sürecinde yer alan taraflar, anlaşmazlıkla ilgili özel bilgi veya görüşler sunmak için uzman tanıkların hazır bulunmasını gerektirebilirdi. Uzman tanıkların kiralanmasıyla ilişkili ücretler, tarafların üstlenmesi gereken ek bir masraf oluştuyordu.

Seyahat ve Lojistik: Mahkemenin yeri ve dava sürecine dahil olan taraflara bağlı olarak, dava, seyahat masraflarını içerebilirdi. Bu, bireylerin ve hukuki temsilcilerinin ulaşım ve konaklama masraflarını içeriyordu.

Mahkeme Tarafından Atanan Hakemler: Bazı durumlarda mahkeme, anlaşmazlığın çözümüne yardımcı olmak için hakemler (*judex*) atayabilirdi.⁶³ Bu hakemler genellikle hukuki uzmanlığa sahip deneyimli bireylerdi ve hizmetlerine karşılık olarak ücret alırlardı. Atanmalarına ilişkin maliyetler genellikle taraflar arasında paylaşıldı.

Sonuç olarak, mahkemelere erişim ve dava açma olanağı Antik Roma toplumundaki tüm bireyler için her zaman eşit değildi. Hukuki temsil ve ilgili masrafları karşılayabilen varlıklı bireyler, hukuki sistemde seyahat etme ve davalarını etkili bir şekilde sunma avantajına sahipti.

Genel olarak, Antik Roma hukukunda dava açma hakkı mevcut olsa da dava ile ilişkili masraflar, hukuki sistem aracılığıyla adalet arayanlar için zorluklar oluşturabiliyordu.

Bu masraflar, her sıradan vatandaşın karşılayamayacağı büyük bir miktar paranın ödenmesi karşılığında gerçekleştiriliyordu. Bunun neticesi, Yunanistan'da *sykophantes*⁶⁴ ve antik Roma'da *calumniatores*⁶⁵ olarak adlandırılan kişiler işlerine başladılar. Bunlar, anlaşmazlığın sonucuna bir yüzde karşılığında kendi malı haline getiren ve mahkemeye gitmek için gerekli masrafları önceden karşılayan en zengin sosyal sınıfların temsilcileriydiler. Ancak, *sykophantes* ve *calumniatores* sıklıkla dava finansmanını kendi ekonomik veya siyasi çıkarları için kullanmışlar⁶⁶, bu nedenle, uygulamaları toplumsal olarak kabul görmemiştir. Bu kurumların kötü ünleri günümüze kadar devam etmiş, bu yüzden "sycophant" kelimesi casusla

⁶³ Chroust, sf. 110.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Sina, A (2006), Eski Yunan Yargı Sistemi, M.Ö. IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar, TBB Dergisi 2016 (123), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1567>, Dipnot (24), Erişim Tarihi: 01.03.2024.

⁶⁵ Bu konuda bkz. Rodin, M. *Maintenance by Champerty*, University of California Law Review, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiR1umDltuEAXVvQvEDHReiBGs4FBAWegQICxAB&url=https%3A%2F%2Flawcat.berkeley.edu%2Frecord%2F1108995%2Ffiles%2Ffulltext.pdf&usg=AOvVaw0vUKQ7bbZXrePiZ3nZdLG7&opi=89978449>, sf. 53, Erişim Tarihi: 01/03/2024.

⁶⁶ Sina, sf. 425.

veya başkalarının hatalarından veya anlaşmazlıklarından yararlanan biri ile eşanlı hale gelmiştir.⁶⁷

II. DAVA FİNANSMANI

A. Dava Finansmanı Kavramı

Genel olarak üçüncü şahıs tarafından başka bir kişiye yöneltilen bir talebin mahkemeler veya tahkim gibi çeşitli yargı mercileri nezdinde yürütülmesi için gerekli maliyetin üçüncü şahıs tarafından belli bir menfaat payı veya kar karşılığı temin edilmesi dava finansmanı olarak adlandırılmakta olup, bu konuda öğretide dava fonlaması⁶⁸, üçüncü şahıs dava fonlaması⁶⁹, dava finansmanı⁷⁰ ve hukuk finansmanı⁷¹ gibi çeşitli tanımlamalar kullanılmaktadır.

Dava finansmanı, dava ile ilgisi olmayan üçüncü bir tarafın, bir davanın tarafı olan davacıya, dava sonucunda elde edilen mali tazminattan bir pay karşılığında sermaye sağladığı bir uygulamadır. Doktrinde hakim olan görüş, sağlanan finansmanın bir borç değil de, sermaye olduğudur.⁷² Dava veya hukuk finansmanı, davaları çözülmeden önce davacılara sermaye sağlayarak dava veya tahkim ile ileri sürülmüş hukuki taleplerin mali değerini ortaya çıkarmaktadır. Bu finansman türü, ABD'de de yirmi yıldan fazla bir süredir var olan bir uygulama olup, giderek daha fazla yaygın hale gelmektedir. Büyük şirketler, üniversiteler ve her boyuttaki işletmeler son yıllarda hukuk finansmanından fayda sağlamışlardır.

Dava finansmanı veya üçüncü taraf hukuk finansmanı, başka bir anlatımla, bir hukuk davasında doğrudan çıkarı olmayan bir finansörün, davaya taraf olanlardan birinin ödemesi gereken avukatlık ücretlerini ve yargılama giderlerini ödemesi karşılığında, dava neticesinin değerinden pay alarak yatırımının getirisini elde ettiği bir süreçtir. En yaygın dava finansmanı biçiminde, alınan getiri, davayı kazanma başarısına bağlı olup bu getiri, davanın sonuçlarına

⁶⁷ Delex, (2021), *The Ancient Origins of Third-Party Litigation Funding*, <https://delex.legal/the-ancient-origins-of-third-party-litigation-funding/>, §4, Erişim Tarihi: 25.09.2023.

⁶⁸ Friel (2021), sf.82, Aküzüm, sf. 2.

⁶⁹ Rowles-Davies/Cousins, sf.4.

⁷⁰ Steinitz, sf. 1075, Friel (2021), sf. 82.

⁷¹ Volsky, sf. 25.

⁷² Bu konuda bkz. <https://www.financierworldwide.com/credit-or-equity-the-new-economics-of-litigation-finance-funds>, Erişim Tarihi: 12.02.2023.

bağlı olarak finansör tarafından tahsil edilmektedir. Genellikle finansörün yatırım getirisinin, önceden verilen miktarın bir katı veya bir katı ile birlikte sabit bir miktar olabileceği gibi, bu getirinin, riskle ilişkilendirilen veya bahse konu olan para miktarı veya paranın risk altında olduğu süre gibi başka ölçütler neticesi hesaplanması da söz konusu olabilmektedir.⁷³

Dava yatırımcıları tarafından sağlanan sermaye, davacıların dava esnasındaki günlük giderlerini, avukat ücretlerini, uzman tanık ücretlerini, mahkeme masraflarını ve dava ile ilgili diğer harcamalar gibi dava maliyetlerini karşılamalarına destek olmaktadır. Hukuki finans sağlayıcılarından gelen sermaye, dava içinde bulunan şirketlerin işletme giderlerini finanse etmek için de kullanılabilir olup aynı zamanda dava ile ilgili faaliyetleri finanse edebilmeleri adına doğrudan hukuk bürolarına ve avukatlara da sağlanabilmektedir.⁷⁴

Dava finansörünün getirisi davanın başarısına bağlı olacağından, finansörler başarılı olma olasılığı yüksek davalara yatırım yapmaya çalışmaktadırlar. Başarılı bir davanın sonuçlarından finansörün aldığı pay, davacıyla başlangıçta müzakere edilmektedir. Bu finansman, haklı iddialara sahip olan ve iddiasını takip etmek için mevcut kaynaklara sahip olmayan veya kaynaklarını buna bağlamak istemeyen davacılar için maliyetli olan adalet erişimini sağlayan önemli bir araç olarak görünmektedir.

Ticari dava finansmanı neredeyse her zaman, yatırımının geriye dönüşü dava neticesine bağlı olan bir anlaşma şekli olup yatırım için tek teminat, dava neticesi veya bir portföye yatırım yapıldığı durumda davalar portföyünün içeriğidir. Eğer dava olumlu bir şekilde sonuçlanmazsa, davacı dava finansörüne hiçbir şekilde borçlu olmayacaktır. Eğer talep başarılı olursa, dava finansörü genellikle davadan gelen ilk ödemeleri alacak, geriye kalan tutar ise davacı ile avukatlar arasında anlaşıldığı şekilde bölüşülecektir.⁷⁵

Dava finansmanının uygulamada daha çok uluslararası tahkim alanında kullanıldığı gözlenmektedir. Dava finansmanı, geçmişten gelen Anglo-Sakson hukuk sistemleri neticesi başlangıçta yasaklanmış bir kurum olmakla birlikte günümüzde tüm dünyada genel olarak kabul edilir hale gelmiştir. Yargı alanları bazında incelendiğinde dava finansmanı geçerliliği her ülkede ve bazı ülkelerde bölgeden bölgeye göre değişiklik göstermektedir. Tahkimde

⁷³ Rowles-Davies/Cousins, sf. 4.

⁷⁴ Volsky, sf. 25.

⁷⁵ Carminati, G. (2022), *Litigation Finance: A Modern Financial Tool for Corporate Counsel*, USA, American Bar Association, Business Law Today, <https://businesslawtoday.org/2022/12/litigation-finance-modern-financial-tool>, §5, Erişim Tarihi: 24.09.2023.

üçüncü kişi finansmanı mahkeme kararlarıyla bazı ülkelerde yasaklanmış olsa da genel olarak yerini sağlamlaştırmıştır.⁷⁶

Özellikle karmaşık yapıli sözleşmeler ve yüksek miktarlı talepler içeren uluslararası ticari ilişkilere ilişkin ihtilafların çözümünde milletlerarası tahkim çok yaygındır. Bu durumun çeşitli sebepleri olmakla birlikte, belirleyici nedenin tahkimin devlet yargısına nazaran daha gizli, tarafsız ve süratli gerçekleşeceğine dair genel bir kanı olduğu söylenebilir.

Tahkimin tarafları ticari sırlarının ifşa edilmemesini önemli görebilecekleri gibi haklarının kendi ülkeleri dışında bir yerde de korunacağına güven duymak isteyeceklerdir. Bu kapsamda yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların mahkemeler dışında tahkim yoluyla tarafsız ve hızlı şekilde çözülmesi ticari hayatta fazlasıyla tercih edilmektedir.⁷⁷

Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüme alışkanlıkları bazı ticari ilişkilerde yaygınlık kazanmıştır. Buna bağılı olarak hemen hemen tüm şirket ve işletme satın alma sözleşmeleri tahkim şartı içermektedir. Tüketici hukuku alanında tahkim anlaşması Kıta Avrupası ülkelerinde nadir şekilde ortaya çıkarken ABD'de durum daha farklıdır.

Sözleşme taraflarından birinin yurt dışında yerleşik olması halinde veya sözleşme ile ilgili başka bir yurt dışı bağlantı kurulduğu takdirde tahkim yargılamasının avantajları özellikle belirgin hale gelmektedir⁷⁸

Tahkim, mahkemelerde dava açmak gibi geleneksel yöntemlerden daha pahalıya mal olmakta olup uluslararası karmaşık tahkimlerdeki maliyet unsurları hak arayanlar için katlanılamaz hale gelebilmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası tahkimlerde özellikle hakem ücretlerinin yüksek olması, tahkim merkezlerinin kamu hizmeti yapmıyor olmaları sebebiyle ödeme güçlüğünde bulunan şahısların adli yardım kaynaklarından faydalanamıyor olması, dava finansmanın özellikle tahkimdeki önemini ön plana çıkarmaktadır. Ayrıca şirketlerin uzun sürebilecek bir tahkim sürecini finanse edebilecek kabiliyeti olmasına rağmen bu finansman yüzünden mutat işlerini yürütmede zorluğa girmesi de ayrıca dava finansmanı gerektirecek sebeplerden biri olabilmektedir.⁷⁹

⁷⁶ Aküzüm, sf. 2.

⁷⁷ Can/Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, sf. 83.

⁷⁸ Can/Tuna, sf. 85.

⁷⁹ Baver, M.M. (2021), *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, sf. 5.

B. Dava Finansmanının Tarihsel Gelişimi

Dava finansmanı, tarihsel olarak farklı bölgelerde farklı şekillerde gelişmiştir.

Antik dönemlerde, davaların finansmanı genellikle bireysel olarak gerçekleştirilmekteydi. Bireyler, kendi hukuki masraflarını karşılamak ve dava sürecinde temsil edilmek için kişisel varlıklarını kullanırlardı. Zenginler genellikle daha iyi bir savunma sağlayabilirken, daha az maddi güce sahip olan kişilerin dava açma ve savunma hakları sınırlı olabiliirdi.

Antik Yunan'da, üyelerinin dava süreçlerini desteklemek için karşılıklı yardım sağlamak amacıyla oluşturulan “kulüpler” yasal olarak faaliyet gösterebiliyordu. Ancak bu yapı dışında yukarıda belirttiğimiz üzere⁸⁰, daha etkin bir şekilde müdahale eden *sykophantes* adı verilen ücretli yabancıların faaliyetleri yasa dışıydı. Roma Hukuku, birinin hukuki konularına yabancıların müdahalesini engellemek için daha fazla koruma geliştirmişti. Ayrıca, daha zengin vatandaşların daha yoksul vatandaşlardan dava taleplerini satın almaları engellenerek ve dava haklarının daha yüksek bir statüye sahip bir yabancıya devredilmesini yasaklayarak, bu konuda bir çözüm yaratılmıştı.⁸¹

Üçüncü bir tarafın başkalarının hakkının elde edilmesini finanse etmek suretiyle, olası “zaferin” bir kısmını elde etmeye çalıştığı uygulama, Orta Çağ'a kadar sürdü. Feodal İngiltere'de, finanse edilen davada olumlu bir sonuç alınması durumunda finansöre elde edilen dava konusunun bir kısmının verilmesini atfeden ve “champerty”⁸² olarak bilinen yaygın bir olgu ortaya çıktı. Bu olgu, askeri güç ve vergilendirmeyi giderek kaybeden feodal derebeylerin, mülklerini artırmak için “champerty” ye başvurmalarının bir sonucu olarak daha fazla yayıldı. Aynı zamanda, genel olarak “maintenance”⁸³ olarak bilinen ve ihtilafların oluşmasına sebep olan bir olgu daha vardı. Orta Çağ İngilteresi'nde yabancıların yasal anlaşmazlıklara müdahalesinin reddi en yüksek gelişimine ulaştı. Anglo-Sakson Hukuku, üç suç arasında ayrım yapardı: “barratry”⁸⁴ (ihtilafı kışkırtma), “maintenance” (ihtilafı destekleme) ve “champerty” (ihtilaf neticesi elde edilecek menfaatin bir kısmını paylaşma). “Barratry,” özetle bir yabancıların anlaşmazlığı kışkırtması anlamına gelirken, “maintenance,” bir yabancıların

⁸⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I. Kısım, §C.

⁸¹ Friel/Capper/Sebok (2021), s.98.

⁸² Bkz. Dipnot 4.

⁸³ Bkz. Dipnot 4.

⁸⁴ *Barratry*, Anglo-Sakson Hukuku'nda, temelsiz davalara dava açma konusunda aşırı ısrarcı olan veya teşvik eden kişiler tarafından işlenen bir suçu tanımlayan yasal bir terimdir. Ayrıca, kar veya taciz amacıyla tekrarlayan veya sürekli dava açan kişileri de ifade eder.

anlaşmazlığı desteklemesi ve "champerty," bir yabancıнын bir davanın getirisinin bir kısmını alması anlamına gelirdi.⁸⁵

Orta Çağ'da, dava finansmanında kilise ve feodal beyliklerin gücü etkili oldu. Kilise, bazı davalara maddi destek sağlarken, feodal beylikler de dava masraflarını üstlenerek vassallarını koruma altına alırdı. Bununla birlikte, genel olarak, hukuki mücadelelerin finansmanı bireysel sorumluluk altında devam etti.⁸⁶

Yeniçağ'ın ilerleyen dönemlerinde, dava finansmanında bazı değişiklikler görüldü. Özellikle, İngiliz hukukunda, 19. yüzyıldan itibaren dava finansmanında değişimler yaşandı. Bu dönemde, uygulanmaya devam eden "champerty" yani, bir kişinin başkasının davasına maddi destek sağlamasını ve karşılığında davanın sonucunda elde edilecek kazancın bir kısmını talep etmesini içeren model resmen yasa dışı kabul edildi ve sınırlamalar getirildi.

Modern dönemde, dava finansmanı daha da çeşitlendi. Özellikle 20. yüzyıldan itibaren, hukuki maliyetlerin artmasıyla birlikte, dava finansmanı alternatifleri yaygınlaştı. Bunlar arasında avukat ücretleri için başarı temelli ücret anlaşmaları, hukuki giderleri karşılamak için sigorta poliçeleri ve üçüncü taraf finansmanı gibi yöntemler yer aldı.

Dava finansmanı günümüzde en çok Avustralya, İngiltere ve ABD'de uygulanmaktadır. Teamül Hukuku'na dayanan bu üç ülkede çoğu finansman sözleşmesi başta iç hukuk yargılamalarına odaklanmış olsa da bir endüstri haline gelen dava finansmanı dünya çapında büyüme sağlamıştır.⁸⁷

Dava finansmanının kar amacıyla kabul edilmesi, İngiltere'nin üst mahkemeleri tarafından 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarında alınan bir dizi kararla mümkün hale gelmiştir. Bu kararlar, dava finansmanının çeşitli şartlara bağlı olarak yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu şartlara göre, temel olarak, finansörün davanın etkili bir şekilde kontrolünü ele geçirmemesi şartıyla dava neticesinin bir payı karşılığında finansal ve dava yönetimi desteği sağlamasında bir sakınca yoktur. Son emsal kararlarda, finansörün adalet sürecini zayıflatmadığı veya bozmadığı sürece bir dereceye kadar davada kontrol sağlama hakkına da sahip olabileceği öngörülmektedir.⁸⁸

⁸⁵ Friel/Capper/Sebok (2021), sf.98.

⁸⁶ Delex, §5.

⁸⁷ Aküzüm, sf. 11.

⁸⁸ Friel/Capper/Sebok (2021), sf.98.

Avustralya'da üçüncü taraf dava finansmanı düzenlemeleri, genel olarak İngiltere'deki muadilleri ile benzerlik göstermektedir. Avustralya'daki düzenlemelere göre, kredi alacaklıları için borçlunun malvarlıklarının tamamına erişim mümkün iken, dava neticesi elde edilebilecek haklar da bu malvarlığına dahildir. Böyle bir durumda, borçlunun ve kredi alacaklılarının, mali faydayı, yani dava hakkını değerlendirmek için dava sürecini yürütmenin veya davanın açılmasının finansal yararını inceleme yükümlülüğü vardır. Son zamanlara kadar, dava finansmanı ile ilgili Avustralya pazarı İngiltere'dekinden daha hızlı bir şekilde büyümekte olup, İngiliz muadillerinden daha olgun bir durumdadır. Bununla birlikte, Avustralya mahkemeleri, Avustralya'daki finansörler için bir dönüm noktası olan bir dizi önemli karara yakın dönemde imza atmıştır.⁸⁹

Orta 2000'lerin öncesine kadar, ABD'deki dava finansmanı endüstrisi genellikle kişisel yaralanmalara ilişkin tazminat davaları ile sınırlı olmakla birlikte, özel ticari dava finansmanı, *Credit Suisse Securities* şirketinin 2006 yılında bir dava riski stratejileri birimi kurmasıyla ortaya çıkmıştır (bu birim daha sonra dağılmıştır). Son yıllarda, ticari dava finansmanı piyasası önemli ölçüde büyümüş ve an itibarı ile hem şirketler hem de hukuk firmaları tarafından yasal talepler ve dava hakları finanse edilmek, sermaye toplamak ve bilanço tablosundaki riski ortadan kaldırmak için bir araç olarak kullanılmaktadır. ABD'de dava finansmanı hukukunun düzenlenmesi genellikle eyaletlere bırakılmıştır. Eyalet düzeyinde, ticari dava ve tahkimde dava finansmanının kullanımı standart hale getirme eğilimi devam etmektedir. Geçmişte de dava finansmanını sınırlayan öğretileri takip eden eyaletlerde eğilim genellikle bu öğretilerin ticari finansman düzenlemelerine uygulanmasının sınırlandırılması yönündedir.⁹⁰

C. Dava Finansmanında Kişiler ve Kurumlar

1. Davacı

Yukarıda açıkladığımız üzere dava finansmanı belli bir ihtilaf çözümü sürecini veya davanın varlığını gerektirmektedir. İki taraf arasında bir ihtilafın çözümünü gerektiren davada, davacı ve davalı olmak üzere daima iki taraf vardır. Davacı veya davalı tarafta birden fazla kimse bulunabilirse de davada ikiden fazla tarafın bulunması mümkün değildir. Başka bir

⁸⁹ Rowles-Davies/Cousins, sf. 5.

⁹⁰ Whillans L. (2017), *The History And Evolution Of Litigation Finance*, [30](https://abovethelaw.com/2017/01/the-history-and-evolution-of-litigation-finance/#:~:text=Litigation%20Financing%20Develops%20in%20the,(which%20has%20since%20disbande d), §9, Erişim Tarihi: 30.11.2023.</p></div><div data-bbox=)

deyişle, hiç kimse kendine karşı dava açamayacağı için⁹¹ dava iki taraf sistemine göre kurulmuştur ve buna göre tarafların, yani davacı ve davalının farklı kişiler olması gerekir. Bir kişinin kendisine karşı dava açması mümkün değildir ve davada taraflar aynı kişi haline gelirse dava sona erer. Bir davada verilen hüküm yalnız o davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil edeceğinden taraf kavramının davada büyük önemi vardır.⁹²

Davacı, “dava açan” kişidir. Davacının dava açması ve davada yer alabilmesi için taraf ehliyetine ve dava ehliyetine ihtiyacı vardır. Taraf ehliyeti davada taraf olabilme yeteneği olup, medeni haklardan istifade etme hakkı, başka bir deyişle hak ehliyeti bulunan herkes kural olarak taraf ehliyetine sahiptir. Dava ehliyeti ise bir davayı takip edebilme ve usul işlemleri yapabilme kabiliyetidir. Dava ehliyeti, kabiliyete sahipliğe göre sınıflandırmaya tabidir. Sezgin, ergin ve kısıtlı bulunmayan herkes Türk Hukuku’na göre tam dava ehliyetine sahiptir.⁹³ Temyiz kudretinden yoksun kişilerin dava ehliyeti yoktur. Sezgin olmayıp ergin olan kişilerin istisnalar hariç olmak üzere davalarda kanuni temsilcileri tarafından temsil edilebilirler. Sezgin küçükler ve kısıtlı olanlar, kişiye sıkı olarak bağlı haklarını kullanmada temsilcilerinin rızasına muhtaç değildir. Ayrıca, sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kimse bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptir. Son olarak sezgin küçükler ve kısıtlılar tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış olan mal ve alacakları için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptir.⁹⁴

Dava finansmanı açısından tek başına dava ehliyetine istisnai olarak sahip olan kişilerin tek başlarına, üçüncü bir şahısla dava finansmanı ilişkisine girip giremeyecekleri üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Pratik uygulamada sezgin küçüğün veya vesayet altındaki bir kısıtlının kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ile ilgili davalar, dava finansmanının temel konusunun dışında kalacaktır. Ancak, bu tür şahısların, yukarıda açıkladığımız üzere meslek veya sanatla uğraşma işleri ve kendilerine bırakılmış işler ile ilgili önemli bir ihtilaf çözümü (dava veya tahkim) gerekliliği hasıl olma durumunda, bu tür ihtilafların, nazari olarak dava finansmanına konu olma ihtimalleri mevcuttur. Böyle bir durumda, kanımızca, dava finansmanı işleminin münferiden hukuki geçerlilik şartlarının incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, kendisine

⁹¹ Üstündağ (1992), sf. 263.

⁹² Kuru/Aydın, sf. 118.

⁹³ Bkz. HMK m.51.

⁹⁴ Kuru/Aydın, sf. 115.

bırakılan bir mal ile ilgili tek başına dava açma yetkisi olan bir küçük, tek başına bir “finansman sözleşmesi imzalama” yetkisi bulunmadığı takdirde böyle bir sözleşmeyi imzalayamayacak ve dolayısıyla dava finansmanına katılamayacaktır.

Tüzel kişiler, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmalarından dolayı dava ehliyetine de sahiptirler. *Ultra vires*⁹⁵ doktrini gereği, tüzel kişilerin dava finansmanı yapabilmek için, ana sözleşmelerinde buna yönelik hükümler olması, bir başka deyişle buna “gücünün” olması gerekirken, 14.02.2011 tarihinde yayınlanan güncel TTK ile şirketin işletme konusu dışında kalan işlemlerin yok hükmünde olmasına sebep olan *ultra vires* doktrini terk edilmiş ve TTK m. 125/2, anonim şirketin amaç ve işletme konusu dışında kalan işlemlerin de şirketi bağlayacağını hüküm altına almıştır. Böylece, TTK’ de öngörülen *ultra vires* ilkesi Kara Avrupası hukuk sistemine uygun bir hale gelmiştir.⁹⁶ Bu çerçevede, tüzel kişiliğe haiz ticaret şirketleri ana sözleşmelerinde bu konuda açık bir hüküm olmasa dahi dava finansmanı sözleşmeleri imzalayıp bunlara bağlı hakları edinebilecek ve borçları yüklenebileceklerdir.

2. Davalı

Daha önce açıkladığımız üzere⁹⁷ hak ehliyetine sahip herkese karşı dava açılabilir. Tezimizin konusu temel olarak davacının, dava ile ilgili finansmanı olmakla beraber, davalı tarafında dava finansmanına erişebileceği, bu konuda anlaşmalar yapabileceği genel olarak kabul edilmektedir.⁹⁸

Davalıya sağlanan finansmanın, dava riskini davalıdan finansöre kaydırarak, davalının anlaşma müzakerelerindeki konumunu iyileştirdiği, gelir tablosunu güçlendirdiğini, daha büyük rakipler veya toplu dava davacıları tarafından açılan davalara karşı koruma sağladığı düşünülmektedir.

Davalı tarafın dahil olabileceği dava finansmanı modelleri bir görüşe göre üç grupta özetlenebilecektir. Bunlar sırasıyla, dava finansmanı sağlayan tarafın, finanse ettiği bir portföyde sadece davalı tarafın yanında finansör olarak yer aldığı davalardan bir veya daha

⁹⁵ *Ultra vires* (yetkilerin ötesinde), hukukta yasal bir otorite gerektiren ancak otorite olmadan yapılan bir eylemi tanımlamak için kullanılan Latince bir deyimdir. Karşıtı, uygun otorite altında yapılan bir eylemdir ve "içinde" anlamına gelen "intra vires" olarak adlandırılır. İntra vires olan eylemler eşit olarak "geçerli" olarak adlandırılabilir ve ultra vires olanlar "geçersiz" olarak adlandırılabilir.

⁹⁶ Alper, G. (2013), *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, sf. 72.

⁹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I. Kısım, §A/2.

⁹⁸ Bayer (2021), sf. 15.

fazlasını içeren *Hibrid Portföy* modeli, daha çok aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmiş davalıların dahil olduğu davaları kapsayan ve dava finansmanı sağlayan kişinin getirisinin, davalının iş kollarının ürettiği gelir akışının bir yüzdesinden geldiği *Gelir Paylaşımı Modeli* ve dava finansmanı sağlayanın dava reddedildiği takdirde ödemeye hak kazandığı *Ters Başarı* modelidir.⁹⁹

Davalı taraf ile ilgili dava finansmanında, iki taraf (davalı ve finansör), genellikle belirli bir dava miktarı eşiğinin altında bir neticeyi başarılı bir sonuç olarak kabul ederler. Finansör daha sonra savunma maliyeti ile ilgili finansmanı taahhüt eder ve belirlenen eşik değerin altındaki bir anlaşma veya karar çıkması halinde sağladığı finansmanı belirlenen bir kar payı ile geri alır. Taraflar dava finansmanı sözleşmesi ile finansörün başarılı bir sonuç durumunda alacağı yatırım getirisi miktarında anlaşabilirler.

Sözleşme ayrıca davalının yatırım getirisini finansöre tam olarak nasıl ödeyeceğini de belirleyebilir (*örneğin, dava sonuçlandıktan sonra bir seferlik ödeme veya dönemsel ödemeler şeklinde*).

Bu hususa ayrıca örnek olarak, kendisine 50 Milyon ABD Doları miktarında bir dava açılan bir davalı, savunma maliyetini finanse eden finansörle anlaşarak, karar (veya dava sürerken sulh yolu ile yapılan sözleşme) neticesi 50 Milyon ABD Doları'nın altında herhangi bir miktar ödemekle yükümlü olursa 50 Milyon miktarı ile asıl ödeme arasındaki farkın %30'unu finansöre ödemeyi kabul edebilir. Eğer dava, sonunda 30 Milyon ABD Doları'na çözümlenirse, finansör 6 Milyon ABD Doları kazanır ve Davalı 14 Milyon ABD Doları tasarruf eder ve dava savunma masrafları için önceden para harcamaktan kaçınmış olur.¹⁰⁰

3. Avukatlar

Davaların en önemli karakterlerinden birinin avukatlar ve hukuk büroları olması sebebiyle, avukatlar ve hukuk büroları dava finansmanı yapısında fevkalade önemli roller üstlenmektedirler.

⁹⁹ Levine, J. (2022), A Primer on U.S. Defense Side Litigation Finance, <https://omnibridgeway.com/insights/blog/blog-posts/blog-details/global/2022/07/07/a-primer-on-defense-side-litigation-finance>, §6, Erişim Tarihi: 05.02.2024.

¹⁰⁰ Samra, E., *The Business of Defense: Defense-Side Litigation Financing*, University of Chicago Law Review, Vol. 83.4, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5980&context=uclrev>, sf. 2305, Erişim Tarihi: 23.09.2023.

Çoğu dava finansmanı işleminde davanın avukatları, davanın tüm paydaşları için koruyucu olarak görev yapmakta ve davanın kazanılması halinde dava neticesi elde edilen menfaati sözleşmelere uygun bir şekilde dağıtım görevini üstlenmektedirler. Bazı durumlarda, birden fazla davacıyı temsil eden hukuk firmaları, doğrudan dava finansmanının da tarafı olabilmektedir.¹⁰¹

Bir davanın veya tahkim sürecinin masrafları içerisinde çoğunlukla en önemli kalemi vekalet ücretleri oluşturmaktadır. Bu kapsamda, dava finansmanı modelindeki finansmanın önemli hedefi bu vekalet ücretleri olmaktadır. Dava finansmanı yapan taraflar genellikle finansmanın ana hedefi olan vekalet ücretleri konusunda avukatlar ve hukuk bürolarıyla doğrudan temas içerisinde bu ücretlerin ödenme şartları ve vadeleri konusunda anlaşma sağlanması yönünde pazarlıkta bulunmaktadırlar.

Avukatların ve hukuk bürolarının, dava finansmanı sürecinde diğer önem arz eden bir görevi de dava ve ilgili riskler konusunda finansörleri bilgilendirmektir. Prensip olarak finansman yapmaya niyetlenen dava finansörlerinin hukuk danışmanları davanın esas avukatından bir risk değerlendirmesi istemekte ve dava finansörleri bu risk değerlendirmesine ve bu değerlendirme üzerine kendi hukuk danışmanlarının verdiği hukuki görüşe dayanarak finansman konusunda kararlarını vermektedirler.

Avukatlar ve hukuk büroları zaman zaman kendileri de finansör konumuna girerek davacılara dava finansmanı sağlar konumda davaları takip etmektedirler. Avukatların ve hukuk büroların iş yapması tüm yargı yerlerinde çok sıkı düzenlemelere tabi olduğundan bunlar tarafından sağlanan dava finansmanının mevzuat karşısında sağlam bir uyum incelemesinden geçmesi önem arz etmektedir.

Alman Hukuku'nda, bir avukatın, üzerinde çalıştığı bir davanın finansmanını sağlayan bir dava finansörü ile işbirliğinde olması¹⁰² ve dolaylı olarak kazanılan miktarlardan pay alması hali, yasaklanmış olan “başarıya dayalı ücret” olarak kabul edilmiştir. Bunun sebebi, bir avukatın bağımsızlığının, müvekkili ile açıkça bir başarı payı üzerinde anlaşması durumunda tehlikeye girecek olmasıdır. Avukatlar, müvekkillerinin davalarının finansmanını sağlayan bir şirketle birlikte davalara katılıyorsa, bağımsızlıkları aynı şekilde tehlikeye girebilecektir. Bu

¹⁰¹ Bu konuda bkz. “Litigation Finance 101”, <https://www.lexshares.com/litigation-finance-101>.

¹⁰² Komor, D. (2023), *At a glance: regulation of litigation funding in Germany*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b4ce6f44-0875-4125-99a5->, §2, Erişim Tarihi: 08.01.2024.

kuralın ihlali veya iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde kanuna karşı hile yapılmasının hukuki sonuçları, müvekkil ve dava finansörü arasındaki dava finansman anlaşmasını, bu anlaşmanın başarıya dayalı ücret anlaşmaları yasağının bir türü olarak kabul edilmesi sebebiyle geçersiz kılınmasıdır. Ancak, Federal Mahkemesi 2014 yılında verdiği bir kararda, avukat ile müvekkil arasındaki ücret anlaşmasının, başarı ücretine hak kazandıracak şartların gerçekleşmemesi durumunda bile geçerli kalacağına ve bu durumda avukatın yalnızca yasal ücret miktarına kadar ücret talep edebileceğine hükmetmiştir.¹⁰³

Dava finansmanı ile avukatların ilişkisi zamanla değişik bir boyut kazanmıştır. Önceleri, dava finansmanı münferiden davacılara odaklanmış olsa da son dönemdeki gelişmeler çerçevesinde yenilenmekte ve evrilmektedir. Bu evrilmenin en önemli aşamalarından biri de avukatların ve hukuk bürolarına finansman sağlanmasıdır. Dava finansmanı kuruluşları artık avukatların ve hukuk bürolarının yönetim giderlerini, işletme sermayelerini ve belirli dava maliyetlerini karşılamak adına finansman sağlamaya başlamıştır. Bu stratejik finansman, avukatların ve hukuk bürolarının daha fazla dava üstlenmesini, pazarlama ve iş geliştirmeye yatırım yapmasını ve daha yüksek değerli davalara başa çıkmasını sağlamaktadır.

4. Tek-Seferlik ve Münferit Finansörler

Dava finansmanı endüstrisinin erken yıllarında, tek seferlik finansörler oldukça yaygın olarak kullanılmıştır. Temel dava finansmanı senaryosunun birçok örneği olmakla birlikte, davacının başarılı olması durumunda önemli bir miktar para talep edilebilecek ihtimali olması neticesinde tek seferlik dava finansörleri ortaya çıkmıştır. Bu tür finansman yönteminde, genellikle bir kredi veren banka veya finansal kurumu olan bir finansör asıl iştilal konusu bu değilken yüksek getiri iştahıyla tek seferlik dava finansmanı sağlamak suretiyle getiri elde edebilmektedir. Bu yöntem, şu anda gerçekleşen çoğu dava finansmanının kökenini oluşturmaktadır. Bu tür finansmanlar, işlemlerin tek seferlik doğası nedeniyle düzenli bir finansman modeli oluşturulamamasından dolayı İngiltere finans dünyasında çok kullanılmamaktadır.

Tek seferlik bir finansör kullanmanın dezavantajlarından biri, genellikle finansmanın maliyetinin yüksek olmasıdır. Bir finansör, yatırımı tek seferlik olarak yapıyorsa, genellikle

¹⁰³ Bu konuda bkz. <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/2cc32347/participation-of-lawyers-in-litigation-funders>, Erişim Tarihi: 25.01.2024.

portföy davalarından elde edilecek kayıpları telafi edebilme avantajından yararlanamayacak, bu durum da yatırımın fiyatının yüksek olmasına neden olacaktır.¹⁰⁴

5. Yatırım Fonları

Dava finansmanı uygulaması başlarda uluslararası bankalar ve finans kuruluşları tarafından yürütülürken günümüzde bu alanda faaliyet gösteren kurumlar çeşitlilik göstermektedir.¹⁰⁵

Dünya genelinde ve özellikle İngiltere'de dava finansmanı piyasasının önemli oyuncularından bir kısmı yatırım fonu olarak yapılandırılmıştır. Bu durum, yatırım elde etmenin ve sermayeyi kullanmanın etkili bir yoludur.

Bu yapıda genellikle yatırım aracı denizaşırı bir hukuki bölgede bulunur ve bu bölgenin yerel yasalarına ve finansal hizmet uyum rejimine tabi olur. Dava finansmanı faaliyetini, fonun yatırım danışmanı olarak hareket eden ve esas merkezde bulunan yerel kurum yönetir.

Yatırımcılara önerilen yatırım stratejisine dayanarak, yatırım komitesinin yatırıma yönelik kararları oluşturmasıyla fonun yönetimini temsil eden dava finansmanı şirketi tarafından kararlar uygulanır ve kararlar doğrultusunda dava finansmanı sözleşmeleri akdedilir.

Bu yapının avantajı, finansörlerin yatırımcılardan ayrılmasıdır. Yatırım fonunun yönetimi, beklendiği gibi yerleşik bir hukuki düzenlemeye göre yönetilmekte olup, karar alma sürecine doğrudan yatırımcının katılımı yoktur. Gerekli olması durumunda, finansörler istedikleri dava dosyasına fon yatırımcısının kararıyla yatırım yapabilmektedirler.¹⁰⁶

6. Halka Açık Kuruluşlar

Dava finansmanı piyasasının gelişmesiyle, halka açık ve yüksek miktartlı portföyler yöneten finans şirketleri aktif olarak dava finansmanı piyasasında yer almaya başlamışlardır.

Halka açık şirketlerde, dava finansmanına yatırılan paranın bir kısmı, halka arz yoluyla hisselerin satışından edinilmektedir. Bu tür şirketlerde, halka arz sırasında hazırlanacak izahname (*prospectus*)¹⁰⁷ şirketin iş yapma şeklini kurmayı amaçladığı şekilde belirleyen

¹⁰⁴ Rowles-Davies/Cousins, sf. 90.

¹⁰⁵ Aküzüm, sf. 26.

¹⁰⁶ Rowles-Davies/Cousins, s. 96.

¹⁰⁷ Bir halka arz izahnamesi (*prospectus*), bir şirketin halka açılma sürecinde yatırımcılar için temel bilgileri ayrıntılı olarak sunan resmi bir hukuki belgedir. İzahname, şirketin iş modeli, finansal durumu, yönetim detayları ve risklerini içermekte olup, bununla muhtemel yatırımcılar için şeffaflık ve bilinçli karar alma sağlanmaktadır.

belgeleri, yönetim organizasyonunu, yatırım kriterlerini ve süreci kapsamaktadır. Buradaki en önemli husus, dava finansmanı modelinin ne şekilde öngörüldüğü, dava finansmanı sağlanacak davalarda karar verme süreci ve bununla ilgili kriterlerin şeffaflık ilkesi çerçevesinde halka açıklanması gerekmektedir.

Halka açık bir dava finansörü kullanmanın en önemli avantajı, bu tür şirketlerin halka açık olmaları sebebiyle ağır düzenlemeler ve denetimlere tabi olmalarından dolayı, şeffaf bir sermaye yapısına sahip olmalarıdır. Bu tür şirketlerdeki zorluklardan biri, karar alma sürecinde esneklik ve hız eksikliğidir. Bu tür şirketlerin dava finansmanı kararı alma süreci diğer küçük ölçekli dava finansmanı şirketlerinden daha uzun sürebilmektedir.¹⁰⁸

Şu anda dünyanın en büyük dava finansmanı sağlayan şirketlerinde biri New York ve Londra borsalarına kote olmuş bir durumda yaklaşık 15 senedir faaliyetlerini sürdürmekte olup finanse ettiği dava portföyü değeri 7 Milyar ABD Doları miktarındadır.¹⁰⁹

Diğer alanlardaki varlık yöneticileri gibi, dava finansmanı sağlayıcıları da risk ve gelir sürecinde, riski dağıtmak adına çeşitlendirilmiş bir yatırım portföyü aramaktadırlar. Bir yanda, finansörler nispeten küçük yatırımlar yapabilmekteyken, diğer yanda daha az karlı olan, başarılı olma olasılığı yüksek, nispeten düşük riskli davalara da yatırım yapabilmektedirler. Öte yandan, halka açık bir dava finansman şirketi daha az belirsiz bir sonuca sahip, ancak başarılı bir karar veya anlaşma ile büyük menfaat getirecek davalara daha büyük ve riskli yatırımlar yapabilmektedir.

7. Devlet Dava Yardımı (Adli Yardım)

Devlet dava yardımı prensip olarak tüm ülkelerde adli yardım olarak, davacının hakkını alabilmek adına gerekli masrafları maddi durumu sebebiyle üstlenemeyecek durumda olması halinde devlet tarafından sağlanan muafiyetler olarak ortaya çıkmaktadır.

Adli yardım, talepte bulunan tarafın işlemlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması hâlinde bir davanın gerektirdiği oldukça kabarık olan harç ve masrafları sağlayamaması durumunda bu mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır.¹¹⁰

¹⁰⁸ Rowles-Davies/Cousins, sf. 98.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. <https://www.burfordcapital.com>, Erişim Tarihi: 31.01.2024.

¹¹⁰ Yenipınar, F.B. (2018), *Harçlar, Yargılama-Adli Yardım*, İstanbul: Legal Yayıncılık, sf. 16.

Kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için alınan kanun hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.¹¹¹

8. Yardım Kuruluşları

ABD’de dava finansmanı pazarının 2030’da gelir bazında 25 Milyar ABD Doları’nı aşacağı beklenmektedir.¹¹²

ABD Kongresi’ne, yürütme kuruluşlarının başlarına ve kamuoyuna, hükümeti iyileştirmek adına bağımsız bilgiler sunmakla görevli, ABD Hesap Verebilirlik Ofisi’nin (*US Government Accountability Office-GAO*)¹¹³ dava finansmanı endüstrisi hakkındaki raporunda açıklandığı üzere, dava finansmanının olası bir faydası "sınırlı kaynaklara sahip davacıların davalarını açmak için ihtiyaç duydukları finansmana sahip olmalarına yardımcı olmaktır".¹¹⁴ Bu faydanın mantığı, daha fazla sermaye girişiminin daha fazla hukuk yardımı sağlaması, dolayısıyla bunun da daha fazla adalet erişiminin sağlanması olarak açıklanmıştır. Şu anda, ABD’de az sayıda ticari finansör, sermayesi 1 Milyon ABD Doları’nın altında olan davacıları finanse etme konumunda olup, çoğu ticari dava finansörü, en az 2 Milyon ABD Doları veya daha fazlasını gerektiren anlaşmazlıkları finanse etmektedir. Basit bir anlatımla, bu taahhüt eşiklerinin altındaki yatırımlardan beklenen getiriler maliyetleri karşılamamaktadır.

Bu nedenle, 1 Milyon ABD Doları’nın altında finansmana ihtiyaç duyan çoğu davacı, talepleri büyük bir değere sahip olsa veya kamuya hizmet etse bile, işlevsel olarak finansmana uygun değildir. Bunun çözümü, dava yardımı kavramı çerçevesinde, vakıflar ve ilişkili yatırımlar, *pro bono*¹¹⁵ ve ücretsiz hukuki yardım finansmanı ve dava finansmanı sağlayabilecek hukuk fakülteleri ile hukuk firması klinikleri olmak üzere üç geniş kategori etrafında gruplandırılmıştır.¹¹⁶

¹¹¹ Yenipınar (2018), sf. 17.

¹¹² Bu konudaki rapor için bkz. <https://www.custommarketinsights.com/report/litigation-funding-investment-market/>, Erişim Tarihi: 01.06.2024

¹¹³ Kurum ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://www.gao.gov>.

¹¹⁴ Bu konuda bkz. “Third Party Litigation Funding” (2022), US Government Accountability Office, <https://www.gao.gov/assets/gao-23-105210.pdf>, Erişim Tarihi: 02.02.2024.

¹¹⁵ *Pro bono*, Latince, kamu iyiliği için anlamına gelen pro bono publico sözünün kısaltması olup, profesyoneller tarafından düşük ücretle veya ücretsiz verilen hizmet anlamına gelmektedir.

¹¹⁶ Koneck, B, (2023), Law 360, New Ideas For Using Litigation Finance To Close Justice Gap, <https://www.law360.com/articles/1604591/new-ideas-for-using-litigation-finance-to-close-justice-gap>, §8, Erişim Tarihi: 06.01.2024.

III. DAVA FİNANSMANI SÖZLEŞMESİ

A. Sözleşme Öncesi Müzakereler ve İnceleme (*due diligence*)¹¹⁷

Dava finansmanı sürecini sorunsuz bir şekilde gerçekleştirmek adına, finansörler dava ile ilgili muhtemel riskleri, dava esaslarını ve dava ile ilgili belgeler ile bilgileri finansman sağlamadan önce incelemekte ve sözleşme öncesi müzakere etmektedirler. Genellikle incelemeye tabi tutulacak bilgi ve belgeler finansörün oluşturduğu çevrimiçi bir platforma davacı tarafından, imzalanacak bir gizlilik sözleşmesi neticesi yüklenmektedir. Davacı herhangi bir dava finansörü ile dava konusundaki hassas bilgileri ve belgeleri paylaşmadan önce, davacı ve finansör arasında verilen bilgilerin mahremiyetini korumak, bunların açıklanmasını engellemek ve iş ürünü korumalarını sağlamak için gizlilik anlaşması imzalamaktadır.

Sözleşme müzakereleri sırasında tarafların kusurlu davranışlarından sorumluluk halleri çeşitli görüşlerle açıklanmaktadır. Bir fikre göre sözleşme öncesi kusurlu davranışların haksız fiil esaslarına göre çözümlenmesi gerekirken başka bir görüşe göre bunların sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁸ İsviçre Federal mahkemesi son dönemde kararlarını değiştirerek bu tür sorumlulukların haksız fiil zamanaşımı hükümlerine tabi olacağını belirtmiştir.¹¹⁹

Davacı tarafın sağladığı belgeler, finansörün ekibi tarafından inceledikten sonra, finansör, davacının hukuk ekibiyle sorumluluk ve zarar konularını derinlemesine tartışmak için görüşmeler yaparak finansman konusunda karar vermektedir.

Dava finansmanı konusundaki inceleme genellikle anlaşmazlığın ticari olup olmadığı, davanın yerel mahkemelerde mi, yoksa uluslararası olan bir tahkim merkezinde mi açılacağı, dava avukatının atanmış olup olmadığı, hukuki konuların analiz edilip edilmediği, patent konularında birden fazla patentten gelen iddia olup olmadığı, yatırımcı-devlet tahkim

¹¹⁷ İnceleme (*due diligence*), herhangi bir işlemi yapmadan önce bilgi toplama ve analiz etme süreci veya çabasını ifade etmektedir. Bu inceleme neticesi, bir taraf, muhtemel riskleri analiz ederek herhangi bir işleme girip girmeme kararı vermektedir.

¹¹⁸ Oğuzman, K., Öz, T. (2023), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt (18. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, sf. 505.

¹¹⁹ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, sf. 506.

meseleleri için, yatırımın geliştirilmesine önemli bir yatırım yapıp yapılmadığı, davanın önemli bir yatırım gerektirip gerektirmediği, davanın hacmi ve finansörün getirisi konuları çerçevesinde yapılmaktadır.

Uluslararası tahkim alanında işlem yapan dava finansörleri tahkimin içeriğine odaklanmaktadır. Finansör, ayrıca tahkimin yürütüldüğü yargı yerine ve hangi kuralların uygulanacağına, tahkim neticesi alınan kararın nasıl icra edileceği ve icra edileceği mahkemelerin ne kadar öngörülebilir olacağına ve bu tür uluslararası tahkim süreçlerinin tipik olarak beş yıl veya daha uzun sürebildiği görülmekle beraber davanın potansiyel süresine odaklanacaktır.

İncelemenin ilk aşamalarında, finansörler, davanın ve davacı talebinin haklılığını, finansöre davacı tarafından iletilen bilgilerin bu ön inceleme aşamasında doğru olduğu varsayımıyla incelemektedir. Dava finansörleri, bu aşamada sunulan tüm varsayımları ve mümkün olduğunca kanıtları irdeleyerek ve bunu yaparken davayı tartışmak ve talebin gücünü kendi belirlemek adına avukatlarla, tanıklarla ve uzmanlarla görüşerek finansman konusunda karar vermektedir.

Dava finansörünün ilk incelemesini müteakip, daha geniş alanda yapılan araştırmada, dava finansörü, davacının, dava finansmanı sözleşmesi yapma yetkisine sahip olduğundan emin olmak adına incelemeler yapacak ve bu amaçla, davacının avukatlara sağlamak zorunda olduğu KYC (*know your client veya know your customer*)¹²⁰ yani "müşteriyi tanıma" bilgilerini görmek isteyecektir. Finansör ayrıca müşteriyi dava konusunda neyin motive ettiğini ve davacının dava sürecinden beklentisini anlamak isteyecektir. Dava finansörlerin temel olarak ticari kar güdüsüyle hareket etmekte olup, davalıdan intikam peşinde olan davacılarla çalışmamaktadır.¹²¹

Muhtemel davalılarda dava finansörünün inceleme alanında olup, mümkün olduğu ölçüde davalıların muhtemel dava neticesine uyum sağlayabilecekleri değerlendirilecektir. Bu konuda

¹²⁰ Finansal hizmetlerdeki "KYC", diğer bir deyişle "Müşterini Tanı" yönergeleri ve düzenlemeleri, profesyonel hizmet veren kuruluşların müşterileriyle iş ilişkisini sürdürmenin uygunluğunu ve bu ilişkiyle ilintili riskleri doğrulamalarını sürecidir. Bu süreç daha geniş kapsamda kara para aklama ve suçların finansmanı ile mücadele düzenlemeleri içinde yer almaktadır. Başlangıçta, yalnızca finansal kuruluşlara uygulanan bu düzenlemeler günümüzde hukuk büroları ve finans dışı endüstride de kullanılmaktadır.

¹²¹ Rowles-Davies/Cousins, sf. 116.

özellikle, davalıların başka davalardaki tutum ve davranışları, davalara yaklaşımları, hukuk ekipleri gibi konularda araştırma içerisinde yer almaktadır.

Uluslararası tahkimde, örneğin bir iki taraflı yatırım anlaşması (BIT)¹²² çerçevesinde var olan yatırım anlaşması davasında, finansör, dava tarafı ülkenin tarihsel işlemlerini ve tahkim kararlarının nasıl ödendiğine ilişkin geçmişini inceleyebilmektedir. Sonuç olarak, mevcut bilgileri inceleyip test ettikten ve olası araştırmaları tamamladıktan sonra, bir dava finansörü davayla ve avukatlarla rahat olup olmadığına ve iş ilişkisine girmeye hazır olup olmadığına karar verecektir. Finansörler eğer bu noktalardan kesin bir şekilde emin değillerse, davanın uygun olmadığına karar verebileceklerdir.¹²³

Dava finansörlerinin inceleme aşamasında dikkat ettikleri diğer önemli bir konuda, davalının varlıkları ve bu varlıklar üzerinde muhtemel dava veya tahkim kararının icra edilebilir olmasıdır. Gerçekten, sadece davanın kazanılması veya tahkimin başarıyla neticelenmesi bir davacı için yeterli olmayıp karar verilen menfaatin, kararın icrası yoluyla fiilen elde edilmesi ile ancak davacı dava finansmanı sağlayan fonlayıcı başarıya ulaşmış olacaktır.

Finansörlerin inceleme süreci finansman sunulmadan sonra da maliyetlerin analizi de dahil olmak üzere, dava talebine ilişkin çalışmaları ve davanın ilerleyişini düzenli olarak gözden geçirmeyi de içermektedir.

B. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

Dava finansmanı sözleşmesi, bir dava finansörü ile bir davacı arasındaki ilişkinin şartlarını belirleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme, risk faktörleri, yatırımdan beklenen getiri ve getirinin taraflar arasında nasıl dağıtılacağı gibi bilgileri içermektedir.

Dava finansmanı sözleşmelerinin, finansörün, dava üzerinde hiçbir kontrol yetkisinin olmaması ve davanın kaybı durumunda herhangi bir talepte bulunamaması olmak üzere iki temel özelliği vardır. Dava finansmanı temin edilen davacılar, finansmanın nasıl harcanacağı

¹²² BIT'ler, bir başka deyişle iki taraflı yatırım anlaşmaları, bir devletin tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin başka bir devlette yapacakları yatırımların, hukuki anlamda korunmasını ve teşvikini amaçlayan uluslararası anlaşmalardır.

¹²³ Rowles-Davies/Cousins, sf. 117.

konusunda herhangi bir kısıtlama olmaksızın, finansman neticesi ekonomik bir kazanç elde edebilecek olup kaybetmeleri durumunda herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşmayacaklardır.

Dava finansmanı sözleşmesi, doğrudan davaya bakan avukatlarla da belirli bir aşama, belirli bir iş bölümü veya belirli bir süre için ödenecek miktarı sabitleyecek bir yapıda oluşturulabileceği gibi, yapıldığı ülke kanunlarına göre, başarılı olma olasılığına dayalı olarak sözleşmenin şarta bağlanması suretiyle veya elde edilecek dava neticesinin değerinin bir yüzdesi olarak da yapılandırılabilir.

Dava finansmanı sözleşmeleri genellikle üç taraf arasında akdedilmektedir. Bunlar, davacı, dava ile ilgili avukat ve dava finansörüdür. Bu üç taraf aynı sözleşmeye taraf olabilecek durumda olmasına rağmen uygulamada genellikle taraflar arasında farklı anlaşmalar yapılmaktadır. Genel uygulamada, dava finansörü, davacı ile bir dava finansmanı sözleşmesi imzalamakta, ayrıca avukatıyla da hukuk hizmetleri sözleşmesi akdetmektedir. Avukat veya hukuk bürosu da davacı ile dava finansörü arasında akdedilmiş olan dava finansmanı sözleşmesinin varlığını kabul ve teyit ettiği bir uygunluk belgesi imzalamaktadır. Uygunluk belgesinde avukatlar veya hukuk büroları dava finansmanı sözleşmesinin varlığını ve içeriğini kabul ederek, burada belirtilen özel yükümlülöklere uyacaklarını ve davacının, kendi hukuk hizmetleri anlaşmasında belirtilen yükümlölökleri yerine getirmesini sağlayacaklarını finansöre karşı teyit etmektedirler. Bu özellikle avukat-müvekkil ayrıcalığına tabi bilgiye sahip olan avukatın gerektiğinde bu bilgileri finansör ile paylaşması gerektiği durumda önemli hale gelmektedir.

Dava finansmanı sözleşmesini imzalayacak tarafın, davacının birey veya kurum olup olmamasına bağılı olarak değışkenlik göstermektedir. Uygulamada genellikle şirketler kurum olarak dava finansmanına konu olmakla beraber dava finansmanı sözleşmesinin tarafı bu şirketler olmaktadır. Yine uygulamada genellikle, dava finansörleri, şirketin ana ortaklığının ve hakim ortağının da sözleşmeler güvence olarak taraf olmalarını beklemektedirler.¹²⁴

Dava finansmanının en önemli hususlarından biri, davanın kazanılması neticesi elde edilecek menfaatin nasıl paylaşılacağı hususudur. Prensip olarak davayı fonlayan taraf öncelikle finansmanını getirisi ile birlikte geri almak isteyecek, avukatlarda kendi ücretlerinin

¹²⁴ Friel/Lempiner/Barnes (2021), sf. 329.

ödenmesini bekleyeceklerdir. Elde edilen getirinin ne şekilde paylaşılacağı uygulamada taraflar arasında “*waterfall agreement*”¹²⁵ adı verilen sözleşmeler ile belirlenmektedir.¹²⁶

Örnek bir gelir paylaşım metodunda¹²⁷, dava finansörünün tüm yatırımını geri alana kadar, finansöre %100 pay verilmekte, bundan sonra, dava gelirleri finansör ve avukat arasında, finansör ve avukat tüm ödemelerini alana kadar eşit olarak ve orantılı olarak dağıtılmakta ve son olarak davacıya ödeme yapılmaktadır.

Dava finansmanı sözleşmesinde, gelir paylaşımı dava tamamen başarılı olduğunda önemli olmayabilir, ancak beklenenden daha düşük bir netice olduğunda, dava gelirlerinin dağıtım şekli önem arz edecektir.

Birden fazla davalı veya dava olduğunda zamanla birden fazla ödeme veya ara ödemelerin yapılması durumunda gelir paylaşım yapısının karmaşık hale gelebileceği düşünülerek, çeşitli senaryolarda gelir dağılımı işleyişinin sözleşmeyle modellenmesi tavsiye edilmektedir.

Dava finansmanı sözleşmeleri, genel olarak “sözleşme serbestisi”¹²⁸ ilkesi çerçevesinde akdedilmekte ise de temel unsurları bazı ülkelerde mahkeme kararları veya mevzuat ile düzenleme altına alınmaya çalışılmaktadır.

Örneğin, Güney Afrika mahkemeleri üçüncü taraf dava finansman düzenlemesini ele alırken belirli prensipler ortaya konmuştur.¹²⁹ İlgili bir karara göre¹³⁰ dava finansmanı sözleşmesi, dava finansmanı düzenlemesinin adalet erişimini sağlamak için gerekli olması, sözleşmenin adil ve makul olması, finansmana erişimin anlamlı olması hususlarını barındırmalıdır. Bunlarla birlikte, dava finansmanı sözleşmesi ile dava risklerini üstlenen finansörü aşırı ödüllendirilmemeli ve sözleşme, avukatların müvekkillerinin çıkarlarını en iyi

¹²⁵ Waterfall agreement veya başka bir deyişle “waterfall arrangement”, Türkçe karşılığı ile “şelale sözleşmesi”, menfaatin paylaşımını veya alacaklıların ne sırayla ödendiğini tanımlamak için finans ve özel sermaye sektörlerinde kullanılmaktadır.

¹²⁶ Aküzüm, sf. 63.

¹²⁷ Fagin A, Sutton R. (2022), Tips For Negotiating Litigation Funding Agreements, <https://www.validityfinance.com/news/thought-leadership/2022-04-04-tips-for-negotiating-lfas>, §2, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

¹²⁸ “Sözleşme serbestisi” ilkesi taraflara, istedikleri yasal koşullarda ve istedikleri kişi veya kuruluşlarla sözleşme yapma özgürlüğü tanımakla beraber, bu özgürlük, kanunun emredici hükümleri, ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları veya imkânsızlıktır gibi sınırlamalara tabidir.

¹²⁹ Collard, T. (2022), *The Essential Principle of a Litigation Funding Agreement (LFA) in South Africa*, <https://wilddog.mu/the-essential-principle-of-a-litigation-funding-agreement-lfa-in-south-africa/>, §10, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

¹³⁰ Bu konuda bkz. De Bruyn v Steinhoff International Holdings NV 2020 JDR 1405 (GJ) [82] davası, <https://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2020/145.html>, Erişim Tarihi: 11.02.2024.

şekilde temsil etme görevini engellememelidir. Davacı da davayı yönlendirme ve kontrol etme haklarına sahip olmalıdır.

İsviçre yasalarında dava finansmanı sözleşmesine ilişkin özel hükümler bulunmamakla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi, bir dava finansman sözleşmesinin İsviçre yasasının çeşitli bölümlerindeki mevcut genel hükümlerine¹³¹ aykırı olması durumunda uygulanamayacağını belirtmiştir.¹³²

Hollanda hukukunda dava finansmanı sözleşmeleri de sözleşme serbestisi ilkesine dayanmaktadır. Hollanda kanunları sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları olarak belirli yasal fesih nedenlerini düzenlemektedir. Bu yasal fesih nedenleri, hata veya dolandırıcılığa dayanarak bir sözleşmeyi iptal etme hakkını içermekte olup bunların, bunların sözleşmeyle devre dışı bırakılmaları mümkün değildir.¹³³

İngiltere’de, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nin 2023 tarihli kararında¹³⁴ dava finansmanı sözleşmelerinin, finansörün ücretinin nihai olarak alınan tazminatın bir payı olarak hesaplandığı durumlarda, bunun “tazminata dayalı anlaşmaların” yasal tanımı içinde kaldığına karar verilmiştir. Bunun neticesi dava finansmanı sözleşmelerinin, İngiliz 2013 Tazminata Dayalı Anlaşmalar Yönetmeliği’nde belirtilen koşullara uygun olması gerektiğidir. Kararın tam etkisinin henüz net olmamasına rağmen, kararın İngiltere’deki dava finansmanı üzerinde önemli bir etkisi olacağı düşünülmektedir.

C. Sözleşmenin Niteliği

Dava Finansmanı sözleşmesinin niteliği, sözleşme yapısının nispeten yeni olması sebebiyle çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Ülkemizde henüz dava finansmanı ile ilgili bir düzenleme olmadığından bu sözleşmenin *atipik* bir sözleşme olarak genel hükümlere ters düşmedikçe akdedilebileceği söylenebilir.

¹³¹ Örneğin, İsviçre Medeni Kanunu’nun 27. m., İBK’nin 19. m. veya İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun 8. m.

¹³² Barnes J., Friel S. (Consulting Editors), Wegmueller, M., Berger, I., Studer F. (2021), Litigation Funding Switzerland, https://nivalion.com/uploads/pdf/2021_Litigation%20Funding_Switzerland.pdf, sf. 329, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

¹³³ Barnes/Friel/Roessingh/Roodheuveld/Meijerink (2021), sf. 7.

¹³⁴ Karar için bkz. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/2021/299.html>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

Alman doktrinde¹³⁵, finansman sözleşmelerinin Alman Medeni Kanunu kapsamında bir adi ortaklık olarak sınıflandırılması gerektiği savunulmakta ise de Alman yüksek mahkemeleri bu nitelendirmeyi açık bir şekilde onaylamamıştır. Alman doktrininin açık bir çoğunluğunun finansman sözleşmesini bir adi ortaklık olarak sınıflandırılmasına rağmen Bonn Bölge Mahkemesi, bir kararında üçüncü taraf finansman sözleşmelerinin yasal nitelendirmesiyle ilgili soruya detaylı bir şekilde değinerek finansman sözleşmelerinin doktrinde adi ortaklık olarak sınıflandırdığını açıkça belirtmesine rağmen kararında bu görüşü paylaşmamıştır. Münih Yüksek Bölge Mahkemesi, 2015 yılında bir kararında¹³⁶ üçüncü taraf finansman sözleşmesinin kendi türünde *atipik* bir anlaşma olarak sınıflandırılması gerektiğini belirterek, adi ortaklığa benzer bir müessese olduğunu da kararına eklemiştir. Daha sonraki kararlarda bazı mahkemeler bu soruyu ele almasına rağmen konu tartışmaya açık kalmıştır. Alman hukukundaki üçüncü taraf finansman sözleşmesinin yasal niteliği henüz tam olarak belirlenmemiş olmasına rağmen, Alman hukuk öğretisinde önerildiği gibi finansman sözleşmesinde bir adi ortaklık bulunmaktadır.¹³⁷

Fransız hukukunda ise konuyla ilgili bir davada Versay İstinaf Mahkemesi, finansman sözleşmesinin hukuki niteliğini nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir sözleşme olarak belirlemiştir.¹³⁸

Hollanda'da dava finansmanı uygulamalarında, genelde dava yönetim hizmetlerinin de kapsam altına alındığı hizmet anlaşması veya saf dava finansmanı anlaşması olmak üzere iki tür anlaşma bulunmaktadır. İki yapıda da anlaşmaların doğası en yakın şekilde bir ortak girişim anlaşmasına benzemektedir.¹³⁹

İsviçre'de dava finansmanı sözleşmeleri genellikle bir davayı doğrudan finanse etmek üzere yapılandırılmaktadır. Üçüncü şahıs dava finansörü, sözleşme ile davayı takip etmek için makul olarak gerekli olan tüm masrafları ödeme yükümlülüğüne girmekte ve finansman karşılığında, davanın neticesi oluşan gelirinden bir pay almaktadır. İsviçre Hukuku açısından,

¹³⁵ Perrin, L. (Editor), Sharma, D. (2018), Third Party Litigation Funding, Law Review, Germany, <https://cdn.roschier.com/app/uploads/2019/12/16122450/third-party-litigation-funding-ed-2-book.pdf>, sf. 61, Erişim Tarihi: 12.02.2024.

¹³⁶ Bu konuda bkz. <https://woodsford.com/wp-content/uploads/2022/04/2022-Litigation-Funding-Germany.pdf>.

¹³⁷ Perrin/Sharma, sf. 61.

¹³⁸ Bayer (2021), sf. 98.

¹³⁹ Perrin, L. (Editor), Philips R. (2018), Third Party Litigation Funding, Law Review, Netherlands, <https://cdn.roschier.com/app/uploads/2019/12/16122450/third-party-litigation-funding-ed-2-book.pdf>, sf. 113 Erişim Tarihi: 12.02.2024.

finansörün talebi üzerine anlaşılan payın nasıl güvence altına alınabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. İsviçre Medeni Usul Kanunu'na göre¹⁴⁰, bir tarafın, başka bir kişi adına bir davada talepte bulunması veya bir yetkiyi kullanması mümkün değildir. Bu nedenle, dava finansöre devredildiğinde davacının artık dava üzerinde bir hakkı kalmayacaktır. Bu çerçevede, bazı anlaşmalar güvence olarak finansöre belirlenen davayı ilk talep ettiğinde devretme yükümlülüğünü öngörmektedir. Finansörün güvence altına alınması, ek teminatlar ve rehin anlaşmalarıyla da mümkün olabilmektedir. İsviçre’de, dava finansmanı sözleşmeleri ile davacının dava neticesi elde edeceği menfaat üzerinde finansör lehine rehin tesis etme sık başvurulan bir uygulamadır.¹⁴¹

İngiltere’de, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nin 26 Temmuz 2023 tarihinde, *Paccar* davasında¹⁴², dava finansmanı sözleşmelerinin, finansörün ücretinin nihai olarak alınan tazminatın bir payı olarak hesaplandığı durumlarda, bunun “tazminata dayalı anlaşmaların”¹⁴³ yasal tanımı içinde kaldığına karar verilmiştir. Bunun neticesi dava finansmanı sözleşmelerinin, İngiliz 2013 Tazminata Dayalı Anlaşmalar Yönetmeliği’nde belirtilen koşullara uygun olması gerektirir.

D. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Sözleşmenin İçeriği ve Uygulanması

1. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir sözleşme türü olarak da düşünülen dava finansmanı sözleşmesinde öncelikle dava finansmanına özel unsurları ile birlikte uygun düştüğü oranda adi ortaklığa ilişkin unsurların irdelenmesi önem arz etmektedir.

Dava finansmanı sözleşmesinde, davacının en temel hakkı şüphesiz davasının finanse edilmesini, buna bağlı olarak sözleşme ile hüküm altına alınmış tüm masraf ve ücretlerin finansör tarafından zamanında ödenmesini talep etme hakkıdır.

¹⁴⁰ Graf, K. (2022), *In review: court procedure in Switzerland*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4284339a-f0b9-4eab-b5fd-cae91fda709e>, §6, Erişim Tarihi: 01.06.2024

¹⁴¹ Perrin/Philips, sf. 183.

¹⁴² Karar için bkz. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/2021/299.html>, Erişim Tarihi: 01.03.2024.

¹⁴³ Tazminata dayalı anlaşma (*damage based agreement*) İngiliz Hukuku’nda bir temsilci ile taraf arasındaki temsilcinin kabul edilen ücretinin davayı kazanmaya bağlı olduğu ve müvekkil tarafından alınan tazminatın bir yüzdesi olarak belirlendiği anlaşmadır.

Bununla birlikte davacı, dava finansmanı sözleşmesi ile sözleşmenin akdedildiği yargı yeri mevzuatına ve sözleşme ile anlaşılmış hükümlere uygun olmak kaydıyla finansörün dava sürecine müdahale etmemesini talep etmek hakkına sahip olmalıdır.

Dava finansmanı sözleşmesi gereği, dava finansörünün en temel yükümlülüğü davayı finanse etmek, dolayısıyla buna bağlı olarak sözleşme ile hüküm altına alınmış tüm masraf ve ücretlerin tarafından zamanında ödenmesini temin etmektir.

Dava finansörü, dava finansmanı sözleşmesi ile sözleşmenin akdedildiği yargı yeri mevzuatına ve sözleşme ile anlaşılmış hükümlere uygun olmak kaydıyla dava sürecine ve davanın avukatına müdahale etmeme, davanın taraflarına ilişkin oluşabilecek tüm menfaat çatışmalarını davacıya bildirme yükümlülüklerine sahiptir. Dava finansörü, ayrıca dava süresince sözleşme ile hüküm altına alınmış tüm mali yükümlülüklerle dava süresince sahip olma yükümlülüğü altındadır. Dava finansörü, finansman ile ilgili karar vermek adına bazı bilgilere erişebilecek olup¹⁴⁴ dava ile ilgili edindiği bilgileri gizli tutmak ve bunların üçüncü kişiler tarafından elde edilmesini engellemek zorunluluğu bulunmaktadır.¹⁴⁵

Dava finansörü, finansman temin ettiği dava ile ilgili tüm bilgi ve belgelere ulaşabilme, dava sürecini kontrol etmeden takip etme ve bu çerçevede davanın avukatından bilgi edinme ve muhtemel sulh görüşmeleri ve tekliflerine ilişkin şeffaf bir biçimde bilgi edinme gibi dava finansmanı sözleşmesine bağlı haklara sahip olmalıdır.

Davacının, dava sözleşmesinde en temel yükümlülükleri, dava konusunda doğru ve eksiksiz bilgiyi finansöre temin etmek, dava sürecinden ve muhtemel sulh görüşmeleri ile tekliflerden finansörü haberdar etmek olarak sayılabilir.¹⁴⁶ Davacı, bu yükümlülükleri doğrultusunda avukatına uygun talimatlar verme yükümlülüğüne de sahip olmakla birlikte finanse edilmiş davayı doğru ve eksiksiz bir şekilde takip etmek ve dava konusunu tehlikeye atacak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü altındadır.

¹⁴⁴ Baver (2021), sf. 97.

¹⁴⁵ Rowles-Davies/Cousins, sf. 123.

¹⁴⁶ Rowles-Davies/Cousins, sf. 122.

2. Sözleşmenin İçeriği ve Uygulanması

a. Sözleşmenin İçeriği

Dava finansmanı sözleşmeleri sağlanan finansman ve verilecek hizmetleri göre değişkenlik göstermekle beraber bazı mutlak hükümler de içermektedir.

Finansman Sözleşmelerinde genellikle bulunan hükümler açıklamalarıyla birlikte aşağıda belirtilmiştir:

Finansman: Finansman maddesi, dava finansmanı sözleşmelerinin en önemli hususlarından biridir. Bu bölümde hangi masrafların finanse edileceği, dava gelirlerinden ne kadar pay alınacağı faiz uygulamaları gibi hususlar belirtilmektedir. Genel olarak, öncelikle dava harçları ve avukatlık ücretleri, bunlarla beraber uzman ücretleri ve diğer masrafların finansör tarafından karşılanacağı bu bölümde belirtilebilmektedir.¹⁴⁷

Dava Neticesinin Paylaşımı: Dava finansmanın sözleşmesinin bu bölümünde, davanın kazanılması neticesi elde edilecek menfaatin nasıl paylaşılacağı belirlenmektedir. Prensip olarak davayı fonlayan taraf öncelikle finansmanını getirisi ile birlikte geri almak isteyecek, avukatlarda kendi ücretlerinin ödenmesini bekleyeceklerdir. Elde edilen getirinin ne şekilde paylaşılacağı uygulamada daha önce belirttiğimiz üzere taraflar arasında “waterfall” şeklinde belirlenmektedir.¹⁴⁸

Vergiler: Dava finansmanı sözleşmesinin bu kısmında, tarafların elde edeceği paylardan ödenecek vergilerin dağılımı belirlenmektedir.

Sulh Yetkisi: Sulh yetkisi de dava finansmanı sözleşmesinin en can alıcı bölümlerinden biridir. Bu bölümde davacı, finansöre ne kadar kontrol hakkı vermek istediğine, finansörü sulh anlaşmalarına katmak isteyip istemediğine karar verecektir.

Kontrol: Dava finansmanı sözleşmesinin bu bölümünde yine finansöre ne kadar kontrol yetkisi verileceği belirlenmektedir.

¹⁴⁷ Rowles-Davies/Cousins, sf. 121.

¹⁴⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Dipnot 114.

Gizlilik: Dava finansmanı sözleşmesinde, taraflar, tahkim kuralları veya yerel hukukun izin verdiği ölçüde birbirlerine verilen bilgi ve belgelerin gizliliği konusunda birbirlerine taahhütte bulunmaktadır.¹⁴⁹

Gayri Kabili Rücu Talimat: Dava finansmanı sözleşmesiyle finansör, dava neticesi elde edilecek gelirlerin kendisine ödeneceğine dair vekalet ilişkisine dayalı olarak davacıdan avukatına gayri kabili rücu talimat vermesini bekleyecektir. Bu tür bir gayri kabili rücu talimatın hukuki geçerliliği tartışma konusudur.

Finansör ile İşbirliği: Sözleşmenin bu kısmında davacının ve finansörün işbirliği şartları kayıt altına alınmaktadır.

Temlik / Teminatlar: Finansör, davanın zamanı gelince kendisine temlik edileceği hususunu bu bölümde kayıt altına almaktadır. Şarta bağlı temliğin geçerliliği de tartışma konusudur.¹⁵⁰

Sorumsuzluk: Finansörün dava ile ilgili sorumsuz tutulduğu ve kendisinden hukuki yardım beklenmeyeceği hususları bu bölümde düzenlenmektedir.

Uygulanacak Hukuk / İhtilafların Halli: Dava finansmanı sözleşmesinin genellikle finansör şirketin merkezinin bulunduğu yargı alanına tabi olması ve burada ihtilafların hallinin öngörülmesi finansör şirket tarafından beklenmektedir.

b. Sözleşmenin Uygulanması

Dava finansmanı sözleşmesi genel olarak sözleşme serbestisi kuralına tabi olup genel öğretiyeye göre şekil şartına tabi değildir.

Ancak, dava finansmanı sözleşmeleri ilgilisi oldukları dava veya tahkime göre ilgili kurumlara tevdi zorunluluğuna tabi olabilmektedir. Sözleşmenin kuruma tevdiini zorunlu kılınan tahkim süreçlerinde¹⁵¹ veya sözleşmenin varlığının mahkemeye teyit edilmesi gibi¹⁵² gereken durumlarda bu tevdi veya sözleşmenin varlığını ifşa etme durumu söz konusu olacaktır.

¹⁴⁹ Rowles-Davies/Cousins, sf. 122.

¹⁵⁰ Volsky, sf. 202.

¹⁵¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV. Kısım, §A/3

¹⁵² Bu konuda bkz. Nimiz Technologies davası, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/23-103/23-103-2022-12-08.html>, Erişim Tarihi: 02.03.2024.

E. Sözleşmenin Sona Ermesi

Dava finansmanı sözleşmesi doğal olarak davanın finanse edilmesini müteakip davanın mahkeme veya hakem kararı ile ya da sulh anlaşması sonucu finansörün finansmanı geri alması neticesi sona ermektedir. Bununla birlikte davanın davacı tarafından kaybedilmesi neticesi de sözleşme sona erecektir. Sözleşmenin kaderi bir nevi finanse edilen dava ile ilintili olup dava sona erip kesinleştiği anda sözleşme de sona erecektir.

Sözleşmenin davanın kesin olarak neticelenmesini müteakip sona ermesi, adi ortaklığın gayenin elde edilmesi veyahut elde edilmesinin imkansız hale gelmesi ile sona ermesi¹⁵³ ile benzerlik göstermektedir.

Dava finansmanı sözleşmesinin ilgili davanın neticelenmesini müteakip sona ermesinin etkileri dava neticesine göre değişkenlik göstermekte, dava davacı lehine sonuçlanırsa finansör sözleşmede yer aldığı şekilde finansmanını ve dolayısıyla kar payını geri almakta, dava kaybedildiği takdirde ise ödeme alamamaktadır.

Bu doğal sona ermenin yanı sıra, sözleşme serbestisine tabi diğer sözleşmelerde olduğu gibi dava finansmanı sözleşmesi, tarafların mutabakatı ile de sona erdirilebilmektedir.

Haklı fesih sebeplerinin varlığı halindeki bir fesih durumunda, feshi talebinin haklılığı sözleşmenin tabi olduğu görevli ve yetkili mahkemenin veya sözleşmenin tabi olduğu tahkime bağlı olarak tahkim heyetinin takdiri ile belirlenecektir. Bu durum da adi ortaklığın haklı sebeplerle sona erdirilmesi¹⁵⁴ ile benzerlik göstermektedir.

Dava finansmanı sözleşmesi haklı sebepler ile feshedilebileceği gibi sözleşme ile şart koşulmuş özel fesih sebepleri de uygulamada öngörülmektedir.¹⁵⁵

Uygulamada, dava finansörü şirketlerin genellikle; davacının veya avukatın, dava ile ilgili esaslı bir yanlış beyan veya mühim bir olguyu açıklamama konusunda ihmali bulunması, avukatın davada davacıyı temsil etmekten vazgeçmesi ve bu durumda finansör ile anlaşmadan yeni avukat tayin edilmesi, finansörün değişen faktörlerin bir sonucu olarak dava konusunun

¹⁵³ Yavuz, C. (2022), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yenilenmiş 11. Baskı), İstanbul: Beta Basım, sf. 1691.

¹⁵⁴ Yavuz, sf. 1692.

¹⁵⁵ Bu konuda örnek sözleşme için bkz.

https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/925741/000143774920007637/ex_181285.htm, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

ticari olarak uygun olmadığına makul olarak karar vermesi, davada, davacının dava konusundan, finansörün payını geri ödemek için yeterli miktarda gelir elde edemeyeceğini teyit eden mühim bir değişiklik olması gibi durumlarda fesih hakkını kullanabileceğine dair şartlar öngörülmektedir.¹⁵⁶

Bu tür durumlarda sözleşme ile belirlenen fesih şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ihtilaf konusu olduğunda bu hususların varlığı sözleşmenin tabi olduğu görevli ve yetkili mahkemenin veya sözleşmenin tabi olduğu tahkime bağlı olarak tahkim heyetinin takdiri ile belirlenecektir.

Sözleşme ile belirlenen fesih şartlarının gerçekleşmesi, ancak davanın devam ediyor olması halinde, finansörler davanın kaybedilmesi halinde sağlanan finansmanın faizi ile geri ödenmesini, kazanılması halinde de sözleşme ile belirlenen payın ödenmesini de talep edebilmektedirler.¹⁵⁷ Bu durum, kanımızca, sözleşmede finansörün fesih hakkını kullanmasına bağlı olarak belli şartlara bağlı olan fesih tazminatlarının öngörülmesi ile mümkün olabilecektir.

Davacı tarafından haklı olarak kullanılan bir fesih hakkı neticesi, finansör dava neticesinden elde edeceği payı almayacağı ancak gerekli tüm yükümlülüklerini yerine getireceği şartları da dava finansmanı sözleşmelerine uygulanmaktadır.¹⁵⁸ Böyle bir durumda yine sözleşme ile belirlenen fesih şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ihtilaf konusu olduğunda bu hususların varlığı sözleşmenin tabi olduğu görevli ve yetkili mahkemenin veya sözleşmenin tabi olduğu tahkime bağlı olarak tahkim heyetinin takdiri ile belirlenecektir.

F. Dava Finansmanı ile Benzer Kurumların Genel Mukayesesi

1. Alacağın Devri

Alacağın devri, bir borç ilişkisine dayalı olarak alacağı olan bir kimsenin bu alacağını başka bir üçüncü şahsa devretmesidir. Kural olarak bu devir için, devreden şahsın borçlusundan

¹⁵⁶ Bu konuda örnek sözleşme için bkz.

https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1401040/000143774920000102/ex_168050.htm, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

¹⁵⁷ Rowles-Davies/Cousins, sf. 124.

¹⁵⁸ Rowles-Davies/Cousins, sf. 124.

onay almasına gerek yoktur. Başka bir deyişle alacağın devrine devreden borçlusu katılmaz ve devir devreden ile devir alan arasında yapılır.¹⁵⁹

Alacağın devri, Türk Hukuku'nda iradi devir, yargısal devir ve kanuni devir olarak bir ayrıma tutulmuş olmakla¹⁶⁰ birlikte dava finansmanı sözleşmesi “iradi temlik” ile benzerlik göstermekte olup, burada bu tür devir ile karşılaştırması yapılmıştır. Bu konu detaylı olarak aşağıda irdelenmiştir.¹⁶¹

Dava finansmanı sözleşmesinin bir alacağın devri sözleşmesi şeklinde düzenlenerek, davaya konu olmuş bir alacağın devri söz konusu olabileceken, davaya konu olmuş alacağın devri yerine dava konusunun devri ile de dava finansmanı sözleşmesi yapılabilecektir.

Kural olarak alacağı devreden taraf artık alacak ve borç ilişkisine taraf olmayacak iken dava finansmanında davayı finanse eden taraf dava konusunda hak elde edebilecek olsa da davasını finanse ettiren, bir nevi dava konusunu finansöre “devir” eden tarafında dava konusu üzerinde hakkı devam edecektir.

Bununla birlikte dava finansmanı sözleşmesinin alacağın kısmen devri müessesesi ile benzerlik gösterdiği düşünülebilir.

2. Borcun Üstlenilmesi

Borcun üstlenilmesi¹⁶² bir tarafın, diğer bir tarafın başka bir şahsa olan borçları yüklenmesidir.

Dava finansmanı sözleşmesi, bir yönüyle bir tarafın (davacı) başka şahıslara olan (avukatlar, devlet) dava ile ilgili borçlarını belli şartlar altında finansörün yüklenmesini içermekle beraber, yapı olarak başka sözleşme tiplerinin de unsurlarını barındırdığından salt olarak “borcun yüklenilmesi” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Dava finansmanı sözleşmesi kural olarak içinde borcun üstlenilmesi unsurlarını da taşıyan karma bir sözleşme türü olarak belirlenebilecek olsa da değişik yargı alanlarında farklı olarak nitelendirilmektedir.¹⁶³¹⁶⁴

¹⁵⁹ Eren, F. (2023), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası), Ankara: Legem Yayınevi, sf. 1384.

¹⁶⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sf. 1386.

¹⁶¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV. Kısım, §B/2.

¹⁶² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sf. 1405.

¹⁶³ Bu konuda Alman Hukuku doktrini için bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım §B/3.

¹⁶⁴ Bu konuda İngiliz Hukuku için bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §B/3.

Ayrıca dava finansörünün sadece dava neticesi oluşacak maliyetleri üstlenmek olup, davacının esas borç ve yükümlülüklerinden ve buna bağlı olarak dava kaybedilmesi halinde sözleşmeden doğabilecek ek bir külfetten sorumlu tutulması mümkün değildir.

3. Dava Konusunun Devri

Dava konusunun devri, maddi hukuk anlamında dava konusu elde edilecek menfaatin devri anlamına gelmekte iken, usul anlamında dava konusunun devri asıl davacının davadaki davacı sıfatını sona erdiren ve davada taraf değişikliğine yol açan bir işlemi ifade etmektedir.¹⁶⁵

Borcun yüklenilmesi müessesesi ile dava finansmanı sözleşmesini karşılaştırdığımız şekilde, dava finansmanı sözleşmesi içinde kısmen dava konusunu devrini de barındırmakla beraber, usul olarak davacının “davacı” sıfatı finansman neticesi devam etmekte olduğundan dava finansmanı sözleşmesinin salt bir dava konusunun devri olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

4. Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, bir sözleşmenin tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte bir üçüncü kişiye devredilmesi suretiyle sözleşmeyi devreden, bunu devralan ve sözleşmede kalan tarafların oluşturduğu üç taraflı bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.¹⁶⁶

Dava finansmanı, esas olarak davaya bağlı alacağın dava finansörüne devredilmesini gerektirse de bunun sadece dava konusu alacağa ilişkin sözleşmenin devri ile sağlanması kural olarak mümkün değildir.

Sözleşmenin devredilmesi neticesi sözleşmeyi devreden sözleşmenin tarafı olma sıfatı sona ermekte ve bu sıfat onun yerine sözleşmeyi devralana geçmektedir.¹⁶⁷ Halbuki, dava finansmanında aslen davacı, yani dava konusu alacağa bağlı sözleşmenin asıl tarafı, sözleşmenin tarafı olmaya devam etmekte sadece dava konusu alacağın ve dolayısıyla sözleşmeye bağlı semerenin bir kısmını dava finansörüne aktarma taahhüdü altına girmektedir.

Dava konusunun devri yükümlülüğü sebebiyle dava finansmanı sözleşmesi, sözleşmenin devri kurumu ile benzerlik gösterse de temel unsurlarındaki farklılıklar nedeniyle dava

¹⁶⁵ Börü, L. (2012), *Dava Konusunun Devri*, Ankara: Yetkin Yayınları, sf. 180.

¹⁶⁶ Öztürk, B. (2016), *Sözleşmenin Devri*, TBB Dergisi 2016 (125), sf. 264.

¹⁶⁷ Öztürk, sf. 274.

finansmanı sözleşmesinin, sözleşmenin devri kurumuna bağlılığından söz etmek mümkün değildir.

Bununla birlikte, dava finansörünün temel yükümlülüğü dava neticesi oluşacak maliyetleri üstlenmek olup, davacının sözleşme gereği yükümlülüklerinden ve buna bağlı olarak dava kaybedilmesi halinde sözleşmeden doğabilecek ek bir külfetten sorumlu tutulması mümkün değildir.

5. Kredi Sözleşmeleri

Dava finansmanı sözleşmeleri nitelik olarak ilk bakışta kredi sözleşmeleri gibi algılansa da kendilerine özgü unsurları sebebiyle bunlardan da ayrılmaktadırlar.

Dava finansmanı, dava finansmanı sözleşmesinin kendi içinde teminatlandırılmış olması gereği, bir başka deyişle *non-recourse*¹⁶⁸ yapısı gereği kural olarak dava neticesi elde edilecek menfaatin bir kısmının finansör tarafından elde edilmesini şart koşturmakta olup böyle bir menfaat temin edilmediğinde finansör davacı taraftan herhangi bir ödeme talep edememektedir.

Dava finansmanında, dava finansörü tarafından sağlanan fon karşılığında faiz uygulanarak kredi geri ödenmesinden ziyade sağlanan fon karşılığı getiri elde edilmesine yönelik bir yatırım olduğundan bahisle, dava finansmanının yatırım olduğunu belirten görüşler mevcuttur.¹⁶⁹

6. Sigorta Sözleşmeleri

Bir sigorta sözleşmesi, prim karşılığında sigorta şirketinin, belirli bir olayın gerçekleşmesi durumunda diğer sözleşme tarafına veya belirli bir durumda üçüncü bir tarafa para ödemeyi veya gerektiği şekilde zararının tazmini sağlamayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir.

Sigorta sözleşmelerinin ve dava finansmanı sözleşmelerinin ortak yanı her ikisinde de rizikonun üçüncü bir kişiye devredilmesinin söz konusu olmasıdır. Ancak dava finansmanında finansmandan yararlanan davacının davayı kaybetmesi halinde yargılama giderleri kendisi tarafından değil finansörü tarafından karşılanmaktadır. Tahkimde üçüncü kişi dava

¹⁶⁸ Non-recourse teriminin Türkçe karşılığı “rücu edilememe” veya “müracaat edilememe” olup, tanım karşılığı borç sağlayan bir tarafın bu borcu ancak borç sağladığı konu neticesi oluşacak malvarlığı ile ödenmesi ve borcun tahsili için başka bir malvarlığına “müracaat edememesi” anlamına gelmektedir.

¹⁶⁹ Baver (2021), sf. 23.

finansmanının, sigorta sözleşmesinden bir diğer farkı ise sigorta sözleşmesinin uyuşmazlıktan önce, dava finansmanı sözleşmesinin ise uyuşmazlıktan daha sonra akdedilmesidir.¹⁷⁰

Özel bir sigorta türü olan “olay sonrası sigortası”, anlaşılan bir tazminat sınırına tabi olarak dava masrafları için güvence sağlayan ticari bir sigorta poliçesi türüdür. Bu sigorta, başka bir deyişle, bir dava veya tahkimin kaybedilmesi halinde kaybeden tarafın diğer tarafa ödemesi gereken dava masraflarını karşılayan bir sigorta araçtır.¹⁷¹

Olay sonrası sigortalara ilişkin poliçeler, sigorta şirketleri tarafından sağlanmakta olup, birçok sigorta şirketi kendi standart koşullarına sahip poliçeler kullanmaktadır. Kapsam, sadece karşı tarafın ücretlerini ve masraflarını ödeme riski için değil, aynı zamanda sigortalının kendi yasal ücretleri ve masrafları için de temin edilebilmektedir. Sigorta şirketleri genellikle yalnızca sigortalı davacı davayı kaybederse sigorta poliçesi altında kapsama sağlarlar. "Kazanmanın" tanımı genellikle olumlu bir uzlaşmayla sonuçlanan davalardan, olumlu bir mahkeme kararı veya tahkim kararı ile sonuçlanan davalara kadar genişletilebilmektedir. Olay sonrası sigorta hem davacılar hem de davalılar için birçok hukuk uyuşmazlığında kullanılmaktadır. Bu tür poliçeler genellikle şarta bağlı avukatlık ücret anlaşmaları gibi diğer dava finansmanı düzenlemeleriyle birlikte kullanılmaktadır.

7. Başarıya Bağlı - “Contingency fee” Anlaşması

Temel prensip olarak birçok yargı alanında avukatların davalara ücret almadan bakması yasaklanmış olmasına rağmen ücretin bir kısmının “şarta bağlı” olarak dava neticesi menfaat elde edilmesi halinde ödeneceği şeklinde anlaşmalar yapılması mevzuata uygun bulunmaktadır.

“Şarta bağlı” olarak yapılan sözleşmeler de dava finansmanı ile birlikte popüler halini, özellikle tahkim alanında sürdürmektedir.

Son dönemde, dava finansmanı ile benzerlik gösteren “olay sonrası sigorta”, şarta bağlı sözleşmelerle birleştirilerek kullanılmaktadır. Maliyetli davalarda genellikle üç maliyet unsuru davacılar için önem arz etmektedir. Bunlar avukatlık ücretleri, dava masrafları ve davanın kaybedilmesi halinde karşı tarafa ödenecek ücretlerdir. Karma bir yapıda, davacı avukatlık

¹⁷⁰ Bayer (2021), sf. 25.

¹⁷¹ Olay sonrası sigortaya ilişkin detaylı açıklama için bkz. <https://www.thejudgeglobal.com/after-the-event-ate-insurance/>, Erişim Tarihi: 01.06.2024.

retleri ile ilgili “arta bağlı sözleşme yapmakta” ve ona creti ancak dava sonucu menfaat edilmesi şartının gerçekleşmesi halinde ödemekte, dava masraflarını kendi ödemekte ve davayı kaybetmesi ihtimalinde ödenecek masraflar için “olay sonrası sigorta” satın almakta ve bu durumda masrafları sigorta irketi üstlenmektedir.

Bu karma yapının bir dezavantajı, şarta bağlı avukatlık ücretlerinin standart ücretlerden daha yüksek ödeme gerektirmesi ve sigortacıya ödenecek primlerdir. Birçok yargı alanında davayı kaybeden tarafa yükletilecek masraflar arasında, şarta bağlı avukatlık sözleşmeleri neticesi ödenen daha yüksek ücretlerin ve sigortacı primlerinin de sayılmasına¹⁷² yönelik mevzuat çalışmaları yapılmaktadır.

IV. TEKNOLOJİK GELİŞMELERİN DAVA FİNANSMANINA ETKİSİ

A. Blok Zincir

Son dönemlerin en önemli teknolojik gelimelerinden biri olan blok zincir (*blockchain*) teknolojisi günümüz i ve finans dünyasının muhtelif unsurlarına uygulanmakta olup, dava finansmanının da bu teknoloji kullanılarak geliştirilmesi yönünde dünya finans piyasalarında önemli adımlar atılmaktadır.¹⁷³

Blok zincir teknolojileri ile birlikte tokenize etme (*tokenization*) yöntemlerinin de dava finansmanına uygulanması yönünde önemli gelişmeler yaşanmaktadır.

Blok zincir teknolojisi özetle, çevrim içi bir i ağı içerisindeki işlemleri kaydetme ve varlıkları izleme sürecini kolaylaştıran, paylaşılan ve değiştirilemez bir kayıttır. Kaydedilen varlık somut (ev, araba, nakit, arazi) veya soyut (fikri mülkiyet, patentler, telif hakları, marka) olabilmekle birlikte, temelde değeri olan neredeyse her şey, blok zincir ağı üzerinde takip edilebilmekte, bunların ticareti yapılabilmekte ve bu sayede ticari risk azalmakta ve bu yöntem

¹⁷² Bu konuda bkz. <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/recovery-of-costs-insurance-premiums>.

¹⁷³ Tilley, B. (2023), *The Future of Litigation Funding: Unlocking Opportunities with Blockchain Technology*, <https://www.linkedin.com/pulse/future-litigation-funding-unlocking-opportunities-bill-tilley>, 1, Erişim Tarihi: 06.06.2024.

ilgili taraflar için maliyetleri düşürmektedir.¹⁷⁴ Ayrıca blok zincir üzerinden akıllı kontratların meydana getirilmesi global ticarete cazip ve güvenli¹⁷⁵ bir kurum haline gelmiştir.¹⁷⁶

Daha teknik tanımıyla blok zincir, kriptografik özetler aracılığıyla güvenli bir şekilde birbirine bağlı olan büyüyen kayıt listelerine (bloklar) sahip dağıtılmış bir kayıt defteridir. Her blok, önceki bloğun kriptografik özetini, bir zaman damgasını ve genellikle bir Merkle ağacı¹⁷⁷ olarak temsil edilen işlem verilerini içerir ve veri düğümleri, yapraklar tarafından temsil edilir. Merkle ağacı büyük miktarda verileri bir araya doğru bir şekilde getirerek özetleme marifetidir.¹⁷⁸ Her blok, önceki blok hakkında bilgi içerdiğinden, etkili bir şekilde bir zincir oluşturur. Sonuç olarak, blok zinciri işlemleri kaydedildikten sonra, herhangi bir bloktaki veriler sonradan değiştirilemez, bunlar tüm sonraki blokları değiştirmeden geriye dönük olarak değiştirilemez.¹⁷⁹

Tokenize etme, teknik tanımı ile hassas verilerin "token" adı verilen ve bir veri tabanında veya iç sistemde kullanılabilen duyarlı olmayan verilerle değiştirilme sürecidir. Başka bir tanımla tokenize etmek bir varlığın değerinin dijital bir tokene dönüştürülmesidir.¹⁸⁰ Token'lar ilgisiz değerler olsalar da genellikle uzunluk veya format gibi belirli öğeleri korurlar ve bu nedenle kesintisiz iş operasyonları için kullanılabilirler. Orijinal hassas veri daha sonra organizasyonun iç sistemleri dışında güvenli bir şekilde depolanır. Şifrelenmiş verinin aksine, tokenize edilmiş veri çözülemez ve tersine çevrilemez. Token ile orijinal numarası arasında matematiksel bir ilişki olmadığı için, tokenler ek, ayrı olarak depolanan verinin varlığı olmadan orijinal formuna döndürülemez. Sonuç olarak, tokenize edilmiş bir ortamın ihlali, orijinal hassas veriyi tehlikeye atmaz.¹⁸¹

¹⁷⁴ Bu konuda bkz. "What is Blockchain Technology", <https://www.ibm.com/topics/blockchain>, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

¹⁷⁵ Taş, Ş. (2024), *Blockchain Sözleşmelerinin Türk Özel Hukukundaki Yeri*, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, sf. 29

¹⁷⁶ Çetin, E. (2024), *Blokszincir Üzerinden Kurulan Akıllı Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf. 23

¹⁷⁷ Merkle Ağacı tanımı için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Merkle_ağacı, Erişim Tarihi: 10.04.2024.

¹⁷⁸ Taş, sf. 37.

¹⁷⁹ Bu konuda bkz. "Blockchain", <https://en.wikipedia.org/wiki/Blockchain>, Erişim Tarihi: 10.04.2024.

¹⁸⁰ Taş, sf. 32.

¹⁸¹ Bu konuda bkz. "What is tokenization" (2023), <https://www.tokenex.com/blog/what-is-tokenization/>, Erişim Tarihi: 10.04.2024.

Dava finansmanına yatırım yapma, bugünlere kadar konvansiyonel metotlarla büyük finans kuruluşları tarafından uygulanan bir yöntem iken, blok zincir teknolojisi ve tokenize etme yöntemleri ile şimdi bir davanın finansmanı yatırımı geniş kitlelere yayılabilmektedir.

Tezimizde açıkladığımız üzere, birey veya küçük bir kuruluş, daha büyük, iyi finanse edilmiş bir kuruluşa dava açtığında, uzun süreli bir hukuki mücadele için kaynaklara sahip olamayabilecektir. Dava açmak pahalıya mal olup çok uzun sürebilmektedir. Bu süreci karşılayamayacak olanlar için yatırım getirisini beklemek veya kaybetme riski çok büyük olabilir. Bu, üçüncü bir tarafın devreye girmesi ve dava finansmanı şeklinde yardım teklif etme fırsatı yaratmaktadır.

Blok zincir kullanılmak suretiyle tokenize edilmiş dava finansmanı yapısı ile, toplumda küçük yatırımcılara masada bir yer vererek dava finansmanını daha geniş bir tabana yaymak ve milyonlarca kişiye yatırım yapmak fırsatı sağlamakla birlikte daha çok davanın finansmanının sağlanması ve hatta akıllı sözleşmeler¹⁸² yoluyla bu sözleşmelerin akdedilmesi mümkün olabilecektir.¹⁸³

B. Token Halka Arzı

Token Halka Arzı suretiyle dava finansmanı metodunu kullanan bir finans kurumuna göre¹⁸⁴, Dava Token Arzı (DTA), bireysel hukuki mücadeleyi finanse etmek için blok zincir destekli bir ödeme içeren bir halka arzıdır. Bu finansal ürün, arz edildiği yargı alanındaki kitlesel fonlama mevzuatı çerçevesinde arz edilmekte olup neredeyse tüm yatırımcılara açıktır. DTA'lar, bir davacının veya davacının avukatının dava mali yüklerini hafifletmek için sermaye toplamak istediği sivil davaların takibinde gerekli finansmanı token haline çevirmektedir. DTA'lara yatırım yapanlar, genellikle bir ABD Doları'na eşit olan yatırımları miktarında bir “token” alacaklardır. Davanın nihayetinde başarılı olması durumunda, yatırımcılar, sahip oldukları token miktarına ve davanın çözülme süresine bağlı olarak “token”leri karşılığı bir çarpan verilecektir.

¹⁸² Çetin, sf. 79.

¹⁸³ Bu konuda bkz. “How blockchain can bring litigation finance to small investors” (2021), <https://forkast.news/blockchain-litigation-finance-small-investors/>, Erişim Tarihi: 04.01.2024.

¹⁸⁴ Bu konuda bkz. “Litigation Finance”, <https://republic.com/help/what-is-an-initial-litigation-token-offering-1>, Erişim Tarihi: 06.01.2024.

C. Türkiye’de Durum

1. Genel

Türkiye’de token arzları hakkında henüz belirleyici bir hukuki düzenleme mevcut olmadığından bu konuda yetkili otorite olan SPK’nin düzenlemeleri ve açıklamaları önem arz etmektedir. Özetle, “token” vasıtasıyla yapılacak işlem halihazırdaki bir sınırlamaya veya düzenlemeye tabi olduğu takdirde bu düzenlemenin dikkate alınması söz konusu olacaktır.

2. Duyuru

SPK’nin 27/09/2018 tarih ve 47/1102 sayılı Kararı Uyarınca Yapılan Duyuru aşağıdaki şekildedir:¹⁸⁵

Dijital Varlık (Token) Satışları (ICO) Hakkında Duyuru

“Kripto Para Satışı” veya “Token Satışı” olarak da bilinen genellikle blok-zinciri teknolojisi kullanarak para toplamaya yönelik uygulamaların birçoğu Kurulumuzun düzenleme ve gözetim alanı dışında kalmaktadır. Dijital varlık satıcıları, belirli (bir proje veya şirketi finanse etmek gibi) ya da çoğu zaman belirsiz vaatlerle dijital varlık satışı gerçekleştirmektedir. Söz konusu dijital varlıklar itibari para ile alınabileceği gibi Bitcoin ve Ether gibi kripto paralar kullanılarak da alınabilmektedir. Tasarım açısından çok farklı türlere ayrılabilmeyle beraber dijital varlıklar genellikle bir şirketteki payı, bir hizmete erişim hakkını, gerçek hayattaki bir varlığı, ürün veya hizmete ilişkin kullanım hakkını temsil etmektedir. Satış süreci sonrası toplanan paranın kullanımına ilişkin bilgiler izahnameye benzer bir doküman olan “white-paper ”da yer almaktadır.

ICO’lar çok yüksek riskli ve spekülatif yatırımlardır. Bu sebeple, dijital varlık almayı düşünen yatırımcıların aşağıda belirtilen risklerin bilincinde olması ve alınacak dijital varlık karşılığında ne vaat edildiğini detaylı incelemeleri gerekmektedir.

D. Riskler

a) ICO’ların birçoğu yapısı itibariyle düzenleyici kurumların yetki ve görev alanı dışında kalmakta olup, herhangi bir düzenleme ve gözetime tabi olmamaktadır.

¹⁸⁵ Bu konuda bkz.

<https://spk.gov.tr/data/61e0b4db1b41c613a0d633dc/20c458af9ec636f50e86f04a02c3c89c.pdf>, Erişim Tarihi: 12.04.2024.

- b) Kripto paralara benzer şekilde, satın alınan tokenların değerlerinde de aşırı oynaklık görülebilmektedir.
- c) Toplanan paralar belirtilen amaçlarla kullanılmayabilir.
- d) Satıcılar tarafından sağlanan dokümanlarda eksik ve yanıltıcı bilgiler olabilir.
- e) Bu tarz uygulamalarla fon toplanan projelerin çoğunluğu erken aşama projeler olduğu için projenin başarısız olması ve yapılan yatırımın tamamının kaybedilmesi söz konusu olabilir.

E. Düzenleme

Sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde gerçekleştirilecek kitle fonlaması faaliyetlerine ilişkin usul ve esaslara dair SPK nezdinde yürütülen ikincil düzenleme çalışmaları devam etmektedir. Halka arz ve kitle fonlaması faaliyetlerine benzer yönleri ve farklılıkları bulunan “token satışı” uygulamalarının SPK’nin düzenleyici sınırlarına girip girmediği durum bazında farklılık gösterecektir. İkincil düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce kitle fonlaması adı altında izinsiz olarak gerçekleştirilecek faaliyetlerle ilgili olarak Kurulumuz tarafından gerekli her türlü idari ve cezai tedbir uygulanacaktır. Bu aşamada kitle fonlaması adı altında gerçekleştirilmesi muhtemel kripto varlık satışlarına yatırımcılar tarafından itibar edilmemelidir.

Bu çerçevede Türkiye’de muhtemel bir dava finansmanı tokeninin halka arzında öncelikle ana mevzuat, SPK tarafından ihdas edilebilecek ikincil mevzuat ve son olarak konu ile ilgili, hasılı davaya iştirak yasağı gibi genel mevzuat içeriği incelenmeli ve bunlara uygun hukuki işlemlerde bulunulmalıdır.

İkinci Bölüm

MUKAYESELİ HUKUKTA DAVA FİNANSMANI UYGULAMALARI

I. TEAMÜL HUKUKU

A. ABD

ABD’de dava finansmanının gelişimi hukuk piyasasının değişkenlik göstermesi sebebiyle diğer Teamül Hukuku uygulayan ülkelerden daha farklı bir seyir izlemiştir.

ABD’deki hukuk finansmanı endüstrisinin kökenleri, 1992 yılında *Plaintiff Support Services*¹⁸⁶ adlı bir şirkete dayanmaktadır. Haksız fiil davalarıyla iştigal eden avukat Joseph DiNardo, bir sorunla karşılaştı: Avukatın müvekkilleri, davaları devam ederken yaşam giderleri için paraya ihtiyaç duyuyor ancak avukatlık bürosunun etik kuralları, müşterilerinin yaşam giderlerini finanse etmesine izin vermiyordu. DiNardo’nun, bir hukuk finans kurumu arayışı boşa çıktıktan sonra, New York merkezli bir firma olan *Plaintiff Support Services* adlı bir şirketi, haksız fiil davalarına karışan davacılara yaşam giderleri için nakit avans sağlamaya teşvik etti.¹⁸⁷

ABD’de uzun zamandan beri başarıya bağlı avukatlık ücretleri uygulanmakta olup bu yöntem, avukatlık büroları tarafından olağan bir finansman modeli olarak yıllardan beri dava finansmanına benzer bir yöntem şeklinde kullanılmaktadır. Ayrıca, jüri tarafından karar verilen tazminatlar, Kara Avrupası sisteminden farklı olarak, davacının zararını tazmin etmekten ziyade davalıyı cezalandırma amacı taşıması sebebiyle Kara Avrupası, İngiltere veya Avustralya’dakilerden çok daha yüksektir. Bu husus, avukatların önemli bir gelirin bir kısmını alarak haklı davaları yürütebilmesine olanak tanımaktadır.

Bunlarla birlikte, üçüncü taraf finansmanının kullanımı ABD’de günden güne artmaktadır. Bunun sebebi, davaların başarıya bağlı bir temelde yürütülürken, davalara giren avukatların genellikle harçlar, bilirkişi ücretleri ve diğer harcamaları davanın tüm süresince karşılamak zorunda olmalarından kaynaklanmaktadır.

¹⁸⁶ Bu konuda bkz. <http://buffalolawyers.com/index.php?p=32>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

¹⁸⁷ Volsky, s. 33.

ABD hukuk tarihinde maddi tazminat arayan Amerikalılar yıllarca avukatlarıyla başarıya bağlı bir temelde anlaşmalar yapmışlardır. Diğer ülkelerde benzer "kazan-kazan" anlaşmalarına yetki veren yasaların çıkarılmasıyla başlayan uygulama, ABD’de birkaç kez değişikliğe uğramış olsa da yüzyıldan daha uzun bir süredir devam etmektedir.

ABD’de avukat hizmetleri genellikle üç şekilde satın alınmaktadır.¹⁸⁸ İlk olarak, müvekkil ve avukat özellikle gayrimenkul işlemleri gibi yaygın ve öngörülebilir hukuki hizmetler için uygulanan sabit bir ücret üzerinde anlaşabilmektedirler. İkinci olarak, avukat, sözleşmeler hazırlama, vergi danışmanlığı veya maddi tazminat için ticari davalara giriş gibi daha karmaşık görevler için saatlik ücretler alabilmektedir. Üçüncü olarak, müvekkil ve avukat, müvekkilin avukatına dava neticesi elde edeceği kazancın sabit bir yüzdesini ödemesini içeren bir başarıya bağlı ücret anlaşması akdetmektedir. Genellikle bu tür bir anlaşmada kazancın üçte biri, bazı durumlarda ise dava konusunun yarısı kadar avukatlık ücreti talep edilebilmektedir. Başarıya bağlı düzenlemeler dönem dönem mahkemelerce sorgulanmış olsa da neredeyse bunların hepsi geçerli kabul edilmiş, 1908’de ABA nihayet başarıya bağlı ücretleri onaylamış ve 1965’e gelindiğinde bu uygulama tüm eyaletlerde benimsenmiştir. Nakit akışını iyileştirme, genel masrafları karşılama ve likiditeyi artırma ihtiyacı, birçok başarıya bağlı ücret avukatının, müstakbel alacaklarını dava finansörlerine satmalarına yol açmıştır. Bu, kısa vadeli dava finansmanı metodu ABD’de gelişmekte ise de dava finansmanının ilerlemesi İngiltere ve Avustralya’da olduğundan daha yavaş gelişmiştir. Bunun temel sebebi ABD’de başarıya bağlı ücretlerin yaygın bir şekilde kullanılmasıdır.

Uluslararası tahkim dünyasında, finansman kullanımı, davalarda olduğu gibi yavaş ilerlememiş ve önemli derecede kullanılır hale gelmiştir. ABD’de genel olarak, ticari davalarla ilgili dava finansörlerinin muhtemel suiistimalleri konusunda endişeler bulunmaktadır. Ek olarak, eyalet sistemi, hasılı davaya iştirak kurallarının yavaş bir şekilde bozulmasına yol açmış ve ABD’deki çeşitli eyalet mahkemelerinde geniş bir yelpazede dalgalanmaya neden olmuştur.

Geleneksel başarıya bağlı ücretlerle çalışan avukatlık büroları, üçüncü şahıs tarafından finanse edilmemiş olmalarından dolayı birçok zorluğa maruz kalmışlardır. Buna bağlı olarak, birçok küçük ve orta ölçekli başarıya bağlı çalışan avukatlık bürosu, mali dengelerinin büyük bir kısmının gelecekteki ücretlere bağlı olduğu, çoğunlukla başarıya bağlı ücretlerden gelen

¹⁸⁸ Bu konuda bkz. <https://www.findlaw.com/hirealawyer/attorney-fees-and-agreements/types-of-legal-fees.html>, Erişim Tarihi: 15.04.2024.

alacaklarının bağlandığı kırılğan nakit akışlarına sahiplerdir. Kazanılan davalardan elde ettikleri başarıya bağlı ücretlerle finanse edilen avukatlık büroları genellikle, klasik kredi sağlayıcılardan finansman sağlamakta zorlanan, teminatlarını uygun bir şekilde değerlendiremeyen kendi finansmanını oluşturan kuruluşlardır. Avukatlık büroları tarafından bu boşluğu doldurmak, dava finansmanını finanse etmek, dava maliyetlerinin hızlı bir şekilde geri ödenmesine katkıda bulunmak ve genel giderleri karşılamaya yardımcı olmak amacıyla böyle bir ürün oluşturulmuştur.¹⁸⁹

Öte yandan, dava finansmanı şirketleri, her gün hukuk endüstrisiyle uğraştıkları için avukatlık bürolarının varlıklarını değerlendirmede uzmanlaşmışlardır. Bu nedenle, bir bankanın, krediye oranla önemli ölçüde eksik teminat varlığı sebebiyle hiçbir zaman sağlayamayacağı kadar büyük kredileri, bu finansman şirketleri gerektiği şekilde sağlayabilmektedirler. ABD’de, üçüncü kişilerin davaları finanse ettiği pazar, sadece birkaç yıl içinde hızla gelişmiş olup bu çerçevede ülke genelinde başarıya bağlı ücretlerle çalışan avukatlık bürolarına yaklaşık 1 Milyar ABD Doları miktarında yatırım yapılmıştır. Ancak aşırı hızlı ilerleme, ilk yıllardaki olağanüstü genişlemenin bir anda daralmasına sebep olmuştur. Küresel ekonominin yavaşlaması, kredi piyasalarının sıkılaşması, varlık değerlerinin düşmesi, artan hukuki maliyetler, kurumsal yatırımcılar tarafından desteklenmenin artması ve hukuk endüstrisinin yenilikçi finansal ürünlere giderek artan açlığı, bu yeni ve karlı alanın genişlemesini tetiklemiştir. 1990'larda bir küçük endüstri olarak başlayan dava finansmanı, büyüyen kurumsal katılımla alternatif bir yatırım modeline dönüşmüş ve bireylerin, şirketlerin ve avukatlık firmalarının daha geniş finansal ürünlere erişimine olanak tanımıştır.¹⁹⁰

Üçüncü şahıs dava finansmanı endüstrisi, ABD federal yasaları altında özel olarak düzenlenmemekle birlikte, bazı eyaletler finansörlerin talep edebileceği ücretleri sınırlayarak tüketicilere sağlanan dava finansmanını düzenleme altına almaktadırlar.

Federal davalarla ilgili olarak mahkemelere veya karşı tarafa dava finansmanı anlaşmalarının açıklanması zorunluluğu olmamakla beraber bazı durumlarda mahkemeler dava finansmanı varlığının açıklanmasını talep etmektedirler. 2021 tarihli bir kararda, Delaware’de bir mahkeme, önünde açılan davalarda tüm tarafların, avukat ücretlerinin ve masraflarının tümünün veya bir kısmının, dava neticesinden "kişisel bir kredi, banka kredisi veya sigorta

¹⁸⁹ Rowles-Davies/Cousins, sf. 77.

¹⁹⁰ Volsky, sf. 37.

niteliğinde olmayan parasal olmayan bir sonuç" karşılığında üçüncü bir kişi tarafından ödenip ödenmediğinin açıklaması zorunluluğunu karar altına almıştır. Karar ayrıca, üçüncü taraf finansörünün adı, adresi ve kuruluş yerinin, üçüncü taraf finansörünün onayının, dava veya sulh görüşmelerinin yapılması için "gerekli olup olmadığı, sulha onayıyla ilgili şartlar ve koşulların" ve üçüncü taraf finansörün davada sahip olduğu finansal çıkarın açıklanmasını zorunlu kılmıştır.¹⁹¹

Mevcut durumda, dava finansmanı sağlayıcıları ABD’de yasal bir düzenlemeye tabi olmamasına rağmen, Amerikan federalizminin çift egemen sistemine göre, eyaletler federal hükümetin üzerinde en etkili hukuki düzenleme olan Anayasa’da¹⁹² belirtildiği gibi sınırlı geçerli yetkiye sahiptir. Dava finansmanı ile ilgili konular genellikle eyalet hukuku konularının kapsandığı veya yerel uygulamalar ile düzenlenen usul konularını içermekte olup dava finansmanına ilişkin özel bir federal hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır.¹⁹³

ABD kongresi tarafından, 2018 yılında başarısız bir girişim olarak ilgili yasanın sunulmasını müteakip, 2019’da Dava Finansmanı Şeffaflık Yasası tekrar kanunlaştırmak üzere sunulmuştur. Yine başarısız olan girişimin ardından 2021’de aynı yasa bir kez daha sunuldu. Bu tasarı, belirli davalarda davacı avukatlarının mahkemeye ve davadaki diğer taraflara, davanın sonucuna bağlı olarak ödeme almak üzere yetkilendirilen bir dış kuruma (örneğin davada bir taraf veya avukat olmayan bir kuruma) ait olan anlaşmayı iletmesini şart koşmaktaydı. Tasarı ile davacı avukatları, aynı zamanda dış kurumun kimliğini de açıklamakla yükümlü tutulmuştur.¹⁹⁴

B. İngiltere

Birkaç açıdan ilginç olan İngiliz dava finansmanı piyasasının gelişimi, öncelikle İngiliz Hukuku’nun sıkça diğer yargı bölgelerinde etkili olduğu ve yargıçlar tarafından referans alındığı bir bakış açısından kaynaklanmaktadır. İngiliz Hukuku, ABD dahil olmak üzere tüm Teamül Hukuku’na dayalı ülkeleri temelini oluşturmaktadır. Son dönemde İngiliz mahkeme

¹⁹¹ Bu konuda örnek karara ilişkin özet bilgi için bkz. <https://instituteforlegalreform.com/blog/another-federal-court-now-requires-disclosure-of-third-party-litigation-funding/>, Erişim Tarihi: 15.04.2024.

¹⁹² ABD Anayasası’na ilişkin detaylı bilgi için bkz. https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/constitution?https://billofrightsinstitute.org/playlists/womens-history-month&gad_source=1&gclid=CjwKCAiA_tuuBhAUEiwAvxkgTtepgGOE8ygluoXHB8mxIdlzQfmbqkLs97DOEv7pFwVWk4hB9n0_hoCoQ0QAvD_BwE, Erişim Tarihi: 15.04.2024.

¹⁹³ Friel/Siffert/Schuller (2020), sf.142.

¹⁹⁴ Bu konuda bkz. H.R.2025 - Litigation Funding Transparency Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/2025>, Erişim Tarihi: 15.04.2024.

kararları ve hukukçuların görüşlerinin yanı sıra hükümet kurumları ve mesleki kuruluşların raporları, üçüncü şahıs dava finansmanı işlemlerinin yasallığını teyit etmektedir.¹⁹⁵

İngiltere'deki dava finansmanının tarihsel gelişimi, zaman içinde önemli değişiklikler geçirmiştir. Daha önce açıkladığımız üzere, dava finansmanı erken dönemlerde İngiliz Hukuku'ndaki "Davada Kar Ortaklığı" ve "İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki" doktrinine (*Champerty and Maintenance doctrine*) dayanmaktadır. İlk dönemlerde "Davada Kar Ortaklığı" ve "İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki" suç ve haksız fiil sayılırken gelişen hukuk dünyasında daha sonraları bunlar suç olmaktan çıkmış ve özellikler 1950'lerden sonra kabul edilebilir kavramlar haline gelmiştir.

Hukuk Komisyonu'nun 1966 tarihli "Champerty ve Maintenance Yasağı Hakkında Reform Raporu"¹⁹⁶, İngiltere'de bu alanla ilgili önemli bir değişimi başlatmıştır. Rapor, "Davada Kar Ortaklığı" ve "İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki" kısıtlayıcı yasalarının gevşetilmesini önermiş ve bu önerilerin bir kısmı ile "champerty ve maintenance" ceza kanunu nezdinde suç olmaktan çıkarılmış ve daha sonra 1995 tarihli Hukuki Yardım, Adalet ve Tarafsızlık Yasası'nda kabul edilmiştir. Bu dönemde, dava finansmanının kapıları biraz daha açılmış ve 1999'da Hukuki Yardım, Adalet ve Tarafsızlık Yasası, dava finansmanını destekleyecek daha fazla değişikliği beraberinde getirmiştir. Bu yasa, dava finansmanının etkili bir şekilde kullanılabilmesine olanak tanıyan bir çerçeve oluşturmuştur.

İngiltere'de dava finansmanının başka bir dönüm noktası, 2013 yılında yürürlüğe giren Hukuk Reformu Yasası ile gelmiştir. Bu yasa, "no win, no fee" (kazanma durumunda ücret var, kaybetme durumunda ücret yok) anlaşmalarını ve üçüncü bir şahsın dava maliyetlerini karşılama olanağını sağlayarak, dava finansmanını daha şeffaf ve adil hale getirmeyi amaçlamıştır.

İngiliz Hakim, Lord Justice Jackson, 2009'da medeni hukuk davaları ile ilgili maliyetleri gözden geçirdiği ve önerilerde bulunduğu bir rapor yayınlamıştır. Bu rapordaki üç önerisinden biri tüm dava finansman şirketlerinin dahil olacağı tatmin edici ve gönüllülük esaslarına bağlı düzenlemiş bir davranış kuralları meydana getirmektir. Lord Justice Jackson'ın başlangıç önerisi

¹⁹⁵ Volsky, sf.221.

¹⁹⁶ Rapor için bkz. <https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2016/08/LC.-007-PROPOSALS-FOR-REFORM-OF-THE-LAW-RELATING-TO-MAINTENANCE-AND-CHAMPERTY.pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2024.

kamuoyu ve öğretide *Arkin* davası¹⁹⁷ ve *Arkin* sınırı (*Arkin cap*) olarak bilinen hususlara atıf yapmaktı. *Arkin* davasında, Mahkeme, adalet erişimini kolaylaştıran bir şekilde finansman sağlayan ticari bir finansörün, davanın davacının kontrolünde kalması koşuluyla, finansörün maliyetler ile ilgili sorumluluğunun sağlanan finansmanın miktarı kadar olması gerektiğine karar vermiştir.¹⁹⁸

Ancak zaman içinde mahkeme kararlarında *Arkin* sınırından farklı uygulamalar dikkati çekmiştir. Bu karardan ilk sapma, öğretide ve kamuoyunda *Chapelgate*¹⁹⁹ davası olarak bilinen davada yaşandı. Bu davada başarılı olan davalı taraflar, Chapelgate Credit Opportunity Masterfund Limited adlı üçüncü şahıs dava finansörü aleyhine, Yüksek Mahkeme Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca dava maliyetlerinin tamamının karşılanmasını talep etti. Yargıç Snowden, *Arkin* kararının, ticari bir dava finansörünü içeren davalar için doğrudan olarak uygulanan bir kurallar dizisi olmadığını belirterek *Arkin* sınırlamasının davada "adaletli bir sonuca" yol açıp açmayacağını değerlendirmenin önemini vurguladı. Yargıç Snowden, bu durumda *Arkin* sınırlamasının adaletli bir sonuca yol açmayacağını düşünerek *Chapelgate*'in başlangıç yatırımından çok daha fazla miktarda maliyet ödemesine karar verdi. Bu kararla, *Arkin* davasındaki kararın "uygulanamaz olduğu" değil sadece bu kararın "bağlayıcı olmadığı" neticesine varıldı.²⁰⁰

Hakim Lord Justice Jackson'ın konu ile ilgili çalışması ve tavsiyeleri akabinde, temel görevi adalet bakanlığı görevini üstlenmek olan Lord Chancellor'a, adliye teşkilatına (*Judiciary*) ve Medeni Usul Hukuku Kuralları Komitesine (*Civil Procedure Rule Committee*) medeni hukuk konularında danışmanlık vermek olan Medeni Hukuk Konseyi [*Civil Justice Council (CJC)*]²⁰¹ tarafından 2011 yılında üçüncü şahıs dava finansörleri için uygulanacak bir meslek kuralları oluşturuldu. Bu kuralların oluşturulması ile birlikte İngiltere ve Galler Dava Finansörleri Birliği [*Association of Litigation Funders (ALF)*] kuruldu. Kasım 2011'de yayımlanan kurallar 2018'de tekrar revize edildi. ALF'ye üyelik şu anda zorunlu olmamakla birlikte çoğu üçüncü şahıs dava finansörü üye olmayı tercih etmemiştir. Bunun yerine, ALF

¹⁹⁷ Karar için bkz. <https://vlex.co.uk/vid/arkin-v-borchard-lines-793544533>, Erişim Tarihi: 16.04.2024.

¹⁹⁸ Friel/Barnes (2021), sf.116.

¹⁹⁹ Karar için bkz. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/246.html>, Erişim Tarihi: 16.04.2024.

²⁰⁰ Bu konuda bkz. "Does the High Court's refusal to limit a funder's liability for third party costs mark the end of the Arkin Cap?", <https://www.stewartslaw.com/news/limit-on-funder-liability-for-third-party-costs/> Erişim Tarihi: 07.01.2024.

²⁰¹ Kurum ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://www.judiciary.uk/related-offices-and-bodies/advisory-bodies/cjc/>, Erişim Tarihi: 12.12.2023.

kurallarına uymak ve standart sözleşmeler tazmin etmek suretiyle talep sahibi davacılara güvence ve koruma sağlamaktadırlar.

ALF aşağıdaki şekilde tanıtılmaktadır:²⁰²

Dava finansmanı endüstrisi, kendi düzenlemesini oluşturmuş ve finansal riskin rasyonel yönetimini arayan davacıları koruyan ve belirli en iyi uygulamaları tanımlayan bir yapı kurmuştur. ALF'nin bir finans üyesi ile çalışarak, dava finansmanına erişen taraflar, bu endüstriyi tanımlayan yüksek kalite standartlarını karşılayan bir organizasyon bulacaklarından emin olabilirler. ALF'nin Meslek Kuralları, ALF'nin finans üyelerinin uymak zorunda olduğu standartları belirler. Bu, finansörlerin sermaye yeterliliği için standartlar belirler, finansörlerin belirli, sınırlı durumlar dışında davadan çekilmelerine izin verilebilecek koşulları belirler ve finansörlerin, davacıların ve avukatlarının rollerinin ayrı tutulması gereken şekli açıklar. ALF aynı zamanda etkili ve güçlü bir şikayet işleme prosedürüne sahiptir. Biz, dava finansmanının İngiltere ve Galler'deki düzenleyici ortamını şekillendirmek için hükümet, yasama organları, düzenleyiciler ve diğer politika yapıcılarıyla etkileşimde bulunuyoruz. Bu nedenle davacılar ve avukatları, yalnızca ALF'nin onaylı üyeleri olan finansörlere çalışmalarını konusunda teşvik edilmektedir.

Üçüncü şahıs dava finansmanına yönelik meslek kuralları, kendi sermayesine sahip olan ve İngiltere'de dava finanse eden fonlar için de geçerlidir. Bu kurallar ile kurucu üyeler tarafından gözlemlenmesi gereken standartlar belirlenmiştir. Bu standartlara göre, bir dava finansörünün ALF üyesi olabilmesi için kontrolü altındaki fonlara anında erişim sağlama zorunluluğu bulunmaktadır. Standartlar ve kurallar, esasen İngiltere'deki uyuşmazlıkların çözümünü finanse eden tüm üyelere uygulanır. Bu bağlamda, kuralların kapsamı dar olsa da hakimiyeti bir dereceye kadar tahkimle ilgili olarak da uygulama alanına sahiptir. Tüm üyelerin iştirak konusunun, bir uyuşmazlığın çözümü için İngiltere'deki dava maliyetlerini karşılamak üzere dava finansman anlaşmasına yatırım yapmak olmalıdır. Finanse edilen tarafın anlaşmayı esaslı şekilde ihlal etmesi durumu hariç finansörler dava neticesinden elde edilecek menfaatin bir kısmından başka bir ödeme talep edemez.²⁰³

²⁰² Bu konuda bkz. <https://associationoflitigationfunders.com/about-us/>, Erişim Tarihi: 12.12.2023.

²⁰³ Friel/Barnes (2021), sf.121.

İngiltere’de dava finansmanı belirli kısıtlamalarla birlikte kabul edilmiştir. İngiliz mahkemeleri sürekli olarak, üçüncü taraf finansmanına karşı uygulanan “Davada Kar Ortaklığı” ve “İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki” yasağının, yatırımcıların davacıları veya temel iddialarını kontrol etmedikleri sürece geçerli olmadığını belirtmektedirler. Dava finansmanında, finansörün davacıyı ve talebi kontrol etmesi hususu, İngiliz mahkemelerini en fazla rahatsız eden konuların başında gelmektedir. Bunun sebebi üçüncü bir tarafın, talep sahibi yerine davanın yönlendirilmesine müdahale ettiği algısı nedeniyle avukat-müvekkil ilişkisi ile ilgili sorunlar ortaya çıkarmasıdır. Bu nedenle, İngiltere’deki dava finansmanı şirketleri, yatırım uygulamalarının kamu düzeniyle uyumlu olduğunu düzenleme kurumlarına teyit ettirmeye çalışmaktadırlar. Tipik bir dava finansmanı işlemi, yatırımcının hangi avukatları işe alacağına karar verdiği ve getirilerini nasıl yönlendireceğini planladığı, ayrıca yatırımcıların dava stratejisi üzerinde anlaşmaya vardığı ve taleplerin takibini yönlendirdiği, ancak kontrolün sürekli davacıda olduğu bir süreci içermelidir. Ayrıca, nihayetinde talep üzerinde karşı tarafla sulh yapma kararı davacının uhdesinde kalacaktır.

Üçüncü kişi dava finansörleri bir davanın finanse edilip edilmeyeceğine karar verirken davacının seçtiği avukatın uzmanlığını dikkate almaktadır. İngiltere’de dava finansörleri duruşmalara ve uzlaşma işlemlerine yasal olarak katılabilmektedir. Öğretide ve kamuoyunda *Excalibur*²⁰⁴ davası olarak bilinen davada temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesi hakiminin sorumlu bir dava finansörünün orantılı ve uygun düzeyde davayı gözden geçirebileceği ve bunun yasağa tabi olmayacağı fikrini desteklemiştir. Bu karar ile üçüncü şahıs finansörlerin davacıya finansman sağlamadan önce aktif rol almaları ve dava ilerledikçe davayı gözden geçirmeleri hukuka uygun bulunmuştur.²⁰⁵

İngiliz mahkemeleri, Avustralya Yüksek Mahkemesi kadar finansörün dava süreci üzerindeki kontrol derecesi konusunda ilerici değilse de olumlu hukuki ortam, sıkı kredi piyasaları nedeniyle sermayeye olan yüksek taleple güçlendirilen dava finansmanı endüstrisinin genişlemesi için gerekli itici gücü yaratmıştır. Son yıllarda, bazı büyük hukuk firmalarının dava ile bağlantılı finansman ürünlerini kullanmaya başlamasıyla birlikte, İngiltere’de dava finansmanı ivme kazanmıştır.²⁰⁶

²⁰⁴ Karar için bkz. <https://vlex.co.uk/vid/excalibur-ventures-llc-v-792883185>, Erişim Tarihi: 13.12.2023.

²⁰⁵ Aküzüm, sf. 156.

²⁰⁶ Volsky, sf. 222.

Günümüzde İngiltere'de dava finansmanı, hala evrim geçirmektedir. Hukuki düzenlemeler, mahkeme kararları ve sektördeki çalışmalar, dava finansmanının rolünü ve uygulamalarını şekillendirmeye devam etmektedir.

C. Avustralya

Avustralya'da dava finansmanı düzenlemeleri, özellikle toplu davaların finansmanına ilişkin düzenlemeler, sürekli olarak değişmekte ve gelişmektedir. Son olarak federal hükümet tarafından, dava finansörleri ile toplu dava grup üyelerini yatırım şemsiyeleri ve finansal hizmetler lisanslama şemsiyeleri olarak sınıflandıran birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede, toplu dava finansörleri, Avustralya finansal hizmetler lisansına sahip olmalı ve her finanse edilen talebi yönetilen bir yatırım işlemi olarak kaydetmelidir.²⁰⁷

Avustralya'da dava finansmanı ilk ortaya çıktığı dönemlerde sınırlı olarak kullanılmakta olup varlığına dair nispeten düşük bir farkındalık vardı. Bu dönemde daha geleneksel yöntemler ile davalar açılmakta ve hukuki anlaşmazlıklar için üçüncü taraf finansmanı kavramı geniş çapta yaygın olarak kullanılmamaktaydı.

Üçüncü kişi dava finansörü şirketlerin yavaş yavaş ortaya çıkması ile birlikte dava ortamı değişmeye başladı ve zamanla bu şirketler, hukuki davalarla ilgilenen bireylere ve işletmelere finansal destek sağlamada uzmanlaştı.

Genellikle dava neticesi elde edilecek menfaatin paylaşımı karşılığında hukuki maliyetleri ve diğer giderleri karşılanması usulüne bağlı finansman anlaşmalarının ortaya çıkması bu döneme denk gelmiştir.

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin konuyu karara bağlama şansı, öğretide ve kamuoyunda *Fostif* davası²⁰⁸ olarak bilinen dava neticesi bir davada gelmiştir. Davada, tütün perakendecileri, tütün toptancılarına ödedikleri paraların geri alınması talep ediliyordu. Bu ödemeler iddia edildiğine göre toptancıların ödemesi gereken bir lisans ücreti için yapılmıştı ve daha sonra bu husus anayasaya aykırı bulundu ve lisans ücretleri ödenmedi. Davayı finanse etmeye hazır olan bir dava finansörü, dava neticesi elde edilecek menfaatin üçte biri

²⁰⁷ Friel/Barnes (2021), sf.160.

²⁰⁸ Karar için bkz.

[https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/2006/Campbells%20Cash%20&%20Carry%20v%20Fostif%20Pty%20Ltd%20\(S514-2005%20to%20S520-2005\)%20\[2006\]%20HCA%2041.pdf](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/2006/Campbells%20Cash%20&%20Carry%20v%20Fostif%20Pty%20Ltd%20(S514-2005%20to%20S520-2005)%20[2006]%20HCA%2041.pdf), Erişim Tarihi: 13.12.2023.

karşılığında davayı finanse etmeye ve maliyetleri üstlenmeye razı oldu. Avustralya Yüksek Mahkemesi, beşe iki çoğunlukla, dava finansmanının ne bir hukuk ihlaline yol açtığını ne de kamu politikasına aykırı olduğunu belirtti. Yani Yüksek Mahkeme, dava finansmanının meşruiyetini bu kararla onaylamış oldu. Ancak, ilginç bir şekilde, Yüksek Mahkeme tarafından dava finansmanı kavramı onaylansa da davacılar ve bu nedenle dava finansörü, sonuçta davayı başka nedenlerle kaybettiler.

Avustralya mahkemeleri, aldıkları kararları müteakip avukatların ve üçüncü kişi dava finansörlerinin dava açma ve başlatmadaki rolünü felsefi olarak desteklemektedir. *Fostif* davasında yüksek mahkeme Davada Kar Ortaklığı” ve “İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki” fiillerini *Champerty and Maintenance doctrine*²⁰⁹ fiillerin haksız fiil olmaktan çıkaran hükümlerini ele almıştır.²¹⁰

Dava finansmanı ivme kazandıkça, birkaç önemli dava, üçüncü taraf finansmanına izin verilmesi ve bu konunun düzenlenmesine dair örnekler oluşturmada yardımcı oldu. Mahkemeler, dava finansmanı düzenlemelerinin geçerliliğini tanımaya başlayarak, bunların daha geniş kabulü için bunlara yol açtı.

Düzenleyici gelişmeler, Avustralya'daki dava finansmanını genel anlamda şekillendirmede kritik bir rol oynamıştır. Zaman içinde, düzenleyici kurumlar dava finansmanı piyasasını yönlendirmek için kurallar oluşturarak, işlemlerde şeffaflık sağlayarak, tarafların ve finansörlerin çıkarlarını korumayı amaçlamışlardır.

Dava finansmanı, Avustralya'da özellikle toplu davalar bağlamında öne çıkmıştır. Dava finansmanı, bireylerin veya davacı gruplarının daha büyük kuruluşlara karşı hukuki eylemde bulunmalarına olanak tanımış, oyun alanını dengeleyerek adalete erişimi artırmıştır. Dava finansmanının giderek artan etkisi, hükümet soruşturmalarını etkileyerek, devleti bunların etkisini ve etkinliğini değerlendirmeye yönlendirdi. Bu soruşturmalar, adalet erişimini kolaylaştırmak ve potansiyel etik veya düzenleyici endişeleri ele almak arasında bir denge kurmayı amaçlıyordu.

Avustralya, dava finansmanının denetlenmesine ilişkin sürekli tartışmalar ve düzenleyici değişiklikler yaşamıştır. Düzenleyici çerçeve, açıklama gereksinimleri, çıkar çatışmaları ve

²⁰⁹ Bkz. Dipnot 4.

²¹⁰ Aküzüm, sf. 139.

dava finansörlerinin hukuki süreçlerdeki rolleri gibi konuları ele almak üzere evrildi. Zaman içinde, dava finansmanının adalet erişimini teşvik etmek için meşru ve değerli bir araç olarak artan bir kabul gördü. Hem hukuk uygulayıcıları hem de davacılar, üçüncü taraf finansmanı ile ilişkilendirilen faydalar ve düşünce süreçleri konusunda daha bilinçli hale geldi.

Avustralya'nın dava finansmanına yaklaşımı, özellikle ABD ve İngiltere gibi diğer yargı bölgelerindeki gelişmeleri etkilemiştir. Uluslararası en iyi uygulamalar ve deneyimler, endüstriyi nasıl yapılandıracağı ve düzenleyeceği konusundaki tartışmalara rehberlik etmiştir.

Şu anda dava finansmanı, Avustralya'da yerleşik ve büyüyen bir endüstridir. Özellikle karmaşık ve yüksek değerli hukuki anlaşmazlıklarda adalet erişimini kolaylaştırmak adına önemli bir rol oynamaya devam etmektedir. Devam eden gelişmeler ve düzenleyici ayarlamalar, gelecekteki seyrini şekillendirmeye devam edecektir.

II. KARA AVRUPASI

A. Almanya

Almanya'da dava finansmanı 1999 yılında ortaya çıkmıştır.²¹¹ Alman Hukuku'nun hizmet sunan avukatların başarıya dayalı ücret anlaşmalarını yasaklaması ve banka kredileri için talep edilen güvenceleri sağlaması gereken davacılar için bir ödeme yöntemi arayanlar için bir boşluk bulunması sebebiyle ticari dava finansmanı şirketleri, hukuki hizmetler sağlama yetkisine sahip olmadıkları için, elde edilen gelire bir pay karşılığında finansman sağlama konusunda herhangi bir yasal kısıtlamanın bulunmaması sebebiyle Almanya'da çalışmaya başlamışlardır.

Temelde, Alman Hukuku'nda dava finansmanına ilişkin herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Ancak, genel olarak Alman Federal Avukatlar Yasası'nın²¹² 49 (b) maddesi²¹³ uyarınca avukatlara başarıya dayalı ücretlendirme yapmalarına izin

²¹¹ Friel, S., Barnes, J. (contributing editors), Eversberg, A. (2019), *Litigation Funding*, London: Law Business Research, sf. 35.

²¹² Kanun metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_brao/englisch_brao.html, Erişim Tarihi: 30.05.2024.

²¹³ Alman Federal Avukatlar Yasası m. 48 (b) 2'ye göre: Bir davada ücret veya miktarının sonuca veya avukatın başarısına bağlı olarak belirlendiği veya bir avukatın toplanan miktarın bir kısmını aldığı anlaşmalar (koşullu ücret) Avukatların Ücretler Yasası'nın aksi belirtilmedikçe geçerli değildir.

verilmemektedir. Alman Hukuku'nda üçüncü kişi finansörlerin tahkim finansmanı sağlamasında da bir kısıtlama bulunmamaktadır. Alman Tahkim Hukuku genel olarak 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'na dayanmaktadır. Ayrıca, Almanya'nın başlıca tahkim kurumu olan DIS'in Tahkim Kuralları, üçüncü taraf finansmanına ilişkin herhangi bir kısıtlama veya açıklama yükümlülüğü içermemektedir. Bu, örneğin Uluslararası Ticaret Odası'nın (ICC), Stockholm Ticaret Odası'nın (SCC), Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi'nin (VIAC) Tahkim Kuralları veya UNCITRAL Çalışma Grubu III'ün Yatırımcı-Devlet-Uyuşmazlık-Çözümü ile ilgili mevcut önerileri gibi kurallardan farklılık göstermektedir.²¹⁴ Bu kurumlara ilişkin dava finansmanı konuları aşağıda irdelenmiştir.²¹⁵

Almanya'da, dava finansmanı sağlayan üçüncü kişi kurumlar aktif olarak çalışmaktadırlar. Dava finansmanı talep eden davacılar ile finansörleri arasındaki hukuki ilişkinin, Alman Kanunlarına göre düzenlenmiş bir ortaklık niteliğinde olduğu birkaç mahkeme kararı tarafından onaylanmıştır.²¹⁶ Şimdiye kadar verilen hükümler, mahkemelerin üçüncü kişi dava finansmanına olumlu bir bakış açısı benimsemiş olduğunu göstermekte olup bu tür finansörler aleyhine verilmiş herhangi bir mahkeme kararı hakkında bilgi bulunmamaktadır. Üçüncü kişi dava finansmanı ile ilgili gelir paylaşımı oranları ile ilgili de bir düzenleme olmamakla birlikte, bir finansörün talep ettiği gelire neyin makul bir pay olduğunu belirleyen soruya yanıt veren birkaç mahkeme kararı bulunmaktadır. Piyasada standart şartlar ve koşullar genellikle 500.000 EUR'nin üzerindeki herhangi bir gelir için %20'lik bir payı ve 500.000 EUR dahil olmak üzere herhangi bir gelir için %30'luk bir payı öngörmektedir. Ancak, bireysel duruma bağlı olarak, gelirden anlaşılan pay değişebilmektedir. Örneğin, Münih Yüksek Bölge Mahkemesi, bir finansörün davaya ancak davayı ilk aşamada kaybettikten sonra dahil olduğu bir durumda, %50'lik bir payın haklı olduğuna karar vermiştir. Bir görüşe göre, gelir paylaşımında %50'ye kadar olan bir payın makul olduğu, bundan daha fazlasının muhtemelen kamu düzenine aykırı olacaktır. Bu paydan daha yüksek bir pay öngören sözleşmenin geçerli sayılıp sayılmayacağı henüz belirsizdir. Her durumda ve prensip olarak, anlaşılan gelir payı piyasa tarafından belirlenmektedir.²¹⁷

²¹⁴ Scherpf, G., Nguyen, T. (2023), *The Landscape of Litigation Funding in Germany*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=41963c3e-28b0-4d26-b8b2-e8b9bf7b21c0>, §2, Erişim Tarihi: 08.01.2024.

²¹⁵ Bkz. İkinci Bölüm, IV. Kısım.

²¹⁶ Perrin/Sharma, sf. 61.

²¹⁷ Komor, §5.

Dava finansmanı şirketlerinin, yasal olarak banka veya sigorta sağlayıcı olarak faaliyet göstermelerine izin verilmemekte olup, bu konuda herhangi bir yasal veya düzenleyici hüküm uygulanmamaktadır. Şu anda, Avrupa Birliği'nde ve Almanya'da dava finansörlerini niteliklerine dair devam eden tartışmalar bulunmaktadır.

Alman Federal Avukatlar Kanunu etik kuralları ve düzenlemeleri içinde, üçüncü taraf dava finansörlerine özgü olarak değil, genel olarak hizmet sunan avukatlara ilişkin hükümler bulunmaktadır.²¹⁸

Alman Hukuku'nda davacı karşı tarafa veya mahkemeye finansman sözleşmesi ile ilgili açıklamada bulunmak zorunda değildir. Aynı şekilde karşı taraf ya da mahkeme de böyle bir finansman sözleşmesinin beyan edilmesine yönelik olarak herhangi bir talep veya zorlamada bulunmamaktadır. Almanya'da üçüncü kişi dava finansmanına ilişkin bilgilerin açıklanmasının mecbur kılacak bir yasal düzenleme ya da içtihat dahi bulunmamakta olup uygulamada genel olarak üçüncü kişi dava finansmanları gizli tutulmaktadır.²¹⁹

Alman Hukuku'nda üçüncü kişi dava finansmanı içerisindeki tartışmalı konulardan biri, kuralları atlatmaya çalışan avukatların, müvekkil kazanmak adına kendi finansman şirketlerini kullanmaya çalışmaları olmuştur. Bu durum şüphesiz mesleki kuralları ihlal eden çıkar çatışmalarına yol açabilecektir.²²⁰

Dava finansmanı ile ilgili herhangi özel bir etik kural veya düzenleme olmamasına rağmen, öğretide genel olarak, avukatların müvekkillerini dava finansmanı seçenekleri konusunda bilgilendirmeleri gerektiği savunulmaktadır. Bu duruşun arkasındaki mantık, müvekkillere mali riski kendilerinin üstlenip üstlenmeme kararı verme veya bu riski davalarını finanse etmeye ilgi duyan bir üçüncü tarafa devretme seçeneğini sunmaktır. Avukatların müvekkillerini hukuki masraflar sigortası elde etme olasılığı hakkında bilgilendirme yükümlülüğü altında olduklarından, avukatların müvekkillerini olası dava finansmanı seçenekleri hakkında bilgilendirmeleri mantıklıdır. Müşterilere hukuki finansman seçenekleri

²¹⁸ Kanun metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_brao/englisch_brao.html, Erişim Tarihi: 30.05.2024.

²¹⁹ Aküzüm, sf. 132.

²²⁰ Komor, §2.

hakkında bilgi verme yükümlülüğünün geçerliliği, son zamanlarda Köln Yüksek Bölge Mahkemesi'nin bir kararıyla doğrulanmıştır.²²¹

Bankalar ve sigorta sağlayıcıları gibi finansal kuruluşlar, Bonn'da bulunan Federal Finansal Denetleme Kurumu tarafından düzenlenmekte ve denetlenmektedir. Ticari dava finansmanı şirketleri, ne banka ne de sigorta sağlayıcı olarak lisanslı olduklarından, herhangi bir kamu otoritesinin denetimine tabi değildirler.²²²

Almanya Avrupa Birliği tarafından üçüncü kişi dava finansmanını kapsayacak düzenlemeleri takip etmekte olup genel kanı olarak bu düzenlemeler ile birlikte üçüncü kişi dava finansmanı piyasasının gelişeceği görüşü hakimdir.

B. İsviçre

Dava finansmanının mevzuata uygunluğu İsviçre'de herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. 2004 yılına ait bir Federal Yüksek Mahkeme kararında²²³, bir davada, üçüncü şahıs tarafından dava finansmanı yapılmasının ilgili davadaki davacı tarafın avukatından bağımsız olarak hareket etmesi suretiyle mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte mahkeme daha da ileriye giderek dava finansmanının talep sahibi davacı için faydalı dahi olabileceğini belirtmiş ve davayla ilgili mali riskin bağımsız ve uzman bir değerlendirme avantajı sağlayacağını ve bununla birlikte objektif bir bakış açısı sunabileceğini de ayrıca belirtmiştir. Bahsedilen karar 2014 yılında açıkça onaylanmış ve İsviçre'de dava finansmanının yaygın bir uygulama haline gelmesini de sağlamıştır.²²⁴ Mahkeme ayrıca Avukatlara Yönelik Federal Hareket Özgürlüğü Kanunu (BGFA)²²⁵ uyarınca avukatın duruma göre davacı tarafları dava finansmanı olasılığı hakkında bilgilendirmenin avukatın mesleki görevlerinin bir parçası olduğu sonucunu çıkarmıştır.

İsviçre'de dava finansmanı konusu henüz herhangi bir kanun ile düzenleme altına alınmamıştır. Ayrıca bu tür finansman anlaşmaları İsviçre tüketici kredi mevzuatı kapsamında

²²¹ Komor, §9.

²²² Friel/Barnes/Eversberg (2019), sf. 35.

²²³ Franziska Studer, F., Berger I., Wegmüller M. (2023), *At a glance: regulation of litigation funding in Switzerland*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=407bd0e0-04cc-4807-8569-fc97720d1c30>, §1, Erişim Tarihi: 02.06.2024

²²⁴ Karar için bkz:

²²⁵ Kanun metni için bkz.

da yer almamaktadır. Dolayısıyla İsviçre'de dava finansmanı mevzuat ile düzenlenmemiş şekilde işlem görmekte olup Federal Yüksek Mahkemesi dava finansman anlaşmasının yasal niteliği hakkında kararlarında yorum yapmamakla beraber bunun bir sigorta sözleşmesi olmadığını belirtmiştir. Dava finansmanı sözleşmesi İsviçre doktrinde tartışmalı olmakla beraber hakim görüş bu tür anlaşmaların İBK çerçevesinde ortaklık kurmak amacıyla yapılmış sözleşmeler olduğu yönündedir.

Dava finansmanı ile finanse edilmiş davalarda, dava neticesi masrafların kimin tarafından ödeneceği konusunda da bugüne kadar İsviçre mahkemelerinde kaybeden bir tarafa kazanan tarafın dava finansman maliyetlerini ödemesini emreden bir karar, bu konuda yeterli yasal dayanağın bulunmadığından bahisle verilmemiştir.²²⁶

Dava finansmanı, İsviçre'de daha önce bahsettiğimiz üzere²²⁷ herhangi bir düzenlemeye tabi olmamakla birlikte, dava finansmanı sağlayıcıları kendi yapılarının geçerli İsviçre finansal piyasası yasalarına uygun olduğundan emin olmalıdırlar. Bu tür şirketler, kurum olarak dava finansmanı hizmetleri verdiği takdirde İsviçre Federal Bankacılık Yasası'nın hükümlerine uymakla yükümlüdür. Ayrıca, dava finansmanı sağlayıcısının Federal Kara Para Aklama Yasası hükümlerine uymaları gerekmektedir.

İsviçre doktrindeki görüşlere göre, dava finansmanında yer alan önemli bir taraf, davacıyı temsil eden avukattır. Federal Yüksek Mahkeme bir kararında avukatların dava finansmanı ile ilgili olarak her zaman uyum sağlamaları gereken yasal çerçeve hakkında görüşünü dile getirmiştir. Mahkeme görevli avukatın aynı zamanda finansörün çalışanı, hissedarı veya yönetim kurulu üyesi olabileceği durumlara da atıfta bulunarak, görevli avukatın finansörlerin talimatlarına tabi olmadığı ve ayrıca bağımsız olması gerektiğini karar altına almıştır.²²⁸

Dava finansmanı içerisinde dava finansmanı sağlayan kurumun davaya dahil olduğunun açıklanması zorunlu değildir. Ancak, uygulamada, dava finansmanı sağlayıcısının davaya dahil olduğunun açıklanması müzakere gücünü güçlendirmenin veya yargılama maliyetlerinin bir kısmını ortadan kaldırmanın bir yolu olarak kasıtlı olarak kullanılabilir.²²⁹ Dava

²²⁶ Aküzüm, sf. 161.

²²⁷ Bkz. sf. 84

²²⁸ Steiner, M., Junginger D. (2018), *Litigation Funding in Switzerland*, Blog, <https://www.globalarbitrationnews.com/2018/01/30/litigation-funding-in-switzerland/>, §III/C.

²²⁹ Steiner/Junginger, §IV/A .

finansörünün, dava sürecinde dava konusunu temlik alması halinde mahkeme bu sağlayıcının davaya katılımına da izin verebilmektedir.

İsviçre'deki dava finansmanı konusundaki gelişmeler çerçevesinde, dava finansmanı hem davacı talep sahipleri tarafından kullanımının hem de mahkemeler tarafından yaygınca kabul edilmesinin yanı sıra bu ülkede finansal bir endüstri olarak da büyümeye devam etmektedir.

C. Hollanda

Hollanda, diğer Kara Avrupası ülkelerine göre daha serbest ve gelişmiş bir dava finansmanı piyasasına sahip olmakla birlikte, Hollanda mevzuatı da dava finansmanına olanak sağlayacak bir yapıda düzenlenmiştir.²³⁰

Temel olarak sözleşme özgürlüğü prensibini benimseyen Hollanda Hukuku'nda, taraflar, dava finansmanı temin etmeye yönelik sözleşmeler ve dava finansmanı temin eden tarafın talep edebileceği ücretler ve faizler üzerinde anlaşma yapma konularında serbesttirler. Ancak bunların, genel hükümlere, kamu düzenine ve temel hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir. Ayrıca, genel olarak dava araçlarına getirilen bazı sınırlamalar, dava finansmanına da uygulanmaktadır. Hollanda içtihat hukuku, bir davada üçüncü taraf bir dava finansmanı temin eden tarafın diğer üçüncü şahıs dava finansmanı sağlayıcılarından daha yüksek ücretler ve faizler talep etmesinin, kamu düzenini veya temel hükümleri ihlal etmediği yönünde karar vermiştir.²³¹

Hollanda mevzuatı, üçüncü kişi dava finansmanı konusunda, *Toplu bir Davada Zararların Tazmini hakkında Kanun* gereği, üçüncü kişi dava finansmanı temin eden finansörlerin varlığı halinde muhtelif hükümlere uyulması gerektiğini hüküm altına almıştır. Toplu davalarda dava finansmanı yaygın olarak kullanılmaktadır.²³² Bu çerçevede, bu tür davalarda belli bir davacı grup temsil edilenlerin çıkarlarının yeterince sağlanması gerektiği belirtilmekle birlikte ayrıca, belli bir grup tarafından temsil edilenlerin, bu grubun karar alma sürecine uygun ve etkili mekanizmalara sahip olması gerektiği davayı yeterince sürdürebilmesi için yeterli fonlara sahip olması ve toplu davayı yeterince kontrol altında tutması gerektiği belirtilmektedir.²³³

²³⁰ Aküzüm, sf. 149.

²³¹ Barnes J., Friel S. (Consulting Editors), Roessingh, D., Roodhevel J., Meijerink A. (2022), *Litigation Funding / Netherlands*, Lexology GTDT, <https://woodsford.com/us/wp-content/uploads/sites/3/2023/02/2023-Litigation-Funding-Netherlands.pdf>, sf. 6, Erişim Tarihi: 10.01.2024.

²³² Friel/Beasley/Summerfield (2021), sf.640.

²³³ Barnes/Friel/Roessingh/ Roodhevel/Meijerink (2022), sf. 7.

Bu kanun ABD tazminat hukukuna benzer bir şekilde bir durum meydana getirmiştir. Kanuna göre, bir zarar sebebiyle talepte bulunan bir grup davacı bulunması ve bunların karşı taraf ile sulh yapması halinde, bu sulh anlaşması aynı zamanda anlaşmanın sonuçlandırılmasında yer almayan diğer zarar görenlere de, bu anlaşmada açıkça yer almak istemediklerini beyan etmedikleri halde, uygulanmaktadır. Taraflar bir sulh anlaşmasına varamazlarsa veya sorumlu kişi anlaşma müzakerelerine girmek istemezse, bu kanun, mahkemeden davalının sorumlu olduğuna dair bir tespit kararı istemek için bir toplu dava açma olasılığı sağlamaktadır. Ancak, parasal tazminat talep etmek mümkün değildir. Parasal tazminat talep etmek için, mağdurlar kendi bireysel davalarını başlatmalıdırlar.

Ayrıca, tüketicilerin toplu olarak çıkarlarının korunmasının gerekli olduğu davalarda, ilgili direktif gereği,²³⁴ dava finansmanı için finansmanın finansörün rakipleri veya finansöre bağımlı olan kişilere karşı kullanılamayacağı gibi ek gereksinimlere ihtiyaç vardır.

Üçüncü kişi tarafından yapılan dava finansmanı temel prensip olarak Hollanda Güvenlik ve Adalet Bakanlığı gözetiminde olmakla birlikte bakanlık bununla ilgili herhangi bir yasal düzenleme yapmamıştır. Bunun sebebi olarak adalete erişim olanağının sağlanması ve finansman karşılığında davacının korunması olarak görülmektedir.²³⁵

Hollanda Hukuku, üçüncü kişi dava finansörlerinin, davalara ve özellikle sulh anlaşmalarına müdahalelerini düzenleyen yasal hükümler içermemekle birlikte, üçüncü kişi dava finansörünün ve davacının, finanse edilen davalarla ilgili alınacak kararlara müdahale konusunda aralarında anlaşma yapmaları mümkündür.

Üçüncü kişi dava finansmanı sağlayan tarafın rolü ve davaya katılımı genellikle finansman anlaşmasında belirtilmektedir. Bazı finansman anlaşmaları finansörün davanın yürütülmesini aktif olarak yönetmesini gerektirirken, Hollanda Hukuku, bir finansörün dava sürecinde aktif bir rol almasını gerektirmemektedir. Ayrıca, toplu davalarda, zarar taleplerini içeren davalarla ilgili olarak, üçüncü taraf finansörlerin iddialar üzerinde belirleyici bir etkiye veya dava üzerinde kontrol yetkisine sahip olmayabileceği belirtilmektedir. Bir görüşe göre, toplu davalarda zarar talepleriyle ilgili olarak üçüncü taraf finansörler üzerinde uygulanan

²³⁴ 2020/1828 Sayılı AB Direktifi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32020L1828>, Erişim Tarihi: 30.12.2023.

²³⁵ Aküzüm, sf. 149.

kısıtlamalar daha geniş kapsamlı olup, bu nedenle üçüncü taraf finansörünün dahil olduğu diğer davalara da uygulanmalıdır.

Üçüncü kişi dava finansmanı modelinin yanı sıra, Hollanda'da, prim ödemesi karşılığında sigortalının yargılama maliyetlerini karşılayan dava sigortası, hem şirketler arasında hem de bireyler arasında yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu tür sigorta genellikle anlaşmazlığa neden olan olaylar henüz gerçekleşmeden satın alınabilmektedir. Bu nedenle, dava finansmanı sigorta karşısında her zaman uygun bir alternatif oluşturmamaktadır. Bu tür sigorta, anlaşılan şartlar ve koşullara bağlı olarak daha fazla kısıtlamalar da getirebilir. Bu, bir talebin mahkemede veya tahkim yoluyla takip edilip edilmeyeceğini belirlemek için uygulanan miktar sınırlamasıyla ilgili veya sigortalı tarafın kendi avukatını serbestçe seçme yetkisinin ne kadar olduğu ile ilgili olabilmektedir.²³⁶

Ayrıca, sınırlı maddi imkanlara sahip şahıslar, Hollanda'da belirli türdeki anlaşmazlıklar için devlet tarafından finanse edilen yasal yardım hakkından da yararlanabilirler. Ancak başvuru kriterleri dikkate alındığında, bu çoğu durumda üçüncü taraf dava finansmanı için uygun bir alternatif oluşturmamaktadır.

Hollanda'da toplu zararlar bağlamında üçüncü taraf dava finansmanı giderek yaygınlaşmaktadır. Hollanda Medeni Kanunu, toplu taleplere yönelik açık bir yasal dayanak sağlamakla birlikte, bir vakıf veya dernek şeklindeki bir Hollanda tüzel kişiliği toplu davacıları temsil ederek ortak çıkarlarını koruyabilmektedir. Bu tür kişilikler, genellikle üçüncü taraf dava finansmanı sağlayıcıları tarafından finanse edilmektedir.

Dava finansörlerinin uygun şekilde tazmin edilmesine ilişkin tartışmalar özellikle toplu zarar anlaşmalarında yaygındır. Amsterdam İstinaf Mahkemesi, sulh anlaşması ile belirlenen toplam miktarının %20'sini bulan avukat ücretlerinin, Amerikan içtihat hukuku standartları da dikkate alınarak makul olduğunu belirtmiştir.

Üçüncü şahıs dava finansmanının kullanıldığı davalardaki gizlilik konusunda, son dönemde birkaç mahkeme kararı bulunmaktadır. Hollanda Hukuku, avukat-müvekkil ayrıcalığını tanımakta olup mevzuata göre bu ayrıcalıktan feragat etme hakkı yalnızca avukatındır. Davacılar, üçüncü taraf dava finansörleri ve avukatlar arasındaki iletişim, avukatın müvekkili veya finansör tarafından belirlenen yapı ve kapsama bağlı olarak hukuki ayrıcalık

²³⁶ Barnes/Friel/Roessingh/Roodhevel/Meijerink A. (2022), sf. 202.

altında olabilir. Henüz, dava finansörleri gibi diğer üçüncü taraflarla paylaşılan bilgilerin durumu hakkında kesin bir karar verilmemiştir. Bu sebeple, içtihat hukuku da göz önünde bulundurarak, davalıların, potansiyel üçüncü taraf dava finansörleriyle yapılan sulh görüşmeleri ile alakalı gizlilik anlaşmaları yapmaları önerilmektedir.²³⁷

Hollanda'da tahkimler ve tahkimle ilgili mahkeme işlemleri, son on yılda gelişmeye devam etmektedir. Hollanda, ticari ve yatırımcı-devlet tahkimleri için çekici ve tarafsız bir merkez olarak tanınmanın yanı sıra, dünyanın en büyük şirketlerinin ve yabancı devlet şirketlerinin holding şirketlerinin merkezi konumunda bulunduğundan dolayı, tahkim işlemleri için bu ülke önem arz etmektedir. Tahkimde dava finansmanı yukarıda açıkladığımız bilgiler doğrultusunda Hollanda'da sıkça uygulanmaktadır.

D. Avrupa Birliği

Üçüncü kişilerin dava finansmanı yönteminin tüm dünyada artması ve AB ülkelerinde münferiden uygulanan düzenlemeler karşısında, AB, bu konuda bir dönemdir detaylı çalışmalarda bulunmaktadır.

Konu ile ilgili olarak, Avrupa Parlamentosu, yasama sürecini başlatmaya yetkili organ Avrupa Komisyonu'na, 13 Eylül 2022 tarihinde "davaların sorumlu bir şekilde özel finansmanı" başlıklı tavsiye niteliğinde bir belge hazırlamıştır. Belgede bu konunun gerekliliğinin sebepleri öne sürülmüş ve ayrıca AB'de üçüncü kişi dava finansmanını düzenlemeye yönelik bir Direktif çıkarma önerisinde, Direktif taslağı da hazırlanarak bulunulmuştur. Bu Direktif mevcut şekliyle kabul edilirse, AB'de üçüncü kişi dava finansmanı sağlayıcılarının finanse ettiği işlemler artık bir düzenlemeye kavuşacaktır. Geniş bir dava tanımı muhtemelen mahkeme işlemleri, ticari tahkim ve yatırımcı-devlet tahkimini içerecektir.

Direktifler, AB'nin hukuki bir eylemi olup bu eylem üye devletlere belirli hedeflere ulaşma zorunluluğu getirirken, üye devletlere bu hedeflere nasıl ulaşacaklarını dikte etmemektedir. Ayrıca direktifler, genellikle üye devletlere benimsemeleri gereken kesin kurallar konusunda bir miktar esneklik bırakmaktadır.

Üçüncü kişi dava finansmanı ile ilgili önerilen Direktif, resmi olarak kabul edilirse, AB'deki üçüncü kişi dava finansmanı sağlayıcıları için bir asgari standart oluşturulacak ve

²³⁷ Barnes/Friel/Roessingh/Roodhevel/Meijerink A. (2022), sf. 203.

finansman sağlayıcılarına izin veren ve faaliyetlerini denetleyen bir denetim otoritesi kurulması gündeme gelecektir.

Direktif ayrıca, finans sağlayıcılarını, tahkim işlemlerinin maliyetini ödeme konusunda desteklenen ihtilaflı tarafla ortak sorumlu kılmayı, finans sağlayıcılarının finansman düzenlemesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmek için yeterli finansal kaynağa sahip olma yükümlülüğünü getirmeyi, finans sağlayıcısının desteklenen ihtilaflı tarafa karşı taşıdığı *fiduciary* sorumluluk²³⁸ yükümlülüğünü getirmeyi, bir finansman düzenlemesinin varlığını yetkili yargı veya idari organlarına bildirmek için belirli açıklama ve şeffaflık yükümlülükleri oluşturmayı ve finans sağlayıcılarının finansal katkısını, istisnai durumlar hariç olmak üzere, tazminat miktarının %40'ına sınırlamayı önermektedir.

Konu ile ilgili çalışmaların gerekliliği AB Parlamentosu tarafından çeşitli hususlar çerçevesinde öngörülmüştür.²³⁹ Ayrıca yürürlüğe girdiğinde AB yargı alanında dava finansmanı konusundaki en önemli düzenleme olmaya aday olan taslak direktif, belirgin maddeleri de²⁴⁰ ihtiva etmektedir.²⁴¹

Bu hususlar ve ilgili maddelere ilişkin açıklamalar çalışmamızın ekinde sunulmuştur.²⁴²

III. DAVA FİNANSMANINA İLİŞKİN SORUNLAR

A. Dava Konusundan Pay Alma Yasağı

Daha önce bahsettiğimiz üzere, *champerty ve maintenance*²⁴³, üçüncü tarafların meşru bir çıkarı olmadan dava finanse etmelerini yasaklayan tarihi hukuk öğretileridir. Birçok yargı alanı

²³⁸ *Fiduciary* sorumluluk bir güven sorumluluğu olup, bir tarafın, organizasyonun çıkarları yerine kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmesini önleyen bir yükümlülüktür. Bu, genellikle belirli bir pozisyon veya görevdeki kişilerin, organizasyonun menfaatlerini koruma ve ilerletme yükümlülüğünü ifade eder. Bu tür bir sorumluluk, yöneticiler, yönetim kurulu üyeleri, finansal danışmanlar veya diğer profesyoneller gibi belirli görevlerde bulunan kişilere uygulanabilir. Bu, adil ve etik bir davranış standardını sağlama amacını taşır ve organizasyonun sürdürülebilirliği ve güvenilirliği için önemlidir.

²³⁹ Avrupa Birliği Parlamentosu kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0308>, Erişim Tarihi: 10.01.2024.

²⁴⁰ Burada maddelerin bire bir açıklanmasından ziyade 23 maddelik Direktifin 21 maddesinin muhteviyatı özet şekilde belirtilmiştir. Maddeler özetin ötesinde daha fazla detay içermektedir.

²⁴¹ Avrupa Birliği Parlamentosu kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0308>, Erişim Tarihi: 10.01.2024.

²⁴² Bkz. Ek.

²⁴³ Bkz. Dipnot 4.

bu kuralları hafifletmiş olsa da kötüye kullanım ve çıkar çatışması potansiyeli konusundaki endişeler devam etmektedir.

En temel *champerty* düzenlemesi, daha önce açıkladığımız üzere üçüncü bir tarafın, dava yoluyla kazanılan gelirlerin bir kısmını destekleyene paylaşma koşuluyla davanın bir tarafına maddi destek sağlamasıdır. Üçüncü taraf destekleyicinin davayla ilgili meşru bir ilgisi olmayıp tek menfaati maddidir.

Maintenance daha geniş bir kavram olup, bir üçüncü şahsın davacıyı desteklemek veya davanın ilerlemesini teşvik etmek için bir değer sağlaması durumunda ortaya çıkmaktadır.

Genel olarak, modern *champerty ve maintenance* uygulamalarına yönelik eski yasaklar, ABD'de birçok eyalet tarafından belirli koşulların karşılanması durumunda önemli ölçüde gevşetilmiştir.²⁴⁴

Günümüzde bu öğretilerin karşılığı “*contingency fees*”²⁴⁵, Türkçe anlamıyla “koşullu ücretlerdir”. Koşullu ücretler ABD’de ve birçok ülkede genellikle kabul görmekle birlikte çeşitli ülkelerde sınırlamalara tabidir. Davacı tarafın sömürülmesini engellemek adına bazı ülkelerde davadan pay alma yasağı uygulamaları devam etmektedir.²⁴⁶

Yirminci yüzyılın ortalarından bu yana, dava konusundan pay alma yasaklarını haklı çıkarmak için tarihsel olarak kullanılan temel politikalarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Son birkaç yılda, dava finansmanına yönelik tutumda önemli değişiklikler yaşanmış ve ilerleme çok hızlı olmuştur.

Avustralya'da, dava konusundan pay alma yasağı suç veya haksız fiil olmaktan çıkarılarak kaldırılmıştır. Kanada'da, dava konusundan pay alma yasağı, ceza kanunundaki değişiklikler ile birlikte tüm kaldırılmıştır, ancak *champerty ve maintenance* bazı Kanada bölgelerinde hala haksız fiil olarak durmaktadır.²⁴⁷ Yeni Zelanda'da, *maintenance ve champerty* haksız fiil olmakla beraber suç değildir.²⁴⁸

²⁴⁴ Volsky, sf. 189.

²⁴⁵ “Contingency fee”, koşullu ücret, sadece olumlu bir sonuç olduğunda ödenecek bir ücret olan hizmet ücretidir. Böyle bir ücret birçok alanda kullanılabilirken, özellikle hukuk ücretleri ile ilişkilendirilmektedir.

²⁴⁶ Bayer, M.M. (2021), sf. 70.

²⁴⁷ Bu konuda bkz. <https://omnibridgeway.com/insights/regulation-and-case-law/legal-landscape-canada/case-summaries>, Erişim Tarihi: 30.12.2023.

²⁴⁸ Bu konuda bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Champerty_and_maintenance, Erişim Tarihi: 30.12.2024.

Çoğu Kara Avrupası ülkesinde *champerty ve maintenance* kavramlarının uygulama alanı yoktur. Ancak, dava finansmanı bazı durumlarda tartışma konusu olmuş ve hatta yasal işlemlere yol açmıştır. Bununla birlikte, bu ülkelerde mahkemeler ve hukuk literatürü genellikle dava finansmanına olumlu yaklaşmaktadır.²⁴⁹

Persona davası²⁵⁰ olarak bilinen dava ile 2017 yılında yüksek mahkeme, İrlanda'da *champerty* doktrini kabul ederek bunun yasa dışı olduğunu belirtmiştir. Bununla beraber mahkeme, bir şahsın, bağımsız bir menfaati olmadan başka birinin davasına yardım etmesini yasadışı bulmuştur. Yüksek mahkeme, ayrıca bu konuda yapılacak bir hukuk reformunun mahkeme kararları ile değil mevzuat düzenlemesi ile yapılabileceğini de karar altına almıştır. *Persona* davası, İrlanda'da dava konusuna katılma yasağını teyit eden bir karar olmuştur.

ICSID tahkiminde görülmüş olan bir davada, üçüncü kişi tarafça yapılan dava finansmanının kullanımının kabul gördüğü vurgulanmış ve hakem heyetine göre üçüncü kişi dava finansmanından yararlanılmış olmanın tahkim yargılamasına engel olmayacağı belirtilmiştir.²⁵¹

B. Gizlilik Meselesi

Avukatlar, finansman sağlamak için hassas bilgileri dava finansörleriyle paylaşmak zorundadır.

Genel olarak global uygulamada üçüncü kişi finansörleri bir davayı veya tahkimi finanse etmeden önce finansörler, inceleme (*due diligence*) safhasında finanse edilecek davaya veya tahkime ilişkin olarak bilgilendirme ihtiyacında olacaklardır. Bu kapsamda, finansör, davacı ve avukatından geniş bilgi ve belge talep etmektedir. Bununla birlikte yargılama esnasında üçüncü kişi finansörler sürece ilişkin güncel gelişmeleri takip etmekte arzusunda olacak ve bu çerçevede üçüncü kişi finansörlerin bilgi taleplerine uymak yalnızca avukat müvekkil gizliliğinin zarar görmesine değil aynı zamanda dava taraflarının da gizlilik hükümlerine aykırı davranışlarına da sebep olabilecektir. Ayrıca, üçüncü kişi finansöre bilgi verilmesi, üçüncü kişi

²⁴⁹ Liesker, S. (2017), *Litigation Funding in Europe and the Netherlands*, <https://www.legalbusinessworld.com/post/2017/01/10/litigation-funding-in-europe-and-the-netherlands>, sf. 58, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

²⁵⁰ Karar için bkz.

<http://www.supremecourt.ie/Judgments.nsf/1b0757edc371032e802572ea0061450e/30b4f1ecaa5d9a480258129003925fe?OpenDocument>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

²⁵¹ Bayer (2021), sf. 81.

finansörün bu hassa bilgiyi kendi çıkarları doğrultusunda hukuka aykırı bir biçimde kullanabilmesine de yol açabilir.

Bu durum, müvekkil gizliliğini ve avukat-müvekkil ayrıcalığını koruma konusunda endişelere neden olmaktadır. Müvekkil bilgisinin, üçüncü tarafların dahil olduğu durumlarda korunması zorlaşmaktadır.

Herhangi bir avukat, bir uzman tanık, dava finansörü veya bir üçüncü şahıs gibi talep sahibi dışında irtibatta bulunduğunda, ayrıcalığı ve gizliliği korumak adına dikkatli davranmak zorundadır. Bu konuyla ilgili özellikle ABD’de birçok kısıtlama ve mevzuat bulunmaktadır.

Örneğin, ABA Model Kuralı 1.6 (a)²⁵² ve eyaletlerde yürürlükte olan benzerler kurallar, bir avukatın gizli bilgileri üçüncü taraflarla paylaşmadan önce müvekkilin onayını almasını gerektirmektedir. Bu nedenle avukatlar, müvekkilin rızasını dava finansörleriyle paylaşmadan önce almalıdır.

Dava finansmanı konusunda gizlilik ile ilgili tartışmalar, genel olarak uluslararası tahkimlerde de söz konusu olmaktadır. Tarafların, muhtemel ihtilaflarının çözümünde tahkim yöntemi konusunda anlaşma yapmalarının temel sebeplerinden biri tahkim sürecinin şeffaflığıdır. Bu bağlamda davasını üçüncü kişi bir finansöre finanse ettirmek isteyen bir uyuşmazlık tarafı yararlanmak istediği gizlilik koşullarından belli bir ölçüde feragat etmek durumunda kalabilecektir. Bununla birlikte birçok özel tahkim kurumunun kurallarında bilgi ve belgelerin gizliliğine dair hükümler yer almaktadır.

Operasyonel açıdan, üçüncü şahıs dava finansörleri, benzer kurumlar olan sigorta şirketlerinden çok daha fazla bir şekilde, haftalık veya hatta günlük olarak avukatla iletişimde olmayı tercih edeceklerdir. Üçüncü şahıs dava finansörleri, adeta bir “davasına özen gösteren bilinçli müvekkil” gibidir. Bir finansör dava ile ilgili görüşlerini sunabilecek ancak bunların uygulanması konusunda ısrar edemeyecektir. Bir finansör, davacının bir davayı belirli bir şekilde yürütmesini, belirli şeyleri yapmasını veya yapmamasını isteyebilecek ancak bu konuda ısrar edemeyecektir. Ancak finansman anlaşmasına açıkça yazılmamış olsa bile belirli adımların atılması finansmanın bir önkoşulu olabilecektir. Finansörün gördüğü tüm kanıtlar, hangi tarafından gelirse gelsin, gizli kalmalıdır. Bu konuda mevzuat kapsamında genel olarak

²⁵² Kural için bkz.

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

İngiltere’de bir sorun yaşanmamaktadır. Gizlilik, ABD’de çok daha büyük bir sorun olarak ele alınmaktadır. Bir üçüncü kişi dava finansörünün, davayla ilgili hakları etkileyen tüm kanıtlara erişimi olmadan, davayı finanse etmesi mümkün olmayacaktır. Aynı ilke, bir sigorta şirketi veya kamusal hukuki yardım finansörü için de geçerlidir. Eğer finansörlerin gizlilik yükümlülüklerine tabi olmaları gerektiği bir kural getirilirse dahi, bu durumun Kara Avrupası’ndaki finansman piyasasında herhangi bir değişikliğe yol açacağı beklenmemelidir.

Burada şüphesiz, gizlilik koşullarından feragat etmesi beklenen tarafın dava neticesi elde edeceği menfaatin gizlilik koşullarından feragat karşısında daha önem arz ettiği durumların varlığında böyle bir taraf yasaların izin verdiği azami ölçüde finansör ile gizlilik şartlarında anlaşacak ve bu anlaşmaya güvenerek üçüncü kişi finansör tarafından finanse edilmiş davasından menfaat elde etmeye çalışacaktır.

Dava finansmanında gizlilik konusu ile ilgili tartışmalar en çok uluslararası tahkim konularında ortaya çıkmaktadır. Davanın finansör tarafından fonlanması halinde, özellikle ticari tahkimin tercih edilmesi sebeplerinden biri olan tahkim sürecinin kamuya açık olarak yürütülmemesi hususunu sekteye uğratmaktadır.²⁵³

C. Etik Sorunlar

1. Genel

Dava Finansmanının gelişimi ile birlikte bu uygulamanın beraberinde getirdiği sorunlar sürekli hukuki tartışmalara konu olmuşlardır. Yukarıda açıkladığımız şekilde dava finansmanının arka planı İngiliz hukukundaki “Davada Kar Ortaklığı” ve “İlgisiz Üçüncü Şahsın Davayı Teşviki” doktrinine (*Champerty and Maintenance doctrine*)²⁵⁴ dayanmakta olup bu hususların artık dikkate alınmamasının beraberinde etik sorunlar getirdiğini savunan görüşler mevcuttur.

Hak arama özgürlüğüne bağlı olarak gelişen dava hakkı esasen kişilerin Anayasa ve temel insan hakları çerçevesinde yargıya ve yargı yoluna erişimle birlikte adalete erişimdir.

Halbuki, davayı finanse eden bir üçüncü şahsın artık adalete erişim veya hak arama gibi bir motivasyonu olmayıp sadece büyük bir kar iştahı ile davayı takip etme ve bu konudaki tüm

²⁵³ Aküzüm, sf. 103.

²⁵⁴ Bkz. Dipnot 4.

işlemleri yine adalete ulaşmaktan ziyade umut edilen yüksek kara erişme adına yerine getirme güdüsü mevcut olacaktır.

Dava finansmanının gelişimiyle, özellikle, çeşitli avukat meslek birlikleri, müvekkillerinin dış sermaye ile dava finansmanı sağlamaya çalıştığında avukatların sorumlulukları olan etik konulara odaklanmıştır.

Örneğin, 2020'de Amerikan Barosu, Kaliforniya Eyalet Barosu²⁵⁵ ve New York Şehir Barosu, her biri dava finansmanındaki etik düşüncelere odaklanan yorumlar yayınlamıştır. Bu görüşler, avukatların üçüncü taraf finansöre başvurmadan önce danışabilecekleri artan sayıdaki kaynakların birikmesine katkıda bulunmuştur.

Bu yayınlardan üç ortak husus ortaya çıkmaktadır. Bunlar, bir müvekkili için dava finansmanı arayan bir avukatın dava finansörleriyle iletişim kurulurken ayrıcalıklı bilgileri koruma görevi bulunması hususu, müvekkili adına avukatın sürekli olarak bağımsız değerlendirme yapma zorunluluğu ve herhangi bir önerilen dava finansmanı işleminin muhtemel avantajları ve dezavantajları konusunda yeterli rehberlik sağlama sorumluluğuna sahip olması hususlarıdır.

Dava finansmanı, bazıları için adalet erişimi sağlarken, çeşitli alanlarda etik endişeleri gündeme getirmiştir. Bu alanlar, müvekkillerin üçüncü taraf finansmanını araştırdığı durumlarda avukatların değerlendirmesi gereken konulardır.

2. Kontrol ve Bağımsızlık

Dava finansörleri, genellikle hukuki strateji, uzlaşma kararları veya davayla ilgili diğer yönler üzerinde üst düzey bir kontrol seviyesi talep etmektedir. Bu talep, avukatın bağımsız mesleki değerlendirmesine müdahale edebilmekte ve potansiyel olarak avukatın müvekkilin en iyi çıkarları doğrultusunda hareket etme görevini tehlikeye atabilmektedir.

3. Aşırı Maliyetler ve Faiz Oranları

Bazı dava finansörleri yüksek ücretler ve faiz oranları talep edebilmekte olup, bu da davada başarılı olunması durumunda taraflar için aşırı maliyetlere yol açmaktadır. Bu durum,

²⁵⁵ Bu konuda bkz. <https://www.calbar.ca.gov/Portals/0/documents/ethics/Opinions/Formal-Opinion-No-2020-204-Litigation-Funding.pdf>, Erişim Tarihi: 15.05.2024.

finansman düzenlemelerinin adil olup olmadığını ve bunun tarafların finansal hassasiyetlerini sömürüp sömürmediğini sorgulamaktadır.

Champerty ve maintenance gibi “usury” dava finansmanı anlaşmasını geçersiz kılabilecek bir husustur. “Usury” faiz oranı yasada belirlenen azami oranı aşan bir faiz oranı alma durumudur. Faiz oranları ülkeler arasında farklılık göstermekle birlikte genel olarak ticari işlemlerde bu tür yüksek faiz oran uygulanması genellikle kabul edilmektedir.²⁵⁶

4. Uzun Süreli Davalar İçin Teşvikler

Dava finansörleri genellikle uzlaşma veya hüküm üzerinden bir yüzde kazanmakta olup bu durum taraflara davanın sonuçlarından en iyi şekilde yararlanmak için gereksiz yere davayı uzatmaya teşvik edebilecekleri anlamına gelebilmektedir. Bu durum ayrıca hukuki anlaşmazlıkların hızlı ve etkili bir şekilde çözülme prensibiyle çelişmektedir.

5. Uzlaşma Dinamikleri Üzerindeki Etki

Dava finansmanı, uzlaşma müzakerelerinin dinamiklerini değiştirebilmektedir. Finanse edilen davacılar, davalıların onlara güçlü finansmana sahip gibi algılanmasına neden olabilir, bu da uzlaşma isteklerini etkiler. Bu, uzun süren hukuki mücadelelere ve potansiyel olarak haksız sonuçlara yol açabilmektedir.

6. Düzenleme ve Şeffaflık Eksikliği

Dava finansmanı endüstrisindeki düzenlemelerin ve şeffaflığın eksikliği, etik endişelere yol açmaktadır. Bu durum, finansman anlaşmalarının koşullarının tam olarak açıklanmamasına ve düzenlemelerin adil olup olmadığını değerlendirmeyi zorlaştırabilmektedir.

7. Adalet Erişimine İlişkin Endişeler

Dava finansmanı, bazıları için adalet erişimini artırabilirken, mevcut eşitsizlikleri kötüleştirdiği konusunda endişeler bulunmaktadır. Yüksek kar potansiyeli olan davalar finansman alabilirken, düşük finansal olasılıklara sahip haklı davalar desteksiz kalabilmektedir.

Etik konusundaki endişelerle başa çıkmak, adalet erişimini kolaylaştırmak ile hukuk sistemini koruma arasında dikkatli bir denge gerektirir. Hukuk pratisyenleri, yasama organları

²⁵⁶ Volsky, sf. 190.

ve dava finans endüstrisindeki paydaşlar, adil ve hesap verebilir bir şekilde işleyen etik kurallar ve düzenlemeleri oluşturmak için işbirliği yapmalıdır.

Birçok açıdan, dava finansmanının ortaya çıkardığı etik sorunlar yeni olmamakla birlikte dava finansmanı etik kurallar dikkate alınarak ve bunlara aykırı davranışlardan kaçınmak suretiyle keşfedilmelidir.

IV. TAHKİM VE TAHKİMDE DAVA FİNANSMANI UYGULAMASI

A. Tahkim ve Tahkimde Dava Finansmanı Uygulaması

1. Başlıca Tahkim Türleri

a. ICC

Ticaret, yatırım, finans veya ticari ilişkileri düzenleyen global bir sistemin var olmadığı dönemde, Birinci Dünya Savaşı'nın ardından 1919 yılında, bir grup sanayici, finansör ve tacir tarafından Uluslararası Ticaret Odası (ICC), özel sektörün yaptığı işlerde küresel standartlar belirleme konusunda yetkin olma hedefiyle kurulmuştur. Kurucular yetkin olan bir kuruluş olma yönündeki inançlarına dayanarak kendilerine "Barış Tüccarları" adını vermişlerdir.²⁵⁷

ICC, günümüz itibarı ile, dünya genelinde iş dünyasının çeşitli sektörlerinden ve ülkelerden gelen şirketlerin üye olduğu bir kuruluştur. ICC Tahkimi, Uluslararası Ticaret Odası tarafından yürütülen bir tahkim sürecine atıfta bulunulan bir terimdir. ICC Tahkimi, uluslararası ticarete çıkan anlaşmazlıkların çözümü için kullanılan bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır. ICC Tahkimi, tarafların anlaşmazlıklarını mahkemeye gitmeden çözmelerine yardımcı olmak amacıyla ICC tarafından sunulan bir hizmettir. Bu tahkim, tarafların anlaşmazlık konusunu bağımsız bir tahkim heyetine taşıyarak çözülmesini sağlar.

ICC, Küresel İş Dünyasının Gelecek Yüzyılına İlişkin Bildirisi'nde²⁵⁸, ICC'nin yüzyılı şerefine, dünya çapındaki iş liderleri olarak, bu bildiri ile 21. yüzyıl için ICC'nin rehber ilkeleri onaylanarak, tahkim süreçlerinde de ICC'nin aktif rol oynayacağı hususu teyit edilmiştir. Bu bildiride, dünyada lider olduğu beyan edilen ICC tahkim sürecinin devam ettirileceği ve yenilikler getirileceği, böylece iş ve diğer paydaşlara global ticareti desteklemek için etkili

²⁵⁷ Bu konuda bkz. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/05/icc-centenary-declaration.pdf>, Erişim Tarihi: 17.05.2024.

²⁵⁸ Bu konuda bkz. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/05/icc-centenary-declaration.pdf>, Erişim Tarihi: 17.05.2024

alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemleri sunulabileceği vurgulanmıştır. Bununla birlikte bildiride, ilkelerin taahhüt edilerek ICC'nin adaletli ve güvenli bir şekilde, daha kapsayıcı ve sürdürülebilir bir dünyada verimlilik sağlanacağı da belirtilmiştir.

ICC Tahkimi süreci, ICC nezdinde kurulmuş olan Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından yürütülmektedir. ICC nezdinde kurulmuş olan Uluslararası Tahkim Mahkemesi, ihtilafları görüşerek, karar verip çözüme kavuşturan bir merci olmamakla birlikte, tahkim sürecine idari denetim uygulayarak tahkim işlemlerini yöneten bir kurumdur. Bu kurumun sorumlulukları, özellikle, hakemlerin onaylanması atanması ve değiştirilmesi, süreç ile ilgili itirazları neticelendirmek, tahkim sürecinin izlenmesi, tahkim kararlarının onaylanması, halem ücretleri ve masraflarının belirlenmesi ve acil işlerin karara bağlanması gibi hususlardır.

ICC Tahkimi, şu anda dünyada en çok tercih edilen tahkim türü olmakla birlikte 2022 yılı itibarı ile ICC Tahkimi'ne 28,000 başvuru yapılmıştır. ICC Tahkimi, 2021 yılında yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları'na uygun olarak işlem görmektedir. Şeffaflık ilkelerine bağlılığı, uzun geçmişi sayesinde profesyonel bir şekilde tahkim yönetimi sebebiyle ICC Tahkimi her zaman bir referans noktası olarak gösterilmektedir. Bazı devletlerde, ICC Tahkimi kararları diğer tahkim mahkemelerinin kararlarından daha etkili uygulanmaktadır.²⁵⁹

ICC tahkimlerinde temel olarak ICC'nin kendi kuralları uygulanmaktadır.²⁶⁰ Kurallar en son 2021 yılında gözden geçirilmiş ve bu kurallar ile, hakem seçimi, müracaat usulü, cevap, karşı dava, cevap süreleri, tahkim masrafları hakem ücretleri uygulanacak hukukun tespiti tahkim yerinin belirlenmesi, tahkim süresi, karar nisabı, tebliğ kesinleşme gibi birçok konu düzenlenmiştir. ICC tahkimi; tahkim talebinin sunulması, hakemlerin seçimi, dosyanın sekreteryaya tarafından hakeme tevdi, görev belgesi düzenlenmesi ve son olarak da esastan yapılacak inceleme olmak üzere beş aşamadan oluşmaktadır.²⁶¹

b. ICSID

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID), Dünya Bankası Grubu'nun beş kuruluşundan biridir. Bu tahkim merkezi A.B.D., Washington'da 1965 yılında 20 ülke tarafından imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları arasında Yatırım

²⁵⁹ Can/Tuna, sf. 102.

²⁶⁰ 2021 ICC Tahkim Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

²⁶¹ Can/Tuna, sf. 102.

İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında anlaşma ile kurulmuştur. ICSID Konvansiyonu olarak adlandırılan bu konvansiyonu 63 ülke tarafından imzalamış ve toplam 158 ülke bunun iç hukukla yürürlüğe girmesini sağlamıştır. Ülkemiz konvansiyona 1988 yılında taraf olmuştur ancak ilk ICSID tahkiminin ülkemizde geçerli kılınabilmesi ilk kez 1999 Anayasa değişikliğinden sonra mümkün olabilmektedir. 1999 Anayasa değişikliğiyle idari hukuk alanına ait olan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz anlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların iç hukukumuzda milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi mümkün hale getirilmiştir.²⁶²

ICSID, temel amacı ile uluslararası yatırım ihtilaflarının çözümüne adanmış bir kuruluştur. Uluslararası yatırım ihtilaflarının çözümü konusunda geniş bir deneyime sahip olmakla beraber uluslararası yatırım davalarının birçoğu bu kurum tarafından yönetilmiştir. Devletler, uluslararası yatırım anlaşmalarının çoğunda, birçok yatırım mevzuatında ve sözleşmesinde, yatırımcı ile devlet arasındaki ihtilaflarının çözümü için yetkili kurum olarak ICSID'i kabul etmektedir.

ICSID, 1966 yılında Devletler Arası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Sözleşme (ICSID Sözleşmesi) ile kurulmuştur. ICSID Sözleşmesi, Uluslararası Para Fonu'nun Yönetim Direktörleri tarafından formüle edilen çok taraflı bir anlaşma olup uluslararası yatırımı teşvik etme amacını gütmektedir. ICSID, bağımsız ve politikadan arındırılmış bir ihtilafların çözümü merkezi olmakla birlikte, yatırım antlaşmaları ve serbest ticaret antlaşmaları kapsamında devlet-devlet ihtilafları ve idari sicil olarak da yer almaktadır.

ICSID, temel görevi olarak, arabuluculuk, uzlaşma veya tahkim hükümleri yoluyla ihtilafların çözümünü sağlamaktadır. Bugüne kadar ICSID tarafından 900'den fazla dava yönetilmiştir.²⁶³

ICSID Tahkim süreci 2022 Tahkim Kuralları²⁶⁴ çerçevesinde yürütülmektedir. ICSID Tahkimi'ne başvurmak için temelde üç şart gerekmektedir. Bunlar, yatırımın yapıldığı devlet ile yatırımcının mensubu olduğu devletlerin ICSID Konvansiyonu'na taraf olmaları,

²⁶² Can/Tuna, sf. 103.

²⁶³ Bu konuda bkz. <https://icsid.worldbank.org/About/ICSID>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

²⁶⁴ ICSID 2022 Kuralları için bkz. <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/2022-rules-and-regulations/resources>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

uyuşmazlığın ICSID Tahkimi'nde görölmesine tarafların rıza göstermesi ve uyuşmazlığın, bir yatırımdan kaynaklanmış olmasıdır.²⁶⁵

Yargı yetkisinin belirlenmesinde “yatırım” kavramı çok önemli bir göreve sahiptir. ICSID Tahkimi'ne başvuran tarafın “yatırım” yapmadığı, yatırımcı olmağı hallerde kuruma başvuru tahkim sürecinden faydalanması mümkün değildir. “Yatırım” kavramı kurallarda veya ICSID Konvansiyonu'nda tanımlanmamıştır. Bazı uyuşmazlıklar bakımından ortada bir yatırım olup olmadığını tespit etmek kolay olmakla beraber, her uyuşmazlık bakımından, uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek bu kadar kolay değildir.²⁶⁶

Yatırım anlaşması koruması konusundaki mevcut belirsizliğin, anlaşma hedeflerinin ortaya konması yoluyla ele alınabileceğı önerilmektedir. Bu hedefler arasında ekonomik kalkınma hedefi de bulunmakta olup, uluslararası ticaret ve yatırım araçları arasındaki tarihsel yakınsama ve ayrışma ışığında değerlendirilmektedir.²⁶⁷

c. LCIA

Son dönemde uluslararası ticaret alanında popüler olan tahkim mercilerinden biri de London Court of International Arbitration (LCIA) olmuştur. Tarihi itibarı ile kuruluşu çok eskilere dayanan bu kurumun temelleri 1800'lerde atılmış, 1903 yılında ise kurum bugünkü adını almıştır.

LCIA Tahkimi, ticari ihtilafların çözümü için dünyanın önde gelen uluslararası kuruluşlarından biri, bağımsız ve herhangi bir hukuk sistemine tabi olmadan, tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözümü süreçlerinin etkin, esnek ve tarafsız yönetimini sağlamak adına tahkim süreçlerini yönetmektedir.²⁶⁸ LCIA'nın hizmetlerinin uluslararası niteliğı, genellikle görülen LCIA davalarında taraf olanların %80'den fazlasının İngiliz vatandaşı olmamasıyla teyit edilmektedir.

²⁶⁵ Avşar, M. (2017), *ICSID Konvansiyonu'na göre Yatırım Kavramı*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 95–140, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/410744>, 27/01/2024, 12:55, sf. 102.

²⁶⁶ Avşar, sf. 103.

²⁶⁷ Sattorova, M. (2012), *Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos, and Beyond*, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0132.pdf, sf. 290, Erişim Tarihi: 27.01.2024.

²⁶⁸ Bkz. <https://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>, Erişim Tarihi: 10.04.2024.

LCIA Tahkim kuralları²⁶⁹, Teamül Hukuku ve Kıta Avrupası tahkim kurallarının sentezlenmesinden ortaya çıkmış olup, LCIA kurumunun tahkim merci olarak seçilmesi LCIA kurallarının uygulanmasını gerektirmemektedir. LCIA Tahkimi seçen taraflar ayrıca, LCIA kuralları yerine UNCITRAL kurallarının uygulanmasını tercih edebilecek olup böyle bir durumda LCIA hakem seçimi, tahkim sürecinin yönetimi gibi konularda idari pozisyonda olacaktır.²⁷⁰

LCIA Tahkim uygulamasının bir diğer özelliği yargılama masraflarında ortaya çıkmaktadır. LCIA Tahkim uygulamasında, hakemler tüm diğer kurumlarda olduğu gibi anlaşmazlığın değeriyle ilgili olarak değil somut olarak yargılama için harcanan saat sayısına göre ücretlendirilmektedir. Bu husus, yargılama masraflarının tarafları için önceden hesaplanmasını zorlaştırır da daha fazla şeffaflığı ve tarafların yargılamanın erken sona ermesini nedeniyle hakemin çok az iş olduğunda sadece düşük masraflarla yüzleşmesini sağlamakta olması sebebiyle cazip hale gelmektedir.²⁷¹

d. Ad Hoc Tahkim

Ad Hoc tahkim, tarafların, herhangi bir tahkim kurumunun katılımı olmaksızın bağımsız olarak süreci belirlediği tahkim türüdür.

Ad Hoc tahkimde, taraflar, tahkim sürecini kendi özel ihtiyaçları ve tercihlerine göre tasarlama konusunda daha fazla esnekliğe sahip olmakla beraber, hakemler bir kurum tarafından değil doğrudan taraflar tarafından seçilmemektedir. Bu tür tahkim, tarafların tahkim süreci üzerinde daha fazla kontrol istediği veya anlaşmazlığın özel bir tahkim kurumunun dahil olmasını gerektirmediği durumlarda sıkça tercih edilmektedir.

Ad Hoc tahkimde, taraflar kendi kurallarını belirleme esnekliğine sahiptirler, ancak taraflar arasında işbirliği olmaksızın bu kuralları belirlemek zorlayıcı olabilmektedir. Taraflar, bu tür tahkimde önceden var olan kuralları (örneğin: UNCITRAL) benimseyebilmekte veya kendi kurallarını yazabilmekte veya atanan hakemlerin bunları belirlemesine izin verebilmektedirler.

Kurumsal tahkim, tarafların üzerindeki büyük bir idari yükü hafifletir. Örneğin, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) aracılığıyla gerçekleştirilen bir tahkimde, LCIA bir

²⁶⁹ LCIA Tahkim Kuralları için bkz. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx, Erişim Tarihi: 10.04.2024.

²⁷⁰ Can/Tuna, sf. 109.

²⁷¹ Can/Tuna, sf. 109.

tahkimin ilerleyişini takip eder (örneğin, sunum son tarihlerini takip eder), hakemlere yapılan ödemeleri yönetir ve duruşma için mekan ayarlama gibi lojistik konularda yardımcı olur.

Ad Hoc tahkimde, idari hususlar genellikle hakem heyetince veya bu heyet tarafından atanan idari sekreter tarafından yerine getirilir

ICC veya LCIA gibi kurumsal tahkimlerdeki azalan idari yükün karşılığında tarafların üstlenmesi gereken bir bedel yükümlülüğü bulunmaktadır. Genel olarak, kurumsal kurallardan faydalanan taraflar, idari maliyetleri dahil daha yüksek üçüncü taraf maliyetlerle karşı karşıya kalacaktır; bu, idari maliyetleri içsel olarak yönetebilen ad hoc tahkimlerdeki tarafların karşılaşmayacağı bir durumdur. Bunun para karşılığı değer sağlayıp sağlamadığı, uygun tahkim modeline ilişkin karar alma sürecinin bir parçası olacaktır.

Ad Hoc tahkimde, işlemler bir tarafın işbirliğini reddetmesi halinde kararda gecikilebilecek olması bu tahkim şeklini daha kırılgan hale getirmektedir. Bu husus, tarafların anlaşmazlık içinde olduğu durumlarda dikkate alınması gereken önemli bir risk olup bu riskin hafifletilmesi ancak işlemleri sıkı bir kontrol altında tutan bir hakem heyeti tarafından mümkün olabilecektir.

Ad Hoc tahkimde tahkim anlaşmasındaki boşluk veya belirsizliklerin tahkim olumsuz yansımaların olabileceği şüphesiz olup, bu husus hakem kararından memnun olmayan taraf açısından bundan hakem kararını sorgulanmasına yol açabilmektedir.²⁷²

e. UNCITRAL Milletlerarası Tahkim Kuralları

UNCITRAL Milletlerarası Tahkim Kuralları ile tarafların ticari ilişkilerinden kaynaklanan tahkim süreçlerinin yürütülmesi için anlaşabilecekleri kapsamlı usul kuralları düzenlenmiş ve genellikle *ad hoc* tahkimlerde olduğu kadar kurumsal tahkimlerde de yaygın olarak bu kurallar veya bu kurallardan türetilmiş kurallar uygulanmaktadır.

UNCITRAL Kuralları, tahkim sürecinin tüm yönlerini kapsayarak, model tahkim maddesi, hakemlerin atanması ve tahkim sürecinin yürütülmesi gibi usul kurallarını belirlemekte ve tahkim kararının şekli, etkisi ve yorumuyla ilgili kuralları da ayrıca düzenlemektedir.²⁷³

²⁷² Can/Tuna, sf. 91.

²⁷³ UNCITRAL kuralları için bkz. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>, Erişim Tarihi: 17.04.2024.

Milletlerarası tahkim UNCITRAL kuralları sayesinde yaygınlaşmış ve dünya çapında uyumlu hale gelmiştir.²⁷⁴

f. Türk Hukuku'nda Tahkim

Özel hukuka ilişkin ihtilafların çözümü tarafların tahkim sözleşmesi üzerinde anlaşmalarıyla mümkündür.

Türk Hukuku'nda tahkim özel olarak, 4866 sayılı MTK ile düzenleme altına alınmış olup, MTK'nin uygulama alanı dışında bulunan konularda ise HMK ve MÖHUK hükümleri tahkimlere uygulanmaktadır.

Türk Hukuku'nda tahkimin geçerli olabilmesi için, tahkime konu yapılan ihtilafın tahkime elverişli bir ihtilaf olması gerekmektedir. HMK 408. Maddeye göre “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*”. Ayrıca iki tarafın arzusuna tabi olmayan konular ile kamu düzenine ilişkin konular tahkime konu yapılamaz.

Tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılan tahkim anlaşması geçersiz olmakla birlikte tahkime elverişlilik milletlerarası tahkim hukukunda maddi geçerlilik meselesi olarak ele alınmış ve doğrudan Türk Hukuku'na tabi tutulmuştur.²⁷⁵

Türk Hukuku'nda bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak mecburidir ve buna mecburi tahkim denmektedir. Tahkimin hangi hallerde mecburi olduğu özel kanun hükümleri ile belirlenir ve mecburi tahkime tabi bazı iş ve davalarda taraflar mahkemelerde dava açamazlar kanunda gösteren hakemlere başvurmaya mecburdurlar.²⁷⁶

Yabancı unsurlu tahkim anlaşmasının maddi hüküm ve sonuçları tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk usulü ve sonuçları ise doğrudan Türk Hukuku'na tabidir. Yabancı unsurlu tahkim anlaşmasının maddi hüküm ve sonuçları MTK' de düzenlenmemiş olduğundan genel hükümlere göre yetkili olan hukukun idaresi altında bulunur.²⁷⁷

Aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması sırasında hakem kurulu taraflardan birinin talebi üzerine ihtiyati tedbir alınmasına veya delil tespitine karar verebilir ihtiyati haciz niteliği

²⁷⁴ Can/Tuna, sf. 122.

²⁷⁵ Can/Tuna, sf. 181.

²⁷⁶ Kuru/Aydın, sf. 724.

²⁷⁷ Can/Tuna, sf. 181.

itibariyle Hakem Kurulu tarafından verilecek bir geçici hukuki koruma tedbiri değildir ancak mahkemeden talep edilebilir hakem veya Hakem Kurulu ihtiyati tedbir kararı vermeyi uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir.²⁷⁸

2. Tahkimde Dava Finansmanı Uygulaması

Dava finansmanına ilişkin hükümler aykırı düşmedikçe tahkim süreçlerine de uygulanmaktadır.

Dar anlamda, tahkimde üçüncü kişi dava finansmanında dava finansörünün finansman temin ederek doğrudan kar etme amaçlı yatırım yapması söz konusuysa geniş anlamda tahkimde üçüncü kişi dava finansmanında, üçüncü kişinin doğrudan kar elde etme amacının bulunması gerekmemektedir.²⁷⁹ Ancak uygulamada, üçüncü kişi dava finansörleri yapılan inceleme (*due diligence*) neticesi ancak maddi olarak menfaat sağlayabileceklerini teyit ettikleri davaları finanse etmek yolunu tercih etmektedirler.

Daha önce belirttiğimiz üzere, geçmişte üçüncü kişilerin hukuk davalarını destekleme karşılığı mali bir çıkarı olmasını engelleyen öğretiler, birçok yargı alanında dava ve tahkim finansmanını engellemektedir. Dünyanın birçok yerinde, bu kısıtlamaların kaldırıldığı ve özellikle tahkim piyasasının üçüncü taraf finansmanını tamamen kabul ettiği görülmekle beraber öncelikle tahkimde uygulanan finansman modellerini davalarda izlemiştir.

2016 yılında gerçekleşen *Essar-v.-Norscot* davası²⁸⁰, tahkim finansmanının gelişmesinde büyük bir etkiye sahiptir. Petrol ve gaz endüstrisinde faaliyet gösteren iki şirket arasındaki anlaşmazlık önce ICC Tahkim Mahkemesi'nde görülmüş ve Norscot lehine sonuçlanmış ve karar Essar'ın davranışının Norscot'un üçüncü kişi dava finansmanı aramasına zorladığını ve bu nedenle Essar'ın Norscot'un finansman maliyetlerini, dava finansörüne ödenen başarı ücreti dahil olmak üzere ödemesi gerektiğini belirlemiştir.

Bu dava neticesi, davacılar, dava finansmanını artık sadece bir tahkimi finanse etmek için değil, aynı zamanda taktiksel nedenlerle de kullanabilmektedirler. *Essar-v.-Norscot* davasında,

²⁷⁸ Pekcanıtez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2022), *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler* (16. Baskı), İstanbul: Oniki Levha Yayınları, sf. 415.

²⁷⁹ Bayer (2021), sf. 7.

²⁸⁰ Dava için bkz. <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/02/Essar-Oilfields-Services-Ltd-v-Norscot-Rig-Management-Pvt-Ltd-2016-EWHC-2361-Comm.pdf>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

asında, kötü davranışlarından dolayı davalı, davacının dava masraflarını ödemeye zorlanarak cezalandırılmıştır.

Tahkim ve dava finansmanı, kabul edilen, standartlaştırılmış bir finansman uygulaması haline gelmektedir. Sınırların ötesinde işlem yapan uluslararası tahkim dünyası, üçüncü taraf finansmanını küreselleşmiş bir uygulama olarak tamamen benimsemiş ve eşit derecede uluslararası hale getirmiştir. *Essar-v.-Norscot* davasının ardından, çoğu uluslararası tahkim kurumunun tutarlı bir uluslararası yaklaşım benimsemesi beklenmektedir.²⁸¹

Uluslararası tahkimin maliyeti, genellikle tahkim edilen uyuşmazlıkların karmaşık, ticari ve sıklıkla sınır ötesi doğasını yansıttığından dolayı davacı üzerinde önemli yük oluşturabilmektedir. Bu sebeple üçüncü şahıs dava finansmanı, bu yüklerin hafifletilmesine yardımcı olmak için tahkim süreçlerinde giderek daha fazla talep edilmektedir.

Milletlerarası tahkimin masraflı bir yargılama yöntemi olması, üçüncü kişi dava finansmanının tahkim süreçlerinde kullanılmasının en önemli sebeplerinden biridir. Yapılan araştırmalarda birçok ticari kurumun ihtilaflarının çözümünde tahkim kullanmayı arzu etse de tahkimin en rahatsız edici özelliğini masraflar olduğunu tespit edilmiştir.²⁸²

Genel olarak tahkim süreçlerinde, hakemlerin ücretleri, uzman ücretleri, avukatların vekalet ücretleri ve harçlar tahkime başvurana önemli bir külfet yüklemektedir.

Tahkimde adli yardım gibi olanakları bulunmadığından tahkim sürecine başvurmak isteyen taraf bu masrafları karşılamak zorunda olup tahkim masraflarının azaltılması için son yıllarda teknoloji kullanımı artırılması tartışılrsa da bu yöntemle kesin bir çözüm sağlanamamıştır.²⁸³

Tahkimde üçüncü kişi dava finansmanı, maddi kaynakları olmayan davalıların haklı taleplerini takip etmelerine olanak tanımaktadır. Ayrıca, sağlam kaynaklara sahip davacıların hukuki maliyet riskini dengelemelerine ve hukuki maliyetlerin bilançolarındaki yükünü azaltmalarına olanak tanımak için de kullanılabilir.

Dava finansmanı piyasası geliştikçe, alternatif finansman ürünleri ortaya çıkmakta ve mevcut finansman yapılarının çeşitliliği genişlemektedir. Gelişen piyasada ortaya çıkan

²⁸¹ Friel, S. (2017), *The next game changer in global litigation and arbitration*, <https://www.financierworldwide.com/the-next-game-changer-in-global-litigation-and-arbitration>, §6, Erişim Tarihi: 11.02.2024.

²⁸² Baver (2021), sf. 42.

²⁸³ Baver (2021), sf. 43.

finansman metotları daha karmaşık yapıları da beraberinde getirmektedir. Dava finansmanı olgusu gelişen piyasalarla uyum sağlamak adına sürekli değişmekte ve bir seferlik davalara finansman sağlamanın ötesinde, dava finansmanı, tahkimden elde edilen gelirlerin teminat olarak kullanılması gibi daha geniş bir amaç yelpazesine hizmet etmektedir. Yeni bir alternatif yöntem tahkimlere fon sağlayanların bir dava portföyünü kapsayan finansman paketi sağladığı portföy finansmanının gelişimidir.

İki tarafın tacir olduğu tahkimler “ticari tahkim”, bir tarafın devlet sıfatıyla yer aldığı tahkimler ise “yatırım tahkimi” olarak adlandırılmaktadır.²⁸⁴ Tahkimlere fon sağlayan dava finansörleri, özellikle tek sefer bir yapıda finansman sağlıyorsa, getirilerindeki muhtemel yüksek kar sebebiyle, “zararın tazmini” talebi içeren tahkimleri tercih etmektedirler. Kara Avrupası Hukuku’ndaki yatırım tahkimleri, genellikle davacıda meydana gelen zararı tam olarak onarmayı amaçlayarak davalının davacıya bu zararların onarımı için tazminat ödemesi üzerine tasarlanmıştır. Tazminatın amacı, her iki tarafa da beklenmedik bir kazanç veya ceza sağlamak değil, aksine sözleşmeye veya yasaya aykırı eylemin tüm sonuçlarını ortadan kaldırmaktır. Yatırım tahkimlerinde, tazmin etme standartları genellikle yatırım anlaşmalarıyla düzenlenirken, zarar kalemleri uluslararası mahkemeler ve hakemler tarafından tanımlanan uluslararası teamül hukukuyla belirlenmektedir.²⁸⁵

Tahkimlerde tek sefer finansman sağlayan dava finansörlerinin, “zararların tazmini talebi” içermeyen davalar için finansman sağlaması muhtemel değildir. Dava finansörlerinin, geri ödemelerini yapılan tahsilatlara göre alması sebebiyle finansman genellikle tahkimde parasal bir zarar karşılanması talebi olan davacılara sunulmaktadır.

Bir tahkim konusunun finansmanı yüksek riskli bir yatırım olarak algılanmakla birlikte dava finansörleri finansman karşılığı belirli bir yatırım-getiri oranı talep etmektedirler. İngiltere pazarında genellikle tek seferlik tahkim finansmanı, tahkimdeki talebin 10 Milyon GBP ve üzeri olduğu tahkimlere uygulanmaktadır.

Yukarıda, dava finansmanı öncesi, finansörün incelemesi (*due diligence*) konusunda yapılan açıklamalar²⁸⁶ tahkimin finansmanında da uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten de,

²⁸⁴ Baver (2021), sf. 66.

²⁸⁵ Trenor J. (Editor), Mark W Friedman, M. W., Floriane Lavaud F. (2018), *Global Arbitration Review, the Guide to Damages in International Arbitration* (Third Edition), London: Law Business Research Ltd, sf. 7.

²⁸⁶ Bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §A.

uluslararası tahkimde, örneğin bir iki taraflı yatırım anlaşması (BIT) çerçevesinde var olan yatırım anlaşması tahkiminde, finansör, dava tarafı ülkenin tarihsel işlemlerini ve tahkim kararlarının nasıl ödendiğine ilişkin geçmişini inceleyebilmektedir. Sonuç olarak, mevcut bilgileri inceleyip test ettikten ve olası araştırmaları tamamladıktan sonra, bir dava finansörü davayla ve avukatlarla rahat olup olmadığına ve iş ilişkisine girmeye hazır olup olmadığına karar verecektir. Finansörler eğer bu noktalardan kesin bir şekilde emin değillerse, davanın uygun olmadığına karar verebileceklerdir.

Dava finansörlerinin inceleme aşamasında dikkat ettikleri diğer önemli bir konuda, davalının varlıkları ve bu varlıklar üzerinde muhtemel dava veya tahkim kararının icra edilebilir olmasıdır. Gerçekten, sadece davanın kazanılması veya tahkimin başarıyla neticelenmesi bir davacı için yeterli olmayıp karar verilen menfaatin, kararın icrası yoluyla fiilen elde edilmesi ile ancak davacı dava finansmanı sağlayan finansör başarıya ulaşmış olacaktır.

Tahkim yeri de tahkim finansmanı için fazlasıyla önem arz eden bir konudur. Kamu düzenine aykırı tahkim kararlarının icrası birçok ülkede mevzuat ile engellendiğinden, finansör, finansman önce böyle bir riskin miktarını etraflıca analiz etmelidir. Hakem kararlarının önemli iptal sebebi kamu düzenine aykırılıktır.²⁸⁷ Kamu düzenine aykırı hakem kararının uygulanmayacağı Türk Hukuku'nda MTK ile düzenlenmiştir.²⁸⁸

Ayrıca, genel hükümlere göre hakem kararlarının başka bir ülkede uygulanması bunların tenfiz edilmesine bağlıdır. Yabancı hakem kararının tanınması yerel hukukta etki göstermesini, tenfizi ise icra kabiliyeti olduğunu belirtir.²⁸⁹

ICSID tahkim kararları Konvansiyon hükümlerine göre üye ülkelerde doğrudan icra kabiliyetine sahiptir. Bir ICSID hakem kararı, tahkimdeki tüm taraflar için bağlayıcı olmakla beraber her bir taraf, bu karara uygun olarak onun hükümlerini yerine getirmek zorundadır.²⁹⁰ Bir taraf hakem kararına uymazsa, diğer taraf, bu kararın parasal yükümlülüklerini ICSID üye

²⁸⁷ Can/Tuna, sf. 555.

²⁸⁸ Bu konuda bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2019/2474 K. 2019/3640 T. 26.9.2019 numaralı kararı.

²⁸⁹ Can/Tuna, sf. 573.

²⁹⁰ ICSID Konvansiyonu, m. 53(1).

devletlerinden herhangi birinin mahkemelerinde, o devletin mahkemelerinin kesin bir kararı gibi tanınmasını ve uygulanmasını sağlayabilecektir.²⁹¹

Üye devletlerin hakem kararını tanıması ve uygulaması gerekmele birlikte, her devletin tahkimden kaynaklanan egemenlik dokunulmazlıklarıyla ilgili yasaları geçerli kalmaya devam edecektir.²⁹²

ICSID'in ICSID Konvansiyonu uyarınca bir hakem kararının tanınması ve uygulanması konusunda resmi bir rolü yoktur. Ancak, bir taraf ICSID'e diğer tarafın bir hakem kararına uymamasını bildirdiğinde, ICSID'in, uymayan tarafın bu karara uymak için aldığı veya alacağı adımlar hakkında bilgi talep etme pratiği vardır.

3. Tahkim Kurumları Nezdinde Uygulamalar

a. ICC

Dava finansmanının gelişimine örnek olmak adına katkıda bulunan önemli bir dava kamuoyunda *Pirelli* davası²⁹³ olarak bilinen davadır. Bu davada, Pirelli, 2007 yılında, bir ticari marka anlaşmazlığı nedeniyle Licensing Projects (LP) şirketi aleyhine ICC nezdinde tahkim işlemleri başlatmıştır. Aynı yılın ilerleyen zamanlarında, bir İspanyol mahkemesi LP'yi resmi bir iflas sürecine sokmuş ve LP Temmuz 2009'da zorunlu tasfiyeye tabi tutulmuştur.

LP, karşı iddialarda bulunmaya çalışsa da tasfiye durumunda olduğu için, 1998 ICC Kuralları'nın 30. maddesi uyarınca gereken ön ödemeyi ICC'ye yatıramamıştır. Tahkim heyeti bu nedenle LP'nin karşı iddialarını geri çekilmiş saymış ve sonunda Pirelli lehine karar vermiştir.

Kasım 2007'de, Paris İstinaf Mahkemesi, ödeme yapılmadığı için LP'nin karşı iddialarının geri çekilmesinin, adalet erişimi ve eşitlik ilkesi ihlali olduğu gerekçesiyle tahkim kararını iptal etmiştir.

Daha sonra Pirelli şirketinin bu kararı temyiz etmesi üzerine temyiz mahkemesi istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. Temyiz mahkemesi, hakem heyetinin böyle bir durumda nasıl davranması gerektiğiyle ilgili görüş bildirilmemiş, bu sebeple adaleti sağlama

²⁹¹ ICSID Konvansiyonu, m. 54(1).

²⁹² ICSID Konvansiyonu, m. 55.

²⁹³ Dava için bkz. <https://cjc.eui.eu/data/data/data?idPermanent=122&trial=1>, Erişim Tarihi: 11.02.2024.

yükümlülüğünü hakemlere bırakmış ancak hakemlerin nasıl bir yol izleyeceğini belirlememiştir.²⁹⁴

1 Ocak 2021'de yürürlüğe giren ve güncel olan ICC 2021 Tahkim Kuralları, ICC'ye, 1 Ocak 2021'den itibaren gelen dosyaların yönetimini tanımlamakta ve düzenlemektedir.²⁹⁵

Uluslararası tahkimde şeffaflık talebinin artması, hakemlerin açıklama yükümlülüklerinin daha fazla irdelenmesine sebep olmuştur. Bunun en önemli örneklerinden biri ICC hakemlerinin, anlaşmazlıkta doğrudan ekonomik bir çıkarı olan herhangi bir tarafla olan ilişkilerini açıklamalarının gerekliliğidir.

Bu bağlamda, 2021 Kuralları ile getirilen 11(7). Maddesi, tarafların, hakem heyetine, diğer taraflara ve ICC Sekreterliği'ne *"herhangi bir tarafla bir anlaşma yapan ve bu anlaşma uyarınca tahkim kararının sonucunda ekonomik bir çıkarı olan herhangi bir üçüncü tarafın kimliğini"* derhal bildirmesi hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün arkasındaki mantık, muhtemel hakemlerin açıklama görevlerine yardımcı olmaktır, böylece tahkim heyetinin tarafsızlık ve bağımsızlık temel standartlarına uygunluğu sağlanabilecektir. Yeni madde ile yalnızca üçüncü taraf finansörlerini özel olarak hedef alınmamış olmakla birlikte bunlarında açıkça kapsam altına alınması planlanmıştır.

ICC 2021 Tahkim Kuralları kapsamında, ICC Kuralların uygulanmasına yönelik "Tahkimin Yürütülmesi Hakkında Taraflara ve Tahkim Hakemlerine Not"²⁹⁶ yayınlamıştır. Bu notta açık bir şekilde, *"bir açıklamanın yapılması gerekip gerekmediğini değerlendirirken, bir hakem veya aday hakem, üçüncü taraf fon sağlayıcıları gibi tahkimin sonucunda bir çıkarı olan taraflarla olan ilişkileri yanı sıra, tahkim heyetinin diğer üyeleri ile uzmanlar veya davada tanık olarak yer alan kişilerle olan ilişkileri de dikkate almalıdır"* açıklaması yapılmıştır.

ICC tahkimleri genel olarak, tahkim finansmanına uygun yapısıyla, günümüzde dava finansörlerinin ilgisini çekmektedir. ICC tahkiminde dava finansmanına yönelik meseleler aşağıda irdelenmiştir.

²⁹⁴ Baver (2021), sf. 54.

²⁹⁵ Kurallar için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

²⁹⁶ Not için bkz. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

b. ICSID

Tahkimlere fon sağlayan dava finansörlerinin, özellikle tek sefer bir yapıda finansman sağlıyorlarsa, getirilerindeki muhtemel yüksek kar sebebiyle, “zararın tazmini” talebi içeren yatırım tahkimlerini tercih ettiğini belirtmiştik. Bu çerçevede, ICSID tahkimleri dava finansörleri için her dönem cazip olmaya devam etmektedir.

ICSID tarafından, devlet yetkilileri, hukuk danışmanları, hukuk hakemleri, iş dünyası temsilcileri ve sivil toplumla beş yılı aşkın bir süre yapılan çalışmaların neticesi olarak, yatırım anlaşmazlıklarının tahkimi, arabuluculuğu, uzlaştırması ve vakaların belirlenmesine ilişkin güncellenmiş kurallar, uluslararası yatırım anlaşmazlıklarını çözmek adına, 2022 yılının Temmuz ayında yürürlüğe girecek şekilde, 2022 ICSID Kuralları olarak yayınlanmıştır.²⁹⁷ Bu kurallar, ICSID davalarını taraflar için daha verimli hale getirmeyi, ICSID tesislerine ve hizmetlerine daha geniş bir erişim sağlamayı ve işlemlerin yürütülmesi ve sonuçlarının daha büyük bir kamu şeffaflığına tabi olmasını sağlamayı amaçlayan yenilikleri içermektedir.

2022 ICSID Kuralları ile dava finansmanına yönelik getirilen en önemli değişikliklerden biri, bir tarafın *"herhangi bir üçüncü taraf finansmanı sonucuna bağlı olarak, ödeme veya ücret karşılığında, doğrudan veya dolaylı olarak, sürecin takip veya savunması için fon alınan herhangi bir tarafın ad ve adresi bildiren yazılı bir bildirimi"* tahkim sürecinde kuruma sunması gerekliliğidir.

Güncellenmiş ICSID Kuralları, üçüncü taraf finansmanının açıklanmasıyla ilgili diğer tahkim kurallarından bir adım daha ileri gitmekte ve finansman sağlayan üçüncü tarafın bir tüzel kişi olması durumunda, bildirimde o tüzel kişiyi kontrol eden kişi ve kuruluşların isimlerinin bildiride bulunması gerektiğini belirtmektedir.²⁹⁸

Eğer finansman anlaşmasının sözleşmeye taraf olan kişiliği, sadece davanın amaçları için kurulmuş bir kurumsal araç ise, bu tarafın kimliğinin açıklanması, tahkim heyetinin herhangi bir potansiyel çıkar çatışmasını belirlemesine izin veremeyeceği için, böyle özel amaçlı araçlar kullanarak finansman anlaşmalarını uygulayan finansörlerin, bu araçların arkasındaki gerçek yatırımcıları da açıklaması gerekecektir.

²⁹⁷ Kurallar için bkz. <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/2022-rules-and-regulations/resources>, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

²⁹⁸ 2022 ICSID Kurallar m. 14(1).

Finansman anlaşmasının açıklanmasıyla ilgili kritik edilen en önemli husus, ICSID tahkim heyetine, finansman bildirimini verdikten sonra finansman anlaşmasının içeriği hakkında ek bilgi isteme yetkisi verilmesidir. Bu, finanse edilen tarafı, finansman anlaşmasında yansıyan gizli ve/veya son derece hassas bilgileri açıklamaya zorlayabilecektir.²⁹⁹

Dava finansmanı anlaşmasının içeriğinin açıklanmasının, finanse edilen tarafı olumsuz etkileyebileceği ve finansman anlaşmasının tamamının açıklanması talep edilirse muhtemelen zarar vereceği hususlarında ICSID yeni kuralları eleştirilmektedir. Yeni kurallar çerçevesinde, eğer tahkim heyeti, finanse edilen tarafın finansal koşullarını veya finanse edilen tarafın uzlaşma eşiklerini anlayabilirse, bu tahkim heyetinin dava hakkındaki görüşünü veya hatta tarafsızlığını etkileyebilecektir. Dahası, finansman anlaşmasını okumak, finansörün durum tespiti sürecinde finansa edilen tarafa açıkladığı ve buna uygun olarak anlaşmaya yansıyan potansiyel zayıflıklar hakkında tahkime bilgi de sağlayabilecektir. Bu nedenlerden dolayı, hassas bilgilerin gizli tutulması önem arz etmektedir. Bazı açıklama yükümlülüklerinin gerekli olduğu kabul edilse de bir tahkim heyetine, nihayetinde ticari bir anlaşmanın koşulları ve şartlarının açıklanması olarak nitelendirilebilecek bir durum finanse edilen tarafı zorlayabilecektir.

Sonuç olarak, yeni ICSID kuralları, çıkar çatışması endişelerini ele alarak, tahkim heyetinin etkin finansörün kim olduğunu bilmesini sağlamak adına uygun görülmeyle birlikte, tahkim heyetine finanse edilen tarafın ve finansörü arasındaki ticari anlaşmanın içeriğine erişim için verilen haklar, gerektiği zaman geçilmek zorunda olan ince çizgiyi aşmış olabilecektir.

c. LCIA

Milletlerarası tahkim alanında ICC'den sonra en çok tercih edilen kurum³⁰⁰ olan LCIA, diğer tahkim kurumlarının aksine dava finansmanı konusunda sessiz kalmaktadır.

İngiliz mahkemesi, *Arroyo ve diğerleri -v.- BP Exploration Co (Colombia) Ltd* davasında³⁰¹, İngiltere'deki mahkeme süreçlerinde "*özel olarak finanse edilen davalarda, bir davanın nasıl finanse edildiğine dair herhangi bir taraf için bir açıklama yükümlülüğü yoktur*" hükmüyle üçüncü şahıs dava finansmanı düzenlemelerinin genel olarak açıklanması için bir

²⁹⁹ 2022 ICSID Kurallar m. 14(4).

³⁰⁰ Can/Tuna, sf. 108.

³⁰¹ Dava detayları için bkz. <https://vlex.co.uk/vid/pedro-emiro-florez-arroyo-793600545>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

kural olmadığına karar vermiştir. Benzer şekilde, *Edwardian Group Ltd ve diğerleri -v.- Singh* davasında³⁰², mahkeme, tarafın dava finansmanı belgelerinin incelenmesine ilişkin bir talebini reddederek dava finansmanı anlaşmasının hukuki danışmanlık gizliliğine tabi olduğunu belirtti. İngiliz mahkemesi şimdiye kadar dava süreçlerinde finansman düzenlemelerinin açıklanmasını emretmek konusunda isteksiz olsa da diğer tahkim kurumlarının yeni düzenlemeleri ışığında dava finansörünün varlığının ve kimliğinin açıklanıp açıklanmaması gerektiği, finansman anlaşmasının kendisi yerine tartışılmaya devam edilmektedir.

Bununla birlikte, LCIA Tahkimi, tüm hakemlerin her zaman tarafsız ve bağımsız olmasını ve taraflardan herhangi birinin avukatı veya yetkili temsilcisi olarak tahkimde hareket etmemesini şart koşturmaktadır.³⁰³ Bu husus, hakemlerin, dava finansörleri ile olası bir menfaat ilişkisi olması halinde tahkimden çekilmelerini gerektirmektedir.

d. UNCITRAL Kuralları

UNCITRAL tıpkı, ICSID gibi yatırım anlaşması tahkimini güncelleme çabaları kapsamında dava finansmanının kullanımını ele almıştır.

Bu çerçevede, UNCITRAL Çalışma Grubu III tarafından yayımlanan "Üçüncü Taraf Finansmanı Hakkında Taslak Hükümler" reformu (UNCITRAL Taslağı)³⁰⁴, yatırımcı-devlet anlaşmazlıklarında kullanılmak üzere yatırım antlaşmalarına dahil edilmeye hazır geniş kapsamlı hükümler önermektedir. Bu hükümler, dava finansmanının kullanımını yasaklamakta veya kısıtlamaktadır.

UNCITRAL Taslağı, dava finansmanının külliyen yasaklanmasına ilişkin üç seçenek önermektedir. Bu seçenekler arasında, yatırım antlaşmalarına dava finansmanının genel olarak kullanımını yasaklayan bir hüküm eklemek veya bir talebi veya tahkim heyetinin yargı yetkisini davacının dava finansmanı kullanmamasına bağlayan bir düzenleme bulunmaktadır.³⁰⁵

³⁰² Dava detayları için bkz.

[https://www.oecclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Re_Edwardian_Group_Ltd_Appleby_Trust_\(Jersey\)_Ltd_v_Singh_2019_1_BCLC_171.pdf](https://www.oecclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Re_Edwardian_Group_Ltd_Appleby_Trust_(Jersey)_Ltd_v_Singh_2019_1_BCLC_171.pdf), Erişim Tarihi: 19.05.2024.

³⁰³ Bkz. LCIA Kuralları m. 5.3.

³⁰⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>, Erişim Tarihi: 19.05.2024.

³⁰⁵ Bkz. <https://lcmfinance.com/publications/divergent-reform-approaches-on-litigation-funding-in-investment-treaty-arbitrations/>, Erişim Tarihi: 19.05.2024.

Çalışma Grubu, yasak ile ilgili öneriyi dava finansmanının temelsiz iddiaları ve talep edilen tazminat miktarlarını arttıracak görüşüyle meşrulaştırmaya çalışmıştır. Dava finansmanının yasaklanmasının, küçük ve orta ölçekli işletmelerin devletlere karşı tahkim yapma kapasitesini sınırlayacağı eleştirilerine yanıt olarak, Çalışma Grubu daha sonra yasal yardım mekanizmalarına başvurulmasını önermektedir.

Kanaatimizce, tüm dünyada gelişmekte olan dava finansmanı kurumunu yasaklamak yerine bununla ilgili düzenleyici kurallar koymak adalete erişim açısından daha uygun olacaktır.

e. Diğer Tahkim Kurumları

Singapur, tahkim konusuna dava finansmanı alanındaki gelişmeleri en yakın takip eden ülkelerden biri olarak Asya'da, uluslararası tahkim ve ilgili mahkeme süreçlerinde üçüncü taraf finansmanına izin veren ilk yargı alanlarından biri olmuştur. 2017 SIAC Yatırım Tahkim Kuralları³⁰⁶, tahkim heyetine üçüncü taraf finansmanı düzenlemelerinin varlığını açıklama yetkisini açıkça vermekle birlikte, üçüncü taraf finansörün kimliğini, ayrıca, üçüncü taraf finansörünün uyuşmazlık sonucundaki ekonomik çıkarlarıyla ilgili ayrıntıları (uygunsa) ve/veya üçüncü taraf finansörünün olumsuz maliyetleri karşılamayı kabul edip etmediği konularında hakem heyetine bilgi isteme yetkisi verilmiştir. Bu, tahkim masraflarının bölünmesini ve uygulanabilir durumlarda tahkim masrafları karşısında alınacak herhangi bir maliyet kararlarını belirlerken üçüncü taraf finansman düzenlemelerini dikkate alabileceğine bir gösterge olmuştur.

Hong Kong merkezli HKIAC, 2018'de açıkça üçüncü taraf finansmanı ile ilgilenmekte olduğunu güncellenmiş kurallarını³⁰⁷ yayınlarak göstermiştir. Bu kurallar, finanse edilen tarafın tüm diğer taraflara ve tahkime bir finansman anlaşması yapıldığını ve finansörün kim olduğunu bildirmesi gerektiğini belirtmekte olup, kurallar ayrıca, tahkim heyetinin üçüncü taraf finansman düzenlemesini tahkim masraflarının tümünü veya bir kısmını belirleme konusunda dikkate alabileceğini de vurgulamaktadır.

³⁰⁶ 2017 SIAC Kuralları için bkz. <https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-Investment-Rules-2017.pdf>, Erişim Tarihi: 31.05.2024.

³⁰⁷ 2018 HKIAC Kuralları için bkz. <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018>, Erişim Tarihi: 10.05.2024.

2021 VIAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları³⁰⁸, 2021 ICC Kuralları ile benzer bir pozisyonu benimsemektedir. Bu kurallara göre *"üçüncü taraf finansmanının varlığını ve üçüncü taraf finansörün kimliğini talebinde veya talebe yanıtında veya üçüncü taraf finansman düzenlemesi yapılmasından hemen sonra bildirmekle yükümlüdür"*. Ayrıca, 2021 VIAC Kuralları, tahkim heyetinin gerekli görmesi halinde finansman düzenlemesine ilişkin belirli ayrıntıların açıklanmasını, finansörün uyuşmazlık sonucundaki çıkarlar ve/veya finansörün bazı veya tüm olumsuz maliyet sorumluluğunu üstlenmeyi taahhüt etmiş olup olmadığını isteyebileceğini hüküm altına almıştır.

Dubai'de 21 Mart 2022'de yürürlüğe giren 2022 DIAC Tahkim Kuralları gereği, üçüncü kişi dava finansmanı sürecine giren tarafların bu durumu tüm diğer taraflara ve DIAC'a derhal bildirmeleri gerektiği açıkça belirtilmektedir.

Bahreyn merkezli, BCDR, 1 Ekim 2022'de yürürlüğe giren yeni kurallarına eklenen bir düzenleme ile tahkim sırasında veya sonrasında herhangi bir zamanda üçüncü taraf finansman düzenlemesinin varlığının ve üçüncü taraf finansörünün kimliğinin açıklanmasını zorunlu hale getirmiştir.

Kuala Lumpur'un Asya Uluslararası Tahkim Merkezi'nin 2021 kuralları üçüncü taraf finansörlerin varlığını açıklama zorunluluğu getirmemekle beraber, bunun yerine tahkim heyetine "tahkim sürecinin her aşamasında üçüncü taraf finansman düzenlemelerinin, özellikle üçüncü taraf finansörünün tahkim prosedürlerinin sonucundaki ekonomik çıkarları" hakkında gerekli soruşturmalarda bulunma yetkisi vermektedir.

Son olarak, bir tahkim kurum olmasa da IBA, Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmaları ile İlgili İlkeleri³⁰⁹ yayınlamıştır. Bu ilkelere göre, doğrudan ekonomik çıkarı olduğu için üçüncü taraf finansörünün bir dava tarafı olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunlar bağlayıcı olmayan ilkeler olmasına rağmen, uluslararası uygulamaların yansımalarıdır.

Sınırlar ötesi uyuşmazlıkların artmaya devam etmesi ve şirketlerin taleplerini takip etmek için daha büyük finansal kısıtlamalarla karşı karşıya kalmasıyla, üçüncü taraf finansmanı

³⁰⁸ 2021 VIAC Kuralları için bkz. <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2021-online>, Erişim Tarihi: 15.05.2024.

³⁰⁹ IBA İlkeleri için bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafce8918>, Erişim Tarihi: 15.05.2024.

bağlamında zorunlu açıklama yükümlülüklerine doğru artan eğilim, uluslararası tahkimde doğal ve ilerici bir evrim olarak karşılanmaktadır.

f. Türk Hukuku

Türk Hukuku tahkim mevzuatında üçüncü kişi dava finansmanı ile ilgili an itibarı ile özel hükümler bulunmamakla birlikte bu tür işlemler genel hükümlere tabi olacaktır.

Dava finansmanına ilişkin olarak ülkemizde henüz somut bir mevzuat ve içtihat gelişmediği için tanıma ve tenfiz aşamasında üçüncü kişi finansmanının ne ölçüde dikkate alınacağı üçüncü finansmanının bir yargılama gideri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tarafların mahkeme tarafından finansal anlaşmaların açıklanması gibi hususlarda herhangi bir düzenleme olmayıp bu konular ilerleyen zamanlarda verilecek yargı kararları ile yasa koyucunun konuya ilişkin yapacağı düzenlemelerle hüküm altına alınabilecektir.³¹⁰

B. Tahkimde Dava Finansmanı Sorunları

1. Dava Konusundan Pay Alma Yasağı

Dava finansmanına ilişkin genel sorunlarda açıkladığımız üzere³¹¹, dava konusunda pay alma yasağı uzun yıllar boyunca dava finansmanının gelişimini önlemiş, bunun değişmesi üzerine de dava finansmanı özellikle tahkim alanında gelişim göstermiştir.

Zaman içerisinde milletlerarası tahkimin özel bir yargılama olması ve maliyetlerinin yüksekliği karşısında, dava konusunda pay alma yasağı yumuşatılmaya çalışılmıştır.³¹²

Dava konusunda pay alma yasağının tahkime etkilerini tartışmadan önce, çoğu yargı alanında kabul gören uluslararası tahkim sözleşmeleri, model kanunlar ve uluslararası tahkim kuralları tarafından ele alınış şeklini incelemek gerekmektedir. 1985 yılında kabul edilen 2006'da yapılan değişikliklerle birlikte UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu, UNCITRAL Tahkim Kuralları 2013, Devletler Arası Yatırımcılar ile Devletler Arasında Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme, ICC Kuralları ve ICSID Kuralları gibi yaygın uygulanan tahkim kuralları kapsamlı bir şekilde üçüncü taraf finansmanı

³¹⁰ Aküzüm, sf. 190.

³¹¹ Bkz. Birinci Bölüm, IV. Kısım.

³¹² Baver (2021), sf. 76.

konusunu ele almaktadırlar. Bu inceleme neticesi, tahkimde, birçok yargı alanında dava konusundan pay almanın yasaklanmadığı sonucunu varılabilmektedir.

Kara Avrupası Hukuku'nda dava konusundan pay alma yasağına dair özel hükümler bulunmamakla birlikte, bu tür uygulamalar hukuki hizmetlerin sağlanmasına ilişkin genel kurallara ve genel işlem kurallarına tabidir.

2. Tahkimin Gizliliğinin Etkilenmesi

Gizlilik hususu, sıklıkla tarafların anlaşmazlıklarını mahkemeler yerine tahkim etmeyi tercih etmelerinin temel nedenleri olarak gösterilmektedir. Genel olarak tahkim süreçleri gizli yürütülmektedir.

Mahkemelerde, davalara ilişkin işlemler ve belgeler genellikle kamuya açıktır ve bu durum, ihtilaflı durumlardan kaynaklanan iddialar veya ticari hassas bilgiler gibi belirli bilgilerin kamuya açıklanmasını istemeyen taraflar için güç bir durum yaratabilmektedir.

Gizliliğin amacı dava sürecine konu olmayan üçüncü kişilerin tahkim taraflarının bilgisi ve rızası olmadan dava sürecinde kullanılan bilgi ve belgeleri ulaşmalarını engellemektir.³¹³

ICSID Kuralları, anlaşılan taraflara uygulanacak genel bir gizlilik veya şeffaflık ön kabulü içermemekle birlikte. ICSID açıklamasına göre, *"ICSID tahkiminde gizlilik veya şeffaflık düzeyi, tarafların anlaşmasına, ilgili antlaşmaya ve Hakemlerin kararlarına bağlıdır."*³¹⁴ ICSID Kuralları uyarınca ICSID Genel Sekreterliği ve ICSID tarafından atanan hakemler için belirli gizlilik yükümlülükleri geçerlidir. Hakem heyeti üyeleri, tahkim sürecine katılımlarından elde ettikleri tüm bilgileri, kararın içeriği dahil olmak üzere gizli tutmakla yükümlüdürler. ICSID Kuralları, sözlü duruşmalara halkın katılmasına olanak tanısa da bu durum ayrıcalıklı bilgilerin korunması için düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Karar ve ilgili materyallerin ICSID Genel Sekreterliği tarafından yayınlanması, yalnızca tarafların onayı ile mümkündür. Ancak, Hakemlerin hukuki gerekçelerinin özeti derhal yayımlama görevi bulunmaktadır ve bu durumda taraf onayı gerekmemektedir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, açık bir gizlilik düzenlemesi öngörmemektedir. Buna karşılık, LCIA, tahkim kuralları, özel bir gizlilik hükmü içermektedir. ICC Kuralları, talep edilmesi halinde hakem heyetine tahkim sürecinin gizliliği konusunda kararlar alma yetkisi

³¹³ Bayer (2021), sf. 107.

³¹⁴ Bkz. <https://icsid.worldbank.org>, Erişim Tarihi: 21.05.2024.

vermektedir. Bu kurumsal kurallar, öncelikle ticari tahkimler için kullanılsa da zaman zaman yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında da uygulanabilir durumdadır.

Daha önce yukarıda açıkladığımız üzere³¹⁵, belirli tahkim kurumlarının kurallarında tahkim sürecinde uygulanan dava finansmanının açıklanması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu husus tahkim başvurusunda bulunan davacının haklarına hanel getirme ihtimali yaratmaktadır.

Üçüncü kişi dava finansörlerinin de ilgili finansman anlaşmasının içeriğini açıklamaları gerektiğine dair bazı hakem kararları da bulunmaktadır. Ayrıca hakemlerin, davacıları dava finansörlerinin kimliklerini açıklamakla yükümlü kıldığı tahkimlerde bulunmaktadır.³¹⁶

Örnek olarak, üçüncü kişi tarafından yapılan dava finansmanının varlığı diğer tarafça açıklanırsa, bu durum, finansman elde etmiş tarafın masraflarını karşılayamayacağına dair sorunlarının bulunduğu gerekçesiyle diğer tarafın, masrafların teminatı için hakem heyetine bir başvuru yapmasına yol açabilecektir. Bu durumda, genellikle herhangi bir masraf teminatının finansör tarafından ödeneceği kabul edilmiş olacaktır. Üçüncü kişi dava finansmanı düzenlemelerinin varlığına dayalı olarak yapılan masrafların teminatı başvurularının reddedildiği vakalar da bulunmaktadır.

Ayrıca, bir finansörün diğer talepleri finanse etmesi durumunda, hakemlerin dahil olduğu farklı davalar nedeniyle çıkar çatışmaları ortaya çıkabilecektir. Finansörlerin sayısı sınırlı olduğundan bu durumun ortaya çıkması mümkündür.

Halka açık finansal kuruluşların da dava finansmanına yönelik çalışmaları sebebiyle bu tür kuruluşlarda hissedar olan veya davanın neticesine göre halka arz edilmiş hisselerden satın alabilecek durumda olan taraflar ortaya çıkabilecek olsa da bu tür hususların yargı alanlarındaki içeriden bilgi ticareti (*insider trading*)³¹⁷ kuralları çerçevesinde önüne geçilmesi mümkündür.

Bu tür düzenlemelerin açıklanması nedeniyle baskın bir konu haline gelmesi, bazı tahkim merkezlerinin doğrudan bu konuyla ilgilenmek için adımlar atmalarına neden olmuş ve

³¹⁵ Bkz. İkinci Bölüm, IV. Kısım.

³¹⁶ Efeçinar C. S. B., Ömeroğlu E., Uyanık M.E. (Editörler) (2018), *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf.100.

³¹⁷ İçeriden bilgi ticareti (*insider trading*) sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri şahsa veya üçüncü şahıslara menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde haksız yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmektir.

yukarıda açıkladığımız üzere birçok tahkim kurumu bu konularda önlemler almaya çalışmaktadır.

3. *Finansörün Tahkimin Kontrolünü Ele Geçirmesi*

Tahkimlere yüksek yatırım yapan dava finansörleri, doğal olarak yatırımlarını sürekli olarak gözetlemek ve gerektiğinde kendilerine yeterli kar gördüklerinde tahkim sürecini sulh yoluyla neticelendirmek isteyeceklerdir. Ayrıca dava finansmanına ihtiyacı olan davacı baskı altında bulunduğu finans süre davayı özgürce kontrol etme yetkisi vermektedir.

Üçüncü kişi dava finansörlerini üstlendikleri rol gereği yargılamanın ve tahkimin tamamen dışında tutmak mümkün değildir³¹⁸

Dava finansmanının kar amacıyla kabul edilmesi, İngiltere'nin üst mahkemelerinin 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarında verdiği bir dizi kararla³¹⁹ mümkün hale gelmiştir. Bu kararlar, finansörlerin, davanın kontrolünü etkilemediği sürece, tazminatın bir kısmını almak karşılığında finansal dava yönetim desteği sağlamasında bir sakıncası olmadığını ve finansörün adalet sürecini zayıflatmadığı veya bozmadığı müddetçe dava sürecini kontrol edebilecek sözleşme yapabileceğini teyit etmiştir.³²⁰

Üçüncü şahıs dava finansörünün, davanın kontrolünü ne ölçüde elinde tutmaya çalıştığı ile ilintili olarak, finansör, avukatın müvekkili adına dürüst, objektif, bağımsız değerlendirmelerde bulunma yeteneğini etkileme potansiyeline sahiptir. Finansman sözleşmeleri, dava finansmanı sağlayan kişilere avukatı seçme, dava stratejilerini oluşturma ve muhtemel sulh belirlemesi yapmak veya reddetmek gibi konularda yüksek kontrol yetkisi veren hükümler içerebilir. Bu tür hükümler, avukat-müvekkil ilişkisinin güven müessesine dayalı olan doğasına müdahale etmektedir.

Dava finansmanı sağlayan şahsın, sulh anlaşması konusunda bir katılım hakkını talep etmese dahi, mahkemeler ve doktrin, bir finansman düzenlemesinin varlığının bir tarafın bir uzlaşma teklifini kabul etme kararını nasıl etkileyebileceği konusunda endişe duymaktadır. Bir

³¹⁸ Efeçinar/Ömeroğlu/Uyanık, sf. 97.

³¹⁹ Bkz. Giles -v.- Thompson, Hamilton -v.- Al Fayed, Arkin -v.- Borchard Lines Ltd. davaları.

³²⁰ Friel/Capper/Sebok (2021), sf.99.

davacı, normal şartlarda kabul etmeyeceği bir uzlaşma teklifinin önemli bir kısmını geri ödeme yükümlülüğü nedeniyle kabul etmek zorunda kalabilecektir.³²¹

Üçüncü kişi dava finansörlerinin davanın kontrolünü ele geçirmeye çalışmasıyla ilgili olarak, ICSID’de görülmüş olan *Teinver SA* davasında³²² davalı Arjantin’in finansman sözleşmesinde öngörülen sebeplerle finansörün, davanın adeta asıl taraf haline getirildiğini bu sebeple de hakem heyetinin etkisiz hale gelmiş olduğunu ileri sürmüş olmakla beraber mahkeme ise finansman anlaşmasının davanın başlatılmasından sonra imzalandığını gözeterek finansörün yetkisinin devam etmesine karar vermiştir.³²³

Dava finansmanı ve dava finansman sözleşmelerinde kontrol gibi etik sorunların zamanla mevzuat ve yargı kararlarıyla olması gereken yere geleceği öngörülmektedir.

Üçüncü Bölüm

TÜRK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DAVA FİNANSMANI UYGULAMALARI

I. DAVA FİNANSMANINA KONU OLABİLECEK DAVA MASRAFLARI

A. Harçlar

Dava harçları, avukatlık ücretleri ile birlikte bir dava ile ilgili harcanması gereken en önemli kalemlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Harçlar, devlete bağlı olarak yargı organları tarafından yerine getirilen adalete ilişkin hizmetlerin karşılığı olarak devlet tarafından belirlenmektedir.³²⁴ Adalet hizmetlerinin verimli şekilde sunulması ve hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmaması adına, yargılama hizmetlerini talep eden kişilerin de,

³²¹ Stroble, J.J., Laura Welikson, L. (2020), *Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments*, Defense Counsel Journal, January 2020, https://www.iadclaw.org/assets/1/17/Third-Party_Litigation_Funding_-_A_Review_of_Recent_Industry_Developments2.pdf, sf. 17, Erişim Tarihi: 12.02.2024.

³²² Dava için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/335/teinver-and-others-v-argentina>, Erişim Tarihi: 14.02.2024.

³²³ Bayer (2021), sf. 90.

³²⁴ Kuru/Aydın, sf. 596, Pekcanitez/Atalay/Özekes, M. (2011), sf. 638, Pekcanitez/Atalay/Özekes (2022), sf. 370.

adalet sağlanmasına yönelik devlet giderlerine belirli oranda katılması, ayrıca bu hususun, uyuşmazlığın esasını çözümlmek adına bir ön şart olması ilgili mevzuat ile düzenlenmiştir.³²⁵

Dava masrafları mahkemeler tarafından talep edilen ve taraflarca kendi uhdelerinde yapılan masraflar olarak ikiye ayrılmaktadır.³²⁶

Adalet hizmeti sağlanırken devlet tarafından yapılan giderler arasında hakim ve diğer memurların maaşları, binaların giderleri, kırtasiye ve demirbaş ücretleri sayılabilir.³²⁷

Belli değişikliklerle birlikte genel olarak, tüm yargılama yerlerinde devlet tarafından verilen adalet hizmeti karşılığında talep eden davacı tarafından ödenen harçların akabinde dava sürecini başlatmaktadır.

Bu konuda örnek vermek gerekirse, İngiltere’de dava açma için gereken harçlar (mahkeme ücretleri) değişkenlik göstermekte olup, genel olarak talep miktarı ile orantılıdır. Örneğin, 10,000 GBP ile 100,000 GBP arasındaki bir talep için mahkeme ücreti toplam talep tutarının %5’idir ve 200,000 GBP’nin üzerindeki bir talep için sabit bir ücret olan 10,000 GBP’dir. Her bir tarafın karşılaştığı maliyetler, dava değeri ve karmaşıklığı, davanın süresi ve hukuki temsilcileriyle ilişkili maliyetler gibi faktörlere bağlı olarak davadan davaya değişmektedir. Genel bir kural olarak, bir dava sürecinde başarılı olan taraf, maliyetlerini başarısız olan taraftan talep edebilecektir. Ancak, mahkemenin başka şekilde de karar vermesi mümkündür.

ABD’de ise, çoğu eyalet ve federal mahkemelerde uygulanan ilgili usul kuralları, nihai hüküm verilmesinden sonra kazanan tarafa maliyetlerin ödenmesini öngörmektedir. Geri alınabilecek maliyetler arasında genellikle birkaç yüz ila birkaç bin ABD Doları arasında değişen; mahkeme dosyalama ücretleri, tebligat ücretleri, tanık ücretleri ve ulaşım masrafları, belge hazırlama ücretleri, kopyalama ücretleri ve mahkeme tarafından atanan uzmanlar ve tercümanlar için ödemeler sayılabilir. Genel bir kural olarak, avukatlık ücretleri ile ilgili ABD’de bir kaybedenin masrafları ödemesi sistemi olmayıp, bunun yerine, her taraf genellikle uyuşmazlıkta başarılı olup olmadığına bakılmaksızın kendi avukat ücretlerini karşılamaktadır.

³²⁵ Tercan, E., Rüzgaresen C. (2010), *Harçlar Kanunu m.28/a ve m. 32’nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi*, EÜHFD, C. XIV, S. 1–2, sf. 139, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1846638>, sf. 139, Erişim Tarihi: 21.05.2024.

³²⁶ Üstündağ (1992), sf. 747.

³²⁷ Yenipınar (2018), Önsöz.

Avukat ücretleri ve diğer maliyetlerin (örneğin, uzman tanık ücretleri) geri alınabileceği sınırlı istisnalar bulunmaktadır.

Kara Avrupası sistemine örnek olarak, Almanya’da dava masrafları, mahkeme ücretleri ve avukat ücretleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Alman hukuku "kaybeden öder" kuralına bağlı olduğu için, kaybeden taraf mahkeme ücretleri ve diğer tarafın yasal ücretlerinden sorumludur. Mahkeme ve avukat ücretleri esas olarak uyuşmazlık miktarına bağlıdır. Bu ücretlere ek olarak, uzman tanıkların ve diğer tanıkların masrafları da geri alınabilmektedir.

Türkiye’de, yargılama giderlerinden harçlar konusunda, harcın alınması veya tamamlanması tarafların isteğine bırakılmamış ve mahkemenin resen gözetmesi gereken bir husus olarak düzenlenmiştir.³²⁸

Harçların belirlenmesi ve tahsile edilmesi 492 sayılı Harçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Davalar ile ilgili belli başlı harçlar aşağıda sayılanlardır:

Başvurma Harcı: HarçK. m. 27 gereği dava açılırken davacı tarafından ödenmesi gereken maktu bir harçtır.

Karar ve İlam Harcı: Konusu parayla değerlendirilemeyen dava ve işlerde maktu, konusu parayla değerlendirilebilen davalarda ise nisbi olarak alınan bir harç türüdür. Nisbi karar ve ilam harcının dörtte biri dava açılırken peşin olarak alınır. Davanın reddine karar verilmesi durumunda nisbi karar verilen harca tabi bir dava olsa da sadece maktu harç ödenir. Davanın ilk oturumunda dava feragat kabul veya sulh ile sonuçlanırsa karar ve ilam harcının üçte biri alınır ve bu işlemler daha sonraki aşamada gerçekleşirse karar verilen amacının üçte ikisi ödenir. Bazı davalar ve işler harçtan muaftır.³²⁹

Celse Harcı: Celse Harcı, maktu bir harç olup tarafların veya vekillerinin ertelemeye sebep verdikleri oturumlara ilişkin alınmaktadır.

Dava finansmanı sözleşmesi yapılması halinde, şüphesiz davacı taraf üçüncü şahıs finansörün dava harçlarını da finanse etmesi hususunu sözleşme ile hüküm altına alacaktır.

Böyle bir durumda dava harçları davacı adına üçüncü şahıs finansör tarafından ödenecek veya bunların ödenmesi adına davacıya finansman temin edilecektir. Uygulamada, harçların

³²⁸ Üstündağ (1992), sf. 757, Yenipınar, (2018), sf. 1.

³²⁹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 371.

başkası adına ödenmesi kabul edilse de bu ödemeler genellikle UYAP sistemi üzerinden dava ile ilgili avukatlar tarafından yapılmaktadır.³³⁰ Dava finansmanı uygulamasında finansmanın, dava finansmanı sözleşmesinde belirlenecek hükümler çerçevesinde davacı adına avukata finansör tarafından ödenmesinin ve avukatın da bunları finansörün finansmanı ile davacı adına ödemesinin en uygun yöntem olacağı kanaatindeyiz.

İlgili bölümlerde de irdelediğimiz üzere dava maliyetlerinin finansör olarak avukat veya davaya bakan hukuk bürosu tarafından, daha sonra alınmak üzere karşılanması (veya dava finansörü tarafından bunlara ödenmesi) halinde de harçlar avukat tarafından UYAP üzerinden davacı adına ödenip daha sonra bunların tahsilatı davacı tarafından da yapılabilir.

B. Yargılama Giderleri

Yargılama giderleri HMK m. 323 ile belirlenmiştir.³³¹ Buna göre yargılama giderleri, harçların yanı sıra aşağıdakilerden oluşmaktadır:

- a) *Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri*
- b) *Dosya ve sair evrak giderleri*
- c) *Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler*
- ç) *Keşif giderleri*
- d) *Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler*
- e) *Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler*
- f) *Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hakimın takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri*
- g) *Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti*
- ğ) *Yargılama sırasında yapılan diğer giderler*

³³⁰ Bu konuda bkz. <https://uyap.gov.tr/Hizmetler>, Erişim Tarihi: 10.01.2024.

³³¹ Yılmaz, E. (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, sf. 1410.

İlgili bölümlerde de irdedeğimiz üzere yargılama giderlerinin finansör olarak avukat veya davaya bakan hukuk bürosu tarafından, daha sonra alınmak üzere karşılanması (veya dava finansörü tarafından bunlara ödenmesi) halinde de bu giderler avukat tarafından UYAP üzerinden davacı adına ödenip daha sonra bunların tahsilatı davacı tarafından da yapılabilmektedir.

C. Avukatlık Ücretleri

HMK m. 323'e göre³³² vekille takip edilen davalarda *"kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti"* yargılama gideri olarak sayılmakta olup, taraflar arasında, Avukatlık Kanunu ve diğer uygulanan kanunlar çerçevesinde anlaşılmış olan avukatlık ücretleri yargılama giderleri olarak belirtilmemiştir. Yargılama gideri olarak belirlenen avukatlık ücreti dava neticesi hükmolunan miktar üzerinden belirlenmektedir.³³³

Yargılama gideri sayılmayan ve taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesine istinaden belirlenmiş avukatlık ücreti³³⁴ ayrıca dava finansmanı konusu yapılmalıdır.

D. Uzman Görüşlerine İlişkin Ücretler

Dava konusu uyuşmazlık temel prensip olarak hakim tarafından çözülür. Ancak özel ve teknik bilgi gerektiren durumlarda hakim, karmaşık olan ve özel bilgiye ihtiyaç duyulan konularda uzman olan bilirkişiler vasıtasıyla, bunlardan temin edilecek görüşler ile birlikte karar vermektedir. HMK amir hükmüne göre³³⁵, *"Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz."*³³⁶ Kanuna göre sadece *hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde* hakimin bilirkişilere müracaat edebileceğinden bahsetse de uygulamada iş yoğunluğu sebebiyle hukuk konularında da mahkemelerin bilirkişiye başvurduğu gözlenmektedir. Bu konuda çeşitli Yargıtay kararları

³³² Yılmaz, sf. 1410.

³³³ Üstündağ, sf. 749.

³³⁴ Kuru/Aydın, sf. 605, Pekcanitez/Atalay/Özekes (2011), sf. 641.

³³⁵ Bkz. HMK m.266.

³³⁶ Yılmaz, sf. 1230.

bulunsa da³³⁷, bazı Yargıtay kararları, hukukçu bilirkişiden rapor alınmamış olmasını bozma sebebi olarak kabul etmektedir.³³⁸

Uzman görüşü, uzmanın mahkemenin kararıyla değil, tarafın talebi üzerine hazırladığı bilimsel mütalaadır ve bu yönüyle bilirkişi delilinden farklıdır. Şöyle ki hakim talep üzerine veya resen bilirkişiye müracaat edebilir ve bilirkişinin seçimi tamamıyla hakim in tekelindedir. Ancak uzman görüşüne başvurmak ve uzmanı belirlemek tarafların takdirindedir.³³⁹ Ayrıca bilirkişi ücreti yargılama giderinden sayılmakla birlikte³⁴⁰ uzman görüşü için yapılan harcama yargılama gideri değildir.

Bu çerçevede mahkeme tarafından atanmış bilirkişi ile ilgili yapılacak ödeme muhtemel dava finansmanında bilirkişi ücretleri yargılama masrafları içerisinde finansör tarafından karşılanacak ancak uzman görüşü ile ilgili ücretlerin ödenmesi ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olabilecektir.

II. DAVA FİNANSMANI İLE ADLİ YARDIM KURUMUNUN MUKAYESESİ

A. Adli Yardım Tanımı ve Mevzuat

Adli yardım, eski tabiriyle müzaheret, davasında haklı olan bir kimsenin mali durumu sebebiyle davayı açamayacak ve hakkını elde edemeyecek durumda olması halinde, davası ile ilgili mali yükümlülüklerden geçici olarak muaf tutulması halidir.³⁴¹ Adli yardım, ülkemizde yalnızca davalarda değil, geçici hukuki koruma taleplerinde³⁴² ve icra takiplerinde de uygulanabilecek bir yöntemdir.³⁴³ Adli yardım, dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra³⁴⁴ talep edilebilir.

³³⁷ Bu konuda bkz. Yargıtay 1. HD, 07.12.2017 tarihli ve 2015/4271 E., 2017/7204 K. sayılı kararı.

³³⁸ Bu konuda bkz. HGK. 26.03.2019 tarihli ve 2017/12-367 E., 350 K. sayılı kararı.

³³⁹ Bkz. HMK 293.

³⁴⁰ Bkz. HMK 323.

³⁴¹ Üstündağ, sf. 758, Kuru/Aydın, sf. 607, Pekcanitez/Atalay/Özekes (2011), sf. 650.

³⁴² Yenipınar (2018), sf. 17.

³⁴³ Kuru/Aydın, sf. 610.

³⁴⁴ Kuru/Aydın, sf. 609.

Adli yardım, modern hukuk devlerinde tüm bireylerin adalete erişiminin, temel bir hak olduğu ve devletlerin bu güvenceyi bireylere sağlama görevi olması³⁴⁵ sebepleriyle ortaya çıkmıştır.

AB’de adli yardım talep hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³⁴⁶ ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (CFR)³⁴⁷ ile güvence altına alınmıştır. AİHS'nin 6. Maddesi, hukuki yardım hakkını güvence altına almakta olup bu madde, sanığın yeterli maddi kaynağa sahip olmaması durumunda hukuki yardım hakkını garanti etmekte ve adaletin gerektirdiği durumlarda ücretsiz hukuki yardım almayı sağlamaktadır.

CFR’nin 47. Maddesi, yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için hukuki yardımın, etkili yargı erişimini sağlamak için gerekli olduğu ölçüde sağlanması gerektiğini belirtmektedir.

AB’de adli yardım yerel ihtilaflarda ve milletlerarası ihtilaflarda uygulanmaktadır. AB vatandaşları, yaşadıkları ülkede bir şirket, bir kurum, bir işveren veya diğer bir kişi ile ihtilafa düştüğünde ve dava açmak için yeterli maddi kaynağa sahip olmadığında, mevcut ulusal düzenlemelere göre hukuki yardım başvurusunda bulunabilmektedir.³⁴⁸

AB vatandaşları, yaşadıkları ülke dışında, AB’de bir şirket, bir kurum, bir işveren veya diğer bir kişi ile ihtilafa düştüğünde ve dava açmak için yeterli maddi kaynağa sahip olmadığında, mevcut ulusal düzenlemelere göre hukuki yardım başvurusunda bulunabilmektedir. AB içerisinde milletlerarası ihtilaflar ile ilgili adli yardım milletlerarası konularda adli yardım hakkındaki direktif³⁴⁹ ile kabul edilmiştir.

³⁴⁵ Güner, B., Kale, G. Ş. (2021), *Adli Yardım Avukat Görüşleri Işığında Hukuki ve Toplumsal Bir Değerlendirme*, Konya: Eğitim Yayınevi, sf. 26.

³⁴⁶ AİHS (resmi adıyla İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması için Sözleşme), AB’de insan haklarını ve siyasi özgürlükleri korumak amacıyla oluşturulmuş uluslararası bir sözleşmedir. Sözleşme, o zamanlar yeni oluşturulan Avrupa Konseyi tarafından 1950’de taslak halinde hazırlanmış ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe girmiştir.

³⁴⁷ CFR, AB vatandaşları ve sakinleri için belirli siyasi, sosyal ve ekonomik hakları AB hukukuna dahil etmek amacıyla, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve 7 Aralık 2000’de Avrupa Parlamentosu, Bakanlar Konseyi ve Avrupa Komisyonu tarafından resmen ilan edilmiştir. CFR, 1 Aralık 2009’da Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle yasal etkinlik kazanmıştır.

³⁴⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. https://e-justice.europa.eu/37129/EN/legal_aid, Erişim Tarihi: 10.04.2024.

³⁴⁹ Direktif metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02003L0008-20030131>, Erişim Tarihi: 10.01.2024.

Ülkemizde, adli yardım temel olarak, Anayasa, HMK, Avukatlık Kanunu ve Türkiye Barolar Birliği (TBB) Adli Yardım Yönetmeliği³⁵⁰ ile düzenlenmiş olmakla birlikte ayrıca 1 Mart 2014 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile de AİHS ihlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planında³⁵¹ adli yardım konusu ayrıca ele alınmıştır.

Anayasa'nın, Devletin Temel Amaç ve Görevleri başlığına sahip 5. Maddesi, Kanun Önünde Eşitlik konusuna ilişkin 10. Maddesi ve Hak Arama Hürriyeti konulu 36. Maddesi adli yardım müessesesinin hukuksal temelini oluşturan anayasal güvencelerdir.³⁵²

Adli yardıma ve özellikle adli yardımın hukuk usulüne ilişkin konularda uygulanmasına temel teşkil eden düzenleme olan HMK, adli yardımı, “Yargılama Giderleri ve Adli Yardım” ana başlığı ve “Adli Yardım” alt başlığı altında 334-340. Maddeler arasında düzenlemiştir. HMK’de, adli yardımın tanımı yapılmamış olmakla birlikte bu kurumun uygulanmasına ilişkin konular ele alınmıştır.

Avukatlık Kanunu’nda, “Adli Müzaharet” ana başlığı ve “Adli yardımın kapsamı” alt başlığı altında, adli yardım tanımı yapılmış ve bu kurum *“avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara bu kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır”*³⁵³ şeklinde tanımlanmıştır.

Adli yardım kurumu ile ilgili yine başka bir temel mevzuat olan TBB Adli Yardım Yönetmeliği, adli yardımın Avukatlık Kanunu esaslarına göre düzenlemesini içermektedir. Adli yardım kurumunun en önemli unsurlarından olan avukatla temsil edilme konusu bu düzenleme ile kayıt altına alındığından bu yönetmelik konunun irdelenmesinde önem arz etmektedir.

Adalet Bakanlığı tarafından, adli yardım kurumundan faydalanan kişilere, baro tarafından ücretsiz “avukat görevlendirileceği” ve “mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücretinin, yargılama gideri olarak hazineden ödeneceği”

³⁵⁰ TBB Adli Yardım Yönetmeliği metni için bkz.

https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/yonetmelikler/2012/adli_yardim_yon.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

³⁵¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140301-2-1.pdf>, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

³⁵² Güner/Kale, sf. 66.

³⁵³ Bkz. Avukatlık Kanunu m. 176.

belirtilmiştir.³⁵⁴ Adli yardım çerçevesinde avukat atanması ve ilgili işlemler TBB Yönetmeliği çerçevesinde yapılmaktadır.

AB uyum süreci çerçevesinde, Adalet Bakanlığı nezdinde adli yardım konusunda yoğun çalışmalar yapılmakta olup, Türkiye ve AB tarafından finansmanı sağlanan Türkiye’de Adli Yardım Hizmetlerinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi yürütülmektedir. Bu projeye ilişkin ayrıca bir Stratejik Plan ve Eylem Planı oluşturulmuştur.³⁵⁵

B. Adli Yardıma İlişkin Koşullar

Davasında haklı olan ve maddi olanaksızlık sebebiyle adalete erişemeyen bireylerin adalete erişimini sağlamak olan adli yardım kurumunu kullanabilmek çeşitli koşullara bağlanmıştır.³⁵⁶ Bu konuda temel koşulların, genel anlamda haklı olmak ve maddi olanaksızlık içinde olmak olduğu belirlenmiştir.

AB’de bireyler adli yardımdan faydalanabilmekte olup, bireylerin adli yardımdan faydalanabilmesi aynı anda sağlanması gereken üç temel koşula bağlanmış olup, kişisel iflas konuları bu kapsamda yer almamaktadır.³⁵⁷ Üç temel koşul; kişinin maddi ihtiyaç içinde olması, (adli yardıma başvuran taraf maddi ihtiyaçlar ödeneği alıyor veya geliri asgari geçim indirimi tutarının 1,4 katını aşmıyor veya başvuru sahibinin katkısıyla hukuki yardımın sağlandığı durumlarda, gelirin asgari geçim indirimi tutarının 1,6 katını aşmıyor olmalıdır) ve kişi kendi varlıklarını kullanarak hukuki hizmetlere erişim sağlayamaması, adli yardım konusu ihtilafın açıkça dayanaksız olmaması ve anlaşmazlık değerinin belirlendiği durumlarda, adli yardım konusu ihtilafın değeri ilgili mevzuatta belirtilen asgari ücret tutarını aşmasıdır.

Ülkemizde adli yardım talebi için gerekli temel koşullar, adli yardım için başvuran kişinin yoksulluğu ve haklılığıdır. Prensip olarak davacı gibi davalılar da adli yardıma başvurabilecek olup tüzel kişilerin adli yardım talebinde bulunması mümkün değildir.³⁵⁸ Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi ancak kamu yararına kurulmuş dernek ve vakıflar için³⁵⁹

³⁵⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://magdurbilgi.adalet.gov.tr/282/Adli-Yardim>, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

³⁵⁵ Stratejik Plan ve Eylem Planı’nın detayları için bkz. <https://adliyardim.adalet.gov.tr/files/stratejik-plan-turkce.pdf>, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

³⁵⁶ Üstündağ (1992), sf. 758, Kuru/Aydın, sf. 608, Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2011), sf. 651.

³⁵⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. https://e-justice.europa.eu/37129/EN/legal_aid?SLOVAKIA&member=1, Erişim Tarihi: 26.05.2024.

³⁵⁸ Güner/Kale, sf. 84.

³⁵⁹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 380.

geçerlidir.³⁶⁰ Yabancı gerçek kişiler ise ancak kendilerinin vatandaş olduğu ülkedeki adli yardım kurumunun durumuna göre, karşılıklılık esasına uygun olarak ülkemizde adli yardım kurumundan faydalanabileceklerdir.³⁶¹

Adli yardımın koşulları HMK amir hükümleri ile belirlenmiştir. AB uygulamaları ile paralel olarak Türk Hukuku'nda adli yardımın esas koşulu adli yardım talep edenin maddi olanaksızlığıdır. HMK m. 334'e göre, "*Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler*". 2013 yılında yapılan değişiklik öncesi madde metninde adli yardım kurumundan faydalanabilmek için "*haklı olduğu yolunda kanaat uyandırmak*" gerekliliğinden bahsedilmişse de bu ifadenin belirsizliği artırarak adli yardım kurumundan faydalanmayı zorlaştıran niteliği sebebiyle aldığı eleştiriler doğrultusunda değiştirilmiştir.³⁶²

HMK 334. Maddesine göre adli yardım kurumuna başvurmak için gerekli ikinci koşul başvuran tarafın talebinin "*açıkça dayanaktan yoksun olmamasıdır*"³⁶³. Bu koşulda AB kuralları ile paralellik göstermektedir. Bu husus incelenirken adli yardım isteyen bireyin ilk bakışta talebinde haklı çıkma şansının, haksız çıkmasına oranla daha yüksek olmasının irdelenmesi gerekmektedir.³⁶⁴

C. Adli Yardımın Kapsamı

Adli yardım kurumunun kapsamı yine bu konuda temel teşkil eden HMK ile düzenlenmiştir. HMK m. 335'e göre³⁶⁵ adli yardım ile sağlanan menfaatler aşağıdakilerdir:

- a) Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet
- b) Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet
- c) Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından

³⁶⁰ Bu konuda bkz. Yargıtay 15. HD., 23.5.2014 tarihli, 2014/2060 E. 2014/3545 K. sayılı kararı.

³⁶¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 380.

³⁶² Güner/Kale, sf. 85.

³⁶³ Yılmaz, sf. 1463.

³⁶⁴ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 381.

³⁶⁵ Yılmaz, sf. 1465.

avans olarak ödenmesi

ç) Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini

Aynı madde hükmüne göre, mahkeme, talepte bulunanın, yukarıdaki bentlerde düzenlenen hususlardan bir kısmından yararlanmasına da karar verebilmekte olup adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam edecektir.

Tanık ve bilirkişi giderlerinin devlet tarafından avans olarak ödenmesi, tebligat ücreti ve masraflardan geçici muafiyet, davanın vekil ile takibi gereken durumlarda ücreti sonradan ödenmek üzere vekil tayini, icra dairelerinde alınan harçlardan geçici muafiyet ve zorunlu masrafların devletçe avans olarak verilmesi, her türlü pul ve resimlerden muafiyet, noterlerin düzenleyecekleri tüm belge ve suretlerin harç ve resimlerinden geçici muafiyet konuları da adli yardımı kapsamı içindedir.³⁶⁶

Adli yardımdan faydalanan taraf talebinde haklı çıkar ve davasını kazanırsa karşı taraf daha önce adli yardım sebebiyle ertelenmiş tüm yargılama giderlerini ödemek zorunda olacak, adli yardımdan faydalanan kişi haksız çıkar ve davasını kaybederse adli yardım aldığı için kendisi tarafından ödenmeyen, ertelenen tüm yargılama giderleri ve devlet tarafından ödenmiş olanlar kendisinden tahsil edilecektir.³⁶⁷

HMK ile hüküm altına alınmış adli yardım kurumu, henüz başlamamış davalarda³⁶⁸, Danıştay'da, vergi mahkemelerinde, idare mahkemelerinde ve ceza mahkemelerinde de uygulanmaktadır.

D. Adli Yardımın Dava Finansmanı ile Benzerlikleri ve Farkları

Adli yardım, maddi olanaksızlıklardan dolayı adalet erişimin sağlanamadığı durumlarda bu erişimi sağlayacak bir müessese olması bakımından dava finansmanı kurumu ile benzerlik gösterse de iki kurumun arasında temel farklar bulunmaktadır.

³⁶⁶ Güner/Kale, sf. 92.

³⁶⁷ Güner/Kale, sf. 93.

³⁶⁸ Üstündağ (1992), sf. 758.

TBB Adli Yardım Bürosu, bir nevi dava finansörü gibi çalışmakta olup, TBB Adli Yardım Yönetmeliği'nin avukatlık ücretleri kısmında dava finansmanı sözleşmesi ile benzerlik gösteren hükümler bulunmaktadır.³⁶⁹

İngiltere'de dava finansmanının temelleri 1950'lerde devlet adli yardımının ortaya çıkmasıyla ve daha *champerty ve maintenance* doktrinlerinin³⁷⁰ yasak olmaktan çıkarılmasıyla davaların bir üçüncü kişi tarafından finanse edilmesinin önü açılmıştır. İngiltere'de bir kararda, hakim vatandaşların çoğunluğunun adli yardım kurumuna erişimin zorluğundan bahisle bir davada, dava finansmanının uygulanması gerektiği yorumunda bulunmuştur.³⁷¹ Görüldüğü üzere adli yardım kurumu dava finansmanının öncüsü olmuş olmakla beraber iki kurum arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Öncelikle adli yardım, istisnalar³⁷² dışında sadece bireylere uygulanmakta olup dava finansmanı hem bireyler hem de tüzel kişiler tarafından kullanılabilecek bir olanağa sahiptir.

Özellikle iflas durumunda olan şirketler, haklı olmalarına rağmen mali olanaksızlıklar sebebiyle bulundukları durum içerisinde birçok talebini davaya dönüştürememekte ve hak kaybına uğramaktadır. Adalete erişim hakkı, gerçek veya tüzel tüm kişileri kapsamak zorunda olup adli yardım hakkının belli şartlarda tüzel kişilere de sağlanması gerektiğine dair hukuki görüşler mevcut olsa da Yargıtay yerleşik kararlarında³⁷³ an itibarı ile kanunda sayılmış tüzel kişiler dışındaki tüzel kişilerin adli yardım kurumundan faydalanamayacağını kesin bir dille teyit etmektedir. Bu çerçevede tüzel kişilerin adli yardım kurumu yerine dava finansmanı yönteminden faydalanması gerekmekte olup, yukarıda bahsettiğimiz şekilde özellikle iflas durumunda olan şirketlerin dava finansmanından faydalanamama ihtimali göz önüne alındığında, kanaatimizce adli yardımın belirli şartlarda tüzel kişilere de uygulanmasına yönelik mevzuat çalışması yapılması faydalı olacaktır. İflas halinde bir şirketin, davasında veya tahkim sürecinde iflas idaresinin dava finansmanından yararlanabileceği görüşleri mevcut

³⁶⁹ TBB Adli Yardım Yönetmeliği m. 6: “Adli yardım isteminin kabulü halinde, durum bir tutanakla tespit edilir. İstem sahibinden, işin sonunda maddi bir yarar elde etmesi halinde, avukata ödenen para ile elde edilecek maddi yararın %5’ini baroya ödeyeceğine; adli yardım isteminin haksız olduğunun sonradan anlaşılması halinde, görevlendirilen avukata ödenen ücretin iki katı ve yapılmış masrafları yasal faizleri ile geri vereceğine ilişkin taahhütname alınır.”

³⁷⁰ Bkz. Dipnot 4.

³⁷¹ Friel (2021), sf.87.

³⁷² Adli yardım, tüzel kişi olarak sadece kamu yararına kurulmuş dernek ve vakıflar tarafından istenebilir.

³⁷³ Bu konuda bkz. Yargıtay 6. HD., 2.5.2023 tarihli, 2023/1291 E., 2023/1582 K. sayılı kararı.

olmakla birlikte³⁷⁴, iflas idaresinin yetkileri dikkate alındığında dava finansmanı sözleşmesinin Türk Hukuku çerçevesinde niteliğinin tespit edilerek bu doğrultuda iflas idaresi tarafından böyle bir sözleşme yapılıp yapılamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Adli yardım kurumu, haklı olduğu görülen ve maddi olanaksızlık içerisinde bulunan bireylere “geçici bağışıklık”³⁷⁵ sağlamakta ve bu bireyler talepleri neticesi açılan davayı kaybetmesi halinde bu bağışıklık sona ermekte ve geçici olarak tahsil edilmeyen tüm ödemeler talepte bulunan şahıstan alınmaktadır. Ancak çoğu dava finansmanı modelinde davası finanse edilen taraf davayı kaybettiği takdirde kendisinden herhangi bir ödeme talep edilmemektedir. Tüm masraflar sadece “davanın kazanılması” şartıyla geri alınmak üzere finansör tarafından yapıldığı için davası finanse edilen ve maddi olanaksızlık içerisinde bulunan tarafın, davayı kaybetme ihtimalinde gireceği borç yükünü düşünmeden daha güvenli bir durumda adalete erişim sağladığı söylenebilecektir.³⁷⁶

Pratikte uygulanması zor olmakla beraber, dava finansmanı ile adli yardımın beraber kullanılmasında bir sakınca yoktur. Diğer şartların uygun olması, örneğin tüzel kişilere adli yardım olanaklarının sağlanması, halinde kişi adli yardıma başvurabilecek ancak haksız çıktığı takdirde yapması gereken ödemeleri finansöre yaptırabilecektir. Bunun yanı sıra dava finansmanı ile benzerlik gösteren “olay sonrası sigorta”³⁷⁷ kurumu da aynı şekilde adli yardım ile beraber kullanılabilir.

III. AVUKATLIK SÖZLEŞMELERİ VE DAVA FİNANSMANI

A. Avukatlık Ücretlerinin Finansmanı

Ülkemizde avukatlık ücretleri göreceli olarak tezimizde incelediğimiz yargı alanlarında belirlenenlerden daha düşük olmakla birlikte, muhtemel dava finansmanlarının en önemli kalemini oluşturmaktadır. Davalarda avukatlık konusunda taraflarla akit yapmak sadece baroya kayıtlı³⁷⁸ avukatların tekelindedir.³⁷⁹

³⁷⁴ Baver (2021), sf. 17.

³⁷⁵ Güner/Kale, sf. 93.

³⁷⁶ Aküzüm, sf. 57.

³⁷⁷ Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §C/5.

³⁷⁸ İlgin, Ö. F. (2021), *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret El Kitabı*, İstanbul: Aristo Yayınevi, sf. 4.

³⁷⁹ Yenipınar, F. B. (2021), *Avukatlık Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Aristo Yayınevi, sf. 192.

Davalarda mahkemeler tarafından belirlenmiş avukatlık ücretlerinin yanı sıra taraflar arasında özel hukuka tabi³⁸⁰ avukatlık sözleşmeleri³⁸¹ ile belirlenmiş avukatlık ücretleri üzerinde taraflar anlaşma yapabilmektedirler. Avukatlık sözleşmeleri kendine özgü tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olup³⁸² sözleşme serbestisine tabidirler.

Türk Hukuku'na göre, avukatlık ücretleri belli sınırlamalara³⁸³ tabi olup bu sınırlamalara uyulmadığı takdirde bunlara çeşitli kanun hükümlerinin uygulanması müeyyidesi ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Davanın avukatlık ücretlerini finanse etmeye yönelik girişimde bulunan bir avukatın, davaya ücretsiz olarak bakması mümkün değildir. Örneğin, davanın, avukatın müvekkilinin lehine sonuçlanmadığı takdirde ücret alınmayacağına dair yapılan anlaşma Avukatlık Kanunu'nun *"avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamayacağı"* kuralına aykırılık teşkil etmektedir.³⁸⁴ Asgari ücret tarifeleri TBB Başkanlığı tarafından dönemsel olarak Resmi Gazete'de yayınlanmaktadır. Bahsedilen örnekte avukat, dava müvekkili lehine sonuçlanmadığı takdirde davayı ücretsiz olarak almış addedilecek ve bu husus Avukatlık Kanunu'na aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan, Avukatlık Kanunu, istisnai durumlarda avukatın ilgili baroya bilgi vermek suretiyle ücretsiz dava alabileceğini belirtmiştir.³⁸⁵

Konu ile ilgili, bir avukat hakkında yerel baronun *"uyarma cezası verilmesine"* ilişkin kararına karşı yapılan itiraz neticesi, TBB'nin bir kararında³⁸⁶ göre gerek öğretide ve gerekse uygulamada kanun koyucunun *"avukatlar arasındaki haksız rekabet ortamının oluşturulmaması, avukatların ücretsiz dava alarak reklam yapmalarının önlenmesi"* gibi nedenlerle avukatların hukuki yardımlarını ücretsiz yapamayacaklarına hükmedildiği kabul görmektedir.³⁸⁷ Kanun koyucu ancak istisnai durumlarda ücret almadan hukuki destek verilmesine cevaz fırsat vermiş olup bu durum istisnadır. Doktrindeki hakim görüşe göre bu istisnai durumun gerekli olması zorunluluğudur (buna örnek olarak avukatın aile yakınlarından

³⁸⁰ Kuru/Aydın, sf. 604, Pekcanitez/Atalay/Özekes (2011), sf. 641.

³⁸¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, III. Kısım, §C.

³⁸² Özen, A. (2023), *Avukatlık Sözleşmesi* (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf. 21 vd.

³⁸³ Yenipınar, Avukatlık Hukuku El Kitabı, sf. 188., Özen, sf. 23, İlgin sf. 29.

³⁸⁴ Bkz. Avukatlık Kanunu m. 164.

³⁸⁵ Bkz. Avukatlık Kanunu m. 164.

³⁸⁶ Bkz. TBB'nin 24/01/2014 tarih, 2013/639 E., 2014/45 K. Sayılı kararı, <https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/559>, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

³⁸⁷ Özen, 101.

ücret almaması verilebilir)³⁸⁸. Bu durumlarda da önceden ilgili yerel baroya yazılı bildirimde bulunulması kanuni zorunluluktur.

İlgili karara göre³⁸⁹, ayrıca, başarısızlık halinde (dava kaybedildiğinde) ücret alınmayacağına dair sözleşme iş sahibinde, avukatın “sonucu garanti ettiği” algısını uyandırabilir. Avukat işin sonucuna ilişkin garanti veremeyeceği ancak kanaatini söyleyebileceğinden, iş sahibinin olası yanlış algısı nedeniyle; sözleşme tarafların gerçek iradesini yansıtmayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalarımız çerçevesinde, dava finansmanı görünümünde bir ücretlendirme yapılması veya buna benzer bir ücretlendirmenin dava finansmanına konu yapılması ancak Avukatlık Kanunu’na uygun olarak yapılması halinde geçerli olacaktır. Buna aykırı olan durumlarda avukat disiplin soruşturmasıyla karşı karşıya kalacak, ayrıca Avukatlık Kanunu’na göre³⁹⁰; “avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenecektir”.

Yukarıda açıklanan şekilde sadece dava kazanıldığında ücret alınacağına dair bir “başarıya bağlı ücret” (*contingency fee*)³⁹¹, avukatın adalet sağlama çabasından ziyade kendi ücretine hak kazanabilmek adına etik olmayan davranışlarda bulunabileceği düşüncesini akıllara getirmektedir.³⁹² Genel hükümlere aykırı olmamak kaydıyla şarta bağlı avukatlık ücreti sözleşmelerinin akdedilmeleri mümkündür.

Salt avukatlık ücreti talep edilemeyeceğini (veya alınmışsa bedelin geri ödeneceği) öngören anlaşmalar “başarıya bağlı” ücretlendirme sınıfına girmemektedir. Bunun sebebi “başarıya bağlı” anlaşmalarda başarısızlık olsa dahi belli bir ücrete hak kazanılacağı konusunda mutabık kalınmış olmasıdır. Bu sebeple, bu tür sözleşmelerin kanunun ücretsiz dava alınamaması

³⁸⁸ Bu konuda bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/559>, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

³⁸⁹ Bkz. TBB’nin 24/01/2014 tarih, 2013/639 E., 2014/45 K. Sayılı kararı.

³⁹⁰ Bkz. Avukatlık Kanunu m. 164.

³⁹¹ Bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §C/6.

³⁹² Bayer (2021), sf. 27.

hükmüne karşı olduğu düşünülmemektedir. Kanundaki önemli husus, hukuki desteğin ancak ücret mukabili yapılabilecek olmasıdır.³⁹³

Kanaatimizce, başarıya bağlı ücretler kural olarak Avukatlık Kanunu emredici hükümlerine aykırı düşmedikçe uygulanabilecektir. Örnek olarak asgari ücret tarifesinden bir ücret anlaşması yapılması ve “davanın kazanılması şartına” bağlı olarak ek vekalet ücreti kararlaştırılması yürürlükteki mevzuata uygun olacaktır.

B. Hasılı Davaya İştirak Yasağı

Avukatlık ücretlerinin, Avukatlık Kanunu’nun amir hükümlerine aykırı olarak kararlaştırılamayacağını belirtilmişti. Avukatlık Kanunu’na göre bir avukatın hukuki destek verme karşılığı dava konusu malın, alacağın veya hakkın bir kısmının kendisine ait olacağına, yani bir nevi dava konusuna ortak olacağına dair yapılan anlaşmalar batıldır.³⁹⁴

Avukatın bağımsızlığını korumaya yönelik³⁹⁵ hasılı davaya iştirak yasağı, yapılan değişikliklerden sonra Avukatlık Kanunu m. 163 üçüncü fıkraya göre, “*yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz*” şeklinde kanunda yer almaktadır.³⁹⁶

Hasılı davaya iştirak” veya “dava sonucuna katılma” yasağı, Roma Hukuku döneminden beri uygulama alanı bulmuştur. Bu husus, kamu hizmeti gören avukatın bakmakta olduğu işten şahsi çıkar sağlamasını ve davayla engelleme ve bağımsızlığını koruma amacı gütmektedir. Bu husus AB mevzuatında da yer almaktadır.

CCBE tarafından yayınlanmış Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları³⁹⁷ m. 3.3 gereği, “*avukatlar pactum de quota litis³⁹⁸ sözleşmesi yapamaz*”. *Pactum de quota litis, bir avukatın, müvekkilin taraf olduğu bir konuda, o konuyla ilgili bir sonuca ulaşılmadan önce yapılan ve müvekkilin sonuçta elde edeceği parasal veya herhangi bir kazancın bir kısmını avukata ödemeyi taahhüt*

³⁹³ Mısır, M. H. (2020), *Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret / Soru-Cevap*, Ankara: TBB Yayınları, sf. 90.

³⁹⁴ Kuru/Aydın, sf. 604, Pekcanitez/Atalay/Özekes (2011), sf. 642.

³⁹⁵ Özen, sf. 67.

³⁹⁶ Mısır, sf. 76.

³⁹⁷ Kurallar için bkz. https://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf, Erişim Tarihi: 31.03.2024.

³⁹⁸ Genellikle dava ile ilgili hukuki desteklerde kullanılan "pactum de quota litis", sözleşme hukukunda, geri alınması zor olan bir hakkın alacaklısının, onu geri almayı üstlenene bir bu hakkın bir kısmını vadettiği anlaşmadır.

ettiği sözleşmeyi ifade etmektedir. Avukatlık ücreti, davanın konusu ile oranlı olarak ödenecekse ve bu oran resmi makamlarca onaylanmış bir ücret tarifesine göre ve avukat üzerinde yetkisi olan bir makamın denetimi altında belirleniyorsa, bu usul, pactum de quota litis sayılmaz.

Avukatın dava konusu malın veya hakkın “değerinin” belirli bir kısmını müvekkil ile avukatlık ücreti olarak kararlaştırması kural olarak serbesttir. Avukatlık Kanunu’na göre, “yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir”.³⁹⁹ Avukatlık ücretinin maktu olarak belirlenmesi de ayrıca hasılı davaya iştirak yasağı sayılmayacaktır.⁴⁰⁰ Bununla birlikte birden fazla avukat veya avukatlık bürosu ile temsil edilen işlerde bu tavan ücretini aşmak yerleşik TBB kararlarına göre ihlal sayılmamaktadır.⁴⁰¹ Örneğin, bir gayrimenkul davasında gayrimenkulün “değerinin” güncel değeri üzerinden vekalet ücreti kararlaştırılması hasılı davaya iştirak sayılmayacaktır.⁴⁰²

Taraflar arasında vekalet ücretinin kararlaştırılmamış olması veya taraflar arasında yazılı bir vekalet ücreti sözleşmesinin bulunmaması halleri ile vekalet ücretinin belirgin olmaması veya bunun tartışmalı olması veya vekalet avukatlık hizmetleri sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayılması hallerinde değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki dava değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenmektedir.⁴⁰³

Yukarıda yapılan açıklamalarımız çerçevesinde, kanaatimizce, dava finansmanı görünümünde bir ücretlendirme yapılması veya buna benzer bir ücretlendirmenin dava finansmanına konu yapılması ancak Avukatlık Kanunu’na uygun olarak yapılması ve *pactum de quota ligis* anlaşması yapılmaması halinde geçerli olacaktır.

³⁹⁹ İlgün, sf. 106.

⁴⁰⁰ Bu konuda bkz. Yargıtay 13. HD., 09.06.2016 tarih, 2016/14253 E., 2016/14821 K.sayılı kararı.

⁴⁰¹ Özen, sf. 76

⁴⁰² Özen, sf 69.

⁴⁰³ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2011), sf. 641.

C. Avukatlık Sözleşmesi ile Dava Finansmanı İlişkisi

Avukatlık Sözleşmesi kendi başına bir dava finansmanı sözleşmesi olabileceği gibi, bu sözleşme dava finansmanının en önemli konularından biri de olabilir.

Ülkemizde davanın, avukatı vekil tayin eden tarafın lehine sonuçlanması şartına bağlı olarak ödeme yapılabilecek şekilde avukatlık sözleşmelerinin yapılması sık görülen bir durumdur. Bu durumda avukatlar aslında avukatlık ücretlerini finanse ederek dava finansörü konumuna geçmektedirler.

Ülkemizde avukatlık sözleşmeleri TBK genel hükümleri ile birlikte Avukatlık Kanunu hükümlerine tabidir. Avukatlık Sözleşmesinin kapsamı Avukatlık Kanunu ile belirlenmiştir.⁴⁰⁴ Buna göre, taraflar avukatlık sözleşmesini serbestçe düzenleyebilir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki işi ve bedeli kapsaması gerekmektedir. Mevzuata aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmelerin yapılmasına cevaz verilmiştir.

IV. TÜRK MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE DAVA FİNANSMANININ GÖRÜNÜMÜ

A. HMK Çerçevesinde Dava Finansmanı

1. Taraflar

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde⁴⁰⁵, Türk Hukuku çerçevesinde yapılacak bir dava finansmanının tarafı davacı olacak, şartlar uygun düştüğü oranda da davalıların da böyle bir yapıya taraf olması mümkün olacaktır.

Dava konusunda dava finansmanı sözleşmesine taraf olmak için şüphesiz “davacı” veya “davalı” olmak ile birlikte taraf sıfatına da sahip olmak gereklidir. Taraf sıfatının olması davanın konusu olan öznel menfaat ile taraf arasındaki ilişki ile alakalıdır. Örneğin bir alacağın tarafı olan davacı hem davacı hem de alacaklıdır, yani dava konusu ile ilgili taraf sıfatı vardır.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Bkz. Avukatlık Kanunu m. 163.

⁴⁰⁵ Bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §A/1.

⁴⁰⁶ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 112.

HMK hükümlerine göre, taraflar kendileri dava açabildiği gibi iradi temsil neticesi atayacakları vekilleri ile de dava açıp bu davayı takip etmek hakkına sahiptirler. Vekillerin, dava finansmanı sözleşmesi yapıp yapamayacakları, müvekkilleri ile aralarındaki vekalet ilişkisine göre belirlenecektir. Kanaatimizce, bir vekilin dava finansmanı sözleşmesi yapabilmesi için müvekkilinden dava finansmanı sözleşmesinin tüm hükümlerini kapsayan geniş bir vekaletname ile bunu yapabilmesi mümkün olabilecektir.

Taraf ehliyeti ve tüzel kişileri ile dava finansmanı arasındaki ilişki konusunda yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.⁴⁰⁷

Dava finansmanı, davacı veya davalı olan dava tarafları ile dava finansörünün birlikte işlem yapmasını gerektirebileceğinden, dava finansmanı ile dava arkadaşlığı konusunun da birlikte incelenmesi gerekmektedir. Dava arkadaşlığı, HMK usul işlemlerinin taraflarca yerine getirilmesi konularını hüküm altına almıştır. Buna göre, ihtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsız olduğundan ve dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket ettiğinden⁴⁰⁸ dolayı her bir taraf ihtiyari dava arkadaşlığına dahil olsa dahi münferiden dava finansmanı sözleşmesi yapabilecektir.

Mecburi dava arkadaşlığında ise, taraflar ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder.⁴⁰⁹ Dava konusu üzerinde doğrudan etki ve tasarruf doğurmayan usul işlemleri dava arkadaşlarından biri tarafından yapıldığında diğerleri de bundan yararlanabilecektir ancak bunun dışında dava konusu üzerinde doğrudan sonuç doğuran işlemlerin birlikte yapılması zorunlu olduğundan⁴¹⁰ kanaatimizce mecburi dava arkadaşlığında dava finansmanı birlikte yapılmalıdır.

2. Dava Konusunun Devri

Dava finansmanın esas konusu, finansörün, finanse ettiği şahsın dava neticesi elde edeceği menfaatin değerinden pay almasıdır. Bu tür bir anlaşma daha önce belirttiğimiz üzere özel

⁴⁰⁷ Bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §A/1.

⁴⁰⁸ Bkz. HMK m. 58.

⁴⁰⁹ Bkz. HMK m. 60.

⁴¹⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 122.

hukuka tabi bir sözleşme ile yapılabileceği gibi, usul olarak HMK hükümlerine göre dava konusunun devri⁴¹¹ yöntemi ile de yapılabilir.

HMK dava konusunun devrini çeşitli neticelere bağlamıştır. Dava konusunun davalı tarafından devri üzerine diğer taraf dilerse davanın temlik edene karşı tazminat davasına çevrilmesini dilerse temlik alana karşı davaya devam edilmesini isteyebilir.⁴¹² Bu durumda taraf değişikliği meydana gelmiş olacaktır.⁴¹³ Dava konusunun davacı tarafından devri üzerine dava devralan davacı tarafından diğer tarafa karşı devam ettirilecektir.

Dava finansmanında, dava neticesinin bir kısmının diğer bir deyişle finansörün sermayesi ile birlikte alacağı payın davayı finanse eden üçüncü kişiye taahhüt edilmesi söz konusu olduğundan burada irdelenmesi gereken konu dava konusunun bütünüyle değil kısmi olarak devredilmesi halidir.

HMK hükümleri çerçevesinde, davanın herhangi bir tarafı dava neticesinin bir kısmını bir üçüncü şahsa (örneğin davayı finanse eden kişiye) devredebilir. Bu durumda dava konusunun bir kısmını devralan (davayı finanse eden) taraf ile davanın asıl tarafı ihtiyari dava arkadaşı olarak davaya devam edecekler, usul olarak bunlara ihtiyari dava arkadaşlığına uygulanan hükümler uygulanacaktır.⁴¹⁴

Kanımızca, davanın kısmi olarak devredilmesi yönteminin uygulanması, dava finansmanının temel ilkelerine aykırı düşmektedir. Davanın kısmi devri ile ihtiyari dava arkadaşlığı neticesi, finansör devraldığı kendi dava payı ile ilgili ihtiyari dava arkadaşından yani davacıdan farklı biçimde hareket edebilme kabiliyetine sahip olacaktır.⁴¹⁵ Dava finansmanının temel ilkesi finanse edilen davanın yürütülmesinin ve kontrolünün tamamen davacıda kalması ve finansörün sadece süreci izleme hakkına sahip olmasıdır. İhtiyari dava arkadaşlığı neticesi, dava konusunu kısmen devralan finansörün, devraldığı kısım ile ilgili olarak tek başına davadan feragat edebilmesi⁴¹⁶, davayı kabul edebilmesi⁴¹⁷, üst mahkemelere

⁴¹¹ Kuru/Aydın, sf. 422.

⁴¹² Bkz. HMK 125.

⁴¹³ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 113.

⁴¹⁴ Börü, sf. 363.

⁴¹⁵ Kuru/Aydın, sf. 425.

⁴¹⁶ Kuru/Aydın, sf. 428.

⁴¹⁷ Kuru/Aydın, sf. 429.

başvurabilmesi⁴¹⁸ gibi haklara sahip olması dava finansmanı kurumunun temel ilkeleri ile ters düşmektedir.

3. Davaya Takip Yetkisi, Duruşmalara Katılma, Belge ve Bilgi Edinme

Dava takip yetkisi, çeşitli kanuni düzenlemelerle tarafı olmayan üçüncü kişilere dava takip yetkisi vermiş olmakla birlikte, genel hükme göre hukuki ilişkinin tarafına aittir.⁴¹⁹ Bu çerçevede dava finansörünün dava takip yetkisi bulunmamaktadır.

Genel olarak, HMK çerçevesinde davaya ilişkin usul işlemlerinde dava finansörü işlem yapamayacak bu hak davacıya ait olacaktır. Finansörün, dava finansmanı sözleşmesi aracılığı ile işlemlere davacıyı yönlendirmekle dolaylı olarak etkisi, kanuni sınırlamalara uymak suretiyle mümkün olacaktır.

Bunun dışında yine kanunun izin verdiği oranda dava finansörü davanın seyrini takip edebilecektir.

Örneğin, “duruşmaların ve kararların bildirilmesinin aleni olması” gereği dava finansörü duruşmalara katılabilecek olup “duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilmesi” halinde ise katılamayacaktır.⁴²⁰

Bununla birlikte avukatlar, yargılama faaliyetine konu olmuş ve olma ihtimali bulunan dava ve takip dosyalarını, bilgi ve belgeleri inceleme hakkına sahiptirler.⁴²¹ Ayrıca, avukat veya stajyer vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir, ancak vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kâğıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez. Vekaletnamesi olmak kaydıyla avukat, stajyeri veya yanında çalışan sekreteri aracılığıyla da fotokopi veya benzer yollarla örnek aldırılabilir. Bu kapsamda dava finansörünün avukatı, finanse edilen dava ile ilgili bilgi ve belgeleri inceleme hakkına sahip olmakla birlikte, davada vekaleti olmadığı sürece bunlardan örnek alamayacaktır. Dava finansörünün dönemsel olarak finanse ettiği davanın seyrini kontrol etmek amacıyla ve avukatı vasıtasıyla dava dosyasına ilişkin bilgi edinmesi mümkün olmakla birlikte davacının yine

⁴¹⁸ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 119.

⁴¹⁹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes (2022), sf. 111, Kuru/Aydın, sf. 118.

⁴²⁰ Bkz. HMK m. 28.

⁴²¹ Bkz. Avukatlık Kanunu m. 2 ve m. 46.

dönemsel olarak davanın seyri hakkında finansörü bildirmesi dava finansmanı sözleşmesi ile şartı konulabilecektir.

Tahkimde ise bu hususlar, hakem heyetinin belirleyeceği düzenlemeler ile özel tahkim kurumlarının kurallarına tabi olacaktır.

B. TBK Çerçevesinde Dava Finansmanı ve Diğer Kurumlarla Mukayesesi

1. Türk Hukuku'nda Sözleşme Serbestisi

İBK gibi TBK'de de , tarafların birbirlerine karşı uygun irade beyanı ile birlikte oluşan⁴²² sözleşmelere ilişkin temel olarak sözleşme serbestisi kabul edilmiştir.⁴²³ Bu ilkeye göre göre belirli şartlara tabi olmak üzere herkes istediği şekilde sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve bunu ortadan kaldırma gibi haklara sahiptir. Sözleşme serbestisi Türk Hukuku'nda Anayasa ile güvence altına alınmış⁴²⁴ ve TBK ile düzenlenmiştir.⁴²⁵

Sözleşme serbestisine bağlı olarak şekil serbestisi, sözleşme tiplerinin çoğuna uygulanmakta olup azınlıkta kalan sözleşme tipleri şekle tabidir.⁴²⁶

Sözleşme yapmak isteyen şahısların, sözleşme serbestisine bağlı olarak özel olarak düzenlenmiş tip sözleşmelerden tamamen ayrı nitelikte ve isimde sözleşmeler de akdetmeleri mümkündür.⁴²⁷

Her ne kadar dava finansmanı sözleşmesi belirli ülkelerde nitelik olarak yargı kararları neticesi nitelik olarak belirli formlarda sözleşme kalıpları içerisinde anılsa da genel kanı bunların sözleşme serbestisi çerçevesinde düzenlenmiş *sui generis* veya karma tip sözleşmeler olduğudur.

⁴²² Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, sf. 53, Reisoğlu, S. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 114.

⁴²³ Eren, F., (2023) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (11. Baskı) İstanbul: Legem Yayınevi, sf. 19, Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, sf. 25, Yavuz, sf. 14, Zevkiler, A. Havutçu, A. (2007), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf. 34.

⁴²⁴ Bkz. Anayasa m. 48.

⁴²⁵ Bkz. TBK m. 26.

⁴²⁶ Feyzioğlu, F. N. (1980), *Borçlar Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, sf. 14.

⁴²⁷ Feyzioğlu, sf. 15.

Sui generis, yani kendine has sözleşmeler, kanunlarla belirlenmiş sözleşme tiplerine ait hiçbir unsuru bünyesinde barındırmayan ve kendi başına yeni bir tip sözleşme ortaya çıkan sözleşmelerdir.⁴²⁸

Karma sözleşmeler, kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir. Çeşitli görüşlere göre, kanunda belirtilen isimli sözleşmelerin bir araya getirilmesinden oluşan sözleşmeler dar anlamda karma sözleşmeler adı verilirken, geniş anlamda karma sözleşmeleri, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurların karışımı olarak tanımlanmaktadır.⁴²⁹ Karma sözleşmeler kanunla belirlenmiş çeşitli sözleşmelerin unsurlarını, kanunun öngörmediği bir yapıda bir araya getirmektedirler.⁴³⁰

Bu tip sözleşmelerde çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar bir sözleşme içerisinde karıştırılmaktadır.⁴³¹ Kural olarak bu tip sözleşmelere esas sözleşmenin hükümleri uygulanmakta, bununla birlikte zaman zaman tali olan edimlere, tali olan sözleşmenin unsurları uygulanmaktadır.⁴³² Karma sözleşmeler değişik sözleşme tiplerine ait edimlerin birbirine karıştırılmasıyla oluşturulan çifte tipli karma sözleşmeler veya taraflardan birinin çeşitli sözleşmelere ait birden fazla edimde bulunurken diğer tarafın tek bir edimi yerine getirmesinden oluşan kombine sözleşmeler olarak tasnif edilmektedir.⁴³³

Karma sözleşmelere uygulanacak yöntemler temel olarak; kanunun genel hükümlerinin uygulandığı dışlama görüşü, sözleşmenin içerdiği unsurların en önemlisi hangisi ise o unsurun dahil olduğu sözleşmeye ilişkin kuralların uygulanması gereken soğurma görüşü, birleştirilen sözleşmelerin içerdikleri unsurlardan oluşturulan yeni sentez oluşturan birleştirme görüşü ve diğer görüşler öğretide değerlendirilmekte⁴³⁴ olup bu görüşlerden hiçbirisi tek başına kabul görmüş değildir.⁴³⁵

Dava finansmanı sözleşmeleri, tip sözleşme olarak düzenlenmediği sürece kanaatimizce adi ortaklık, alacağın devri ve usulsüz tevdi sözleşmelerinin karıştırmalarından doğan karma

⁴²⁸ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 219. Yavuz sf. 35.

⁴²⁹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 956.

⁴³⁰ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 18, Zevkiler/Havutçu, sf. 41.

⁴³¹ Feyzioğlu, sf. 52.

⁴³² Feyzioğlu, sf. 54.

⁴³³ Yavuz, s.32.

⁴³⁴ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 961 vd, Yavuz sf. 34.

⁴³⁵ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 965 vd.

sözleşmeler olup, uygulanacak esas sözleşme tipi olarak adi ortaklık uygulama alanı bulabilecektir.

TBK’de sözleşme serbestisinin değişik bir görünüm şekli de anlaşmanın kapsamını istediği şekilde düzenleme serbestisidir.⁴³⁶ TBK m. 26’ya göre bir anlaşmanın taraflarının, kanun ile düzenlenmiş sınırları aşmamak kaydıyla⁴³⁷ anlaşmanın kapsamını özgürce belirleyebilecekleri kalem altına alınmıştır.⁴³⁸

Kanunla belirlenmiş sözleşme düzenlemelerine aykırı bir biçimde ve yapıda oluşturan sözleşmeler, emredici hükümlere, genel ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırı olmadıkça geçerlidirler.⁴³⁹

Sözleşme serbestisi çerçevesinde akdedilmiş dava finansmanı sözleşmelerinde emredici hükümlere, genel ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırı bulunan hükümler neticesi dava finansmanı sözleşmesi yokluk veya geçersizlik müeyyideleri ile karşılaşacaktır. Sözleşme kurucu unsurları ihtiva etmediği halde kurulmamış sayılacak, sözleşmenin geçerlilik unsurlarıyla ilgili hukuka aykırılıkları mevcut ise sözleşmeye geçersizlik hükümleri uygulanacaktır. Borç sözleşmelerinde temel olarak irade beyanlarının birbirine uygun olmaması sözleşmenin meydana gelmemiş olması anlamına gelmektedir.⁴⁴⁰

Geçersizlik müeyyidesi de kendi içinde, eksiklik, tam butlan ve kısmi butlan gibi muhtelif türlere ayrılmaktadır.

Eksiklik, bir sözleşmenin başlangıçta eksik olan unsurlarının daha sonra tamamlanmasıyla geçerli hale geleceği bir unsurdur. Örneğin, davanın açılması erteleyici şartına bağlanmış bir dava finansmanı sözleşmesi, erteleyici şarta bağlı sözleşmelerin şartın gerçekleşmesinden önce eksik işlem olmalarından dolayı⁴⁴¹, ancak dava açıldığında hüküm doğuracaktır.

Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler⁴⁴² kesin olarak hükümsüzdür.⁴⁴³ Türk Hukuku’na göre dava

⁴³⁶ Saymen, F.H., Elbir, H.K. (1958), *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, sf. 68.

⁴³⁷ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 979, Zevkiler/Havutçu, sf. 34, Reisoğlu, sf. 114.

⁴³⁸ Şenol, K. E. (2016), *Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27*, İÜHFİM C. LXXIV, S. 2, 2016, sf. 718.

⁴³⁹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, sf. 86 vd., Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 263.

⁴⁴⁰ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 268.

⁴⁴¹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 1327.

⁴⁴² Reisoğlu, sf. 115.

⁴⁴³ Bkz. TBK m. 27/1.

finansmanı sözleşmesi bu şekilde düzenlendiği takdirde kesin olarak hükümsüz olacaktır. Bu tür hükümsüzlük herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da resen dikkate alınmalıdır.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.⁴⁴⁴

Türk Hukuku'na göre dava finansmanı sözleşmesinin bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecektir, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacaktır. Örneğin, hasılı davaya iştirak yasağı gözetilmeden ve bu yasağa aykırı bir hüküm içeren bir dava finansmanı sözleşmesi, aslında diğer hükümleri geçerli olsa da dava ücretlerinin finansmanının, sözleşmenin esaslı unsurlarından olması ve bu hüküm olmadan sözleşmenin yapılamayacak olması sebebiyle, kesin olarak hükümsüz olacaktır. Böyle bir durumda da bu hükümsüzlük herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da resen dikkate alınacaktır.

2. Alacağın Devri

TBK ile düzenlenmiş olan alacağın devri kurumuna⁴⁴⁵ ilişkin kanunda özel bir tanım olmamakla birlikte, daha önce belirttiğimiz üzere⁴⁴⁶ alacağın devri, borçlunun rızasına bağlı olmadan alacaklının, alacağını bir üçüncü şahsa devretmesidir.

Dava finansmanı konusu esas olarak bir hakkın finansman karşılığı devri görünümünde olmakla birlikte, Türk Hukuku'ndaki uygulama ve kanuni düzenlemeler gereği dava finansmanı, alacağın devri kurumundan ayrılmaktadır. Dava finansmanı öncelikle dava finansörünün, dava finansmanı sözleşmesi şartları çerçevesinde yaptığı bir yatırımdır.⁴⁴⁷

Temel olarak, alacağın devriyle borçlu taraf değişmemekte, ancak alacaklı taraf devir neticesi değişmektedir. Halbuki dava finansmanında, ana alacaklı olan finanse edilmiş

⁴⁴⁴ Bkz. TBK m. 27/2.

⁴⁴⁵ Bkz. TBK 183-194. Maddeler.

⁴⁴⁶ Bkz. Birinci Bölüm, III.Kısım §C/1.

⁴⁴⁷ Aküzüm, sf. 59.

davacının statüsü değişmemekte ve sadece alacağın bir kısmının finanse eden tarafa tevdi edileceği taahhüt edilmektedir.⁴⁴⁸

Alacağın devrinin sebepten soyut bir işlem sayılıp sayılmadığı tartışmalı olmakla beraber öğretideki hakim görüşe göre bunun soyut bir işlem olduğu görüşüdür.⁴⁴⁹ Bunun neticesi olarak alacağın davacı tarafından dava finansörüne devri soyut olarak, bir başka deyişle hiçbir sebep göstermeden mümkündür.

Bunlarla birlikte, dava finansmanı sözleşmesinin, edim olarak veya teminat olarak, dava neticesi elde edilecek alacağın finanse edilen davacı tarafından dava finansörüne devrini içermesi mümkündür. Bu husus, dava finansmanı sözleşmesinin *sui generis* ve karma sözleşme niteliğinden ileri gelmektedir.

Dava finansmanına konu olacak şekilde dava konusu alacağın devredilmesi, alacağın çekişmeli olması halinde dahi mümkündür.⁴⁵⁰ Hatta, finanse edilen davacı, dava neticesi alacağın bir kısmını kendinde tutarak diğer kısmını da dava finansörüne devredebilecektir. Alacağın, bölünebilir olması kaydıyla kısmen de devri mümkündür.⁴⁵¹

Dava finansmanı sözleşmesi, dava konusu alacağın teminat olarak veya finanse edilen davacının (finansörün borçlusu olarak) edimi olarak alacağın devrini içerebilir. Böyle bir durumda kanunla devrine cevaz verilmemiş alacakların durumunun irdelenmesi gerekmektedir. İlke olarak para dışındaki alacaklarda devre konu olabilecek olup⁴⁵², TBK m. 183'e göre ancak "sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça" alacaklı, alacağını devredebilecektir. Bu durumda "sözleşme veya işin niteliği gereği devredilemeyecek alacakların tespitinin yapılması gerekmektedir.

Kanun tarafından devri yasaklanmış alacaklara örnek olarak; karşı tarafça kabul edilmemiş olan manevi tazminat alacakları, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının hakkı, işçilerin ücretlerinin dörtte birinden fazlasına ilişkin alacak hakları, önalım, geri alım ve alım haklarını örnek olarak verilebilir.⁴⁵³

⁴⁴⁸ Köksal M. (2021), Alacağın Devri, İstanbul, Aristo Yayınevi, sf. 3.

⁴⁴⁹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Cilt, sf. 582-582, *karşı görüş için bkz.* Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 1392.

⁴⁵⁰ Köksal, Alacağın Devri sf. 10.

⁴⁵¹ Köksal, Alacağın Devri sf. 11.

⁴⁵² Dayınlarlı, K. (2000), *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, sf. 20.

⁴⁵³ Köksal, Alacağın Devri sf. 13.

Avukatın ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü gibi ağır bir yükümlülüğü bulunan avukatın yüksek güven ve sadakat içeren avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan alacağını temlik etmesinin işin niteliğine aykırı olduğu yönünde görüşler vardır.⁴⁵⁴ Ancak vekalet ücretinin temlik edilebileceğine dair Yargıtay görüşleri⁴⁵⁵ de bulunmaktadır.⁴⁵⁶

Kanunla yasaklanmış olan ve devri mümkün olmayan alacaklar bakımından, dava konusu alacağın teminat olarak veya finanse edilen davacının (finansörün borçlusu olarak) edimi olarak alacağın devri mümkün olmayacak ancak dava finansmanı sözleşmesi şartı olarak dava kazanıldığında ve alacak davacı için muaccel olduğunda davacı, finansöre aynı miktarda ödemeyi yapma yükümlülüğü altına girecektir.

TMK m. 954 gereği ancak “başkasına devredilebilen alacaklar” rehnedilebileceği için kanunla yasaklanmış olan ve devri mümkün olmayan alacaklar üzerinde, dava finansmanı çerçevesinde rehin kurmak mümkün olmayacaktır.

Bazı yargı yerlerindeki dava finansmanı uygulamalarında dava finansörü, davacının alacağını devretme vaadinde bulunmasını, böylece dava kazanıldığı takdirde vaadin yerine getirilmesini talep etmektedirler. Böyle bir devir vaadi tasarruf işlemi olmayıp doğrudan devir sağlamamakla birlikte devri vadeden şahsa yükümlülük altına sokar.⁴⁵⁷ Dava finansmanına ilişkin yapılacak, alacağın devrinin şekline bağlı yapılan devir vaadi geçerlidir.

3. Borcun Üstlenilmesi

Borcun üstlenilmesi TBK 195 vd. maddeleriyle düzenlenmiştir. Borcun üstlenilmesi, dar anlamıyla borçlunun değişmesi ve onun yerine yeni borçlunun geçmesidir.⁴⁵⁸ Borcun üstlenilmesi borcun iç üstlenilmesi⁴⁵⁹ veya dış üstlenmesi⁴⁶⁰ ile meydana gelir.

Borcu üstlenilmesi gerçekleştiğinde önceki borçlu borcundan kurtulur ve alacaklı borcun ifasını artık nakleden taraftan isteyemez.⁴⁶¹

⁴⁵⁴ Tokbaş, H. (Editör), Topuz, M. (2023), *Borçlar Hukukunun Güncel Meseleleri – Devir ve Temlik, Avukatlık Ücretinin Temlik Edilip Edilemeyeceği Sorunu Üzerine Düşünceler*, İstanbul: Aristo Yayınevi, sf. 199.

⁴⁵⁵ Bu konuda bkz. Yargıtay 13. HD. 2010/16591 E. 2011/12147 K. Sayılı kararı.

⁴⁵⁶ Özen, sf. 86.

⁴⁵⁷ Saymen/Elbir, sf. 334, Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Cilt, sf. 585, Dayınlarlı, sf. 101.

⁴⁵⁸ Kahraman, Z. (2021), *Borcun Nakli*, İstanbul, Aristo Yayınevi, sf. 4.

⁴⁵⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sf. 1409, Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Cilt, sf. 622, Bkz. TBK m. 195.

⁴⁶⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sf. 1410, Bkz. TBK m. 196.

⁴⁶¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, sf. 1410, Reisoğlu, sf. 429.

İç üstlenmede, “borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur. Borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez.” Dış üstlenmede ise, “borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur.”

İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir. Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir. Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır.

Klasik bir dava finansmanında davacı taraf elde edeceği menfaate ilişkin olarak finansör ile dava finansmanı sözleşmesi akdettiği için bu yapıda borcun üstlenilmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak davalı tarafça⁴⁶² yapılan bir dava finansmanında tarafların anlaşma şartları doğrultusunda borcun üstlenilmesi dava finansmanı sözleşmesinin bir parçası olabilecek durumda olmasına rağmen pratikte ihtilafa düşmüş bir borç ilişkisinde alacaklının borcun üstlenilmesi konusunda bir sözleşmeye taraf olma ihtimalinin düşük olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, dava finansörünün temel yükümlülüğü dava neticesi oluşacak maliyetleri üstlenmek olup, davalının dava konusu ve dava konusu ilişki gereği oluşan yükümlülüklerinden finansörün sorumlu tutulması mümkün değildir.

4. Sözleşmenin Devri

Sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin devri, üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi gibi kavramlar ile de açıklanan⁴⁶³ sözleşmenin devri “sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.”⁴⁶⁴

⁴⁶² Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, III. Kısım, §A/2.

⁴⁶³ Bahadır, Z. (2013), *Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789207>, sf. 3, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

⁴⁶⁴ Bkz. TBK m. 205.

Sözleşmenin devri tasarruf işlem olmakla beraber, sözleşmenin devriyle sözleşme üçüncü bir kişiye bütün hak ve borçlarıyla devredilmektedir. Sözleşmenin devri geçerli ve devredilebilir bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve tarafların uygun irade beyanları ile mümkündür.⁴⁶⁵

Sözleşmenin devredilmesi neticesi sözleşmeyi devredenin sözleşmenin tarafı olma sıfatı sona ermekte ve bu sıfat onun yerine sözleşmeyi devralana geçmektedir.⁴⁶⁶ Halbuki, dava finansmanında aslen davacı, yani dava konusu alacağa bağlı sözleşmenin asıl tarafı, sözleşmenin tarafı olmaya devam etmekte sadece dava konusu alacağın ve dolayısıyla sözleşmeye bağlı semerenin bir kısmını dava finansörüne aktarma taahhüdü altına girmektedir.

Dava konusunun devri yükümlülüğü sebebiyle dava finansmanı sözleşmesi, sözleşmenin devri kurumu ile benzerlik gösterse de temel unsurlarındaki farklılıklar nedeniyle dava finansmanı sözleşmesinin, sözleşmenin devri kurumuna bağlılığından söz etmek mümkün değildir.

Mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşma türü ise TBK m.206'da "sözleşmeye katılma" olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmeye katılma sözleşmesi ancak katılınacak sözleşmenin tarafları ve katılanın dahil olması ile düzenlenebilecektir. Bir başka deyişle, sözleşmeye katılma sözleşmesinin bir taraftan katılan ile katıldığı taraf arasında yapılması ve katılanın sözleşmenin karşı tarafı ile bu konuda anlaşması gerekmektedir.⁴⁶⁷

Kanaatimizce, sözleşmeye katılma yöntemiyle de dava finansmanı sağlanması mümkün değildir. Öncelikle, dava finansmanı kurgulandığı anda dava konusunun bağlandığı sözleşme ihtilafli hale gelmiş olmakta ve bu durumda sözleşmenin karşı tarafı ile bu konuda anlaşma sağlanması pratikte imkansıza yakın derecede güç olmaktadır. Ayrıca, dava finansmanın temel unsuru dava masraflarının üstlenmesi olup dava konusu ilişkiye finansörün dahil olmaması gerekmektedir. Sözleşmeye katılma yolu ile dahil olunması dava finansörünü sözleşme

⁴⁶⁵ Öztürk, sf. 269-270.

⁴⁶⁶ Öztürk, sf. 27.

⁴⁶⁷ Bahadır, sf. 23.

ilişkisinin, dolayısıyla davanın bir tarafı haline getirecek olup bu durum dava finansmanın temel ilkelerine aykırıdır. Kaldı ki dava finansörünün temel yükümlülüğü dava neticesi oluşacak maliyetleri üstlenmek olup, davacının sözleşme gereği yükümlülüklerinden ve buna bağlı olarak dava kaybedilmesi halinde sözleşmeden doğabilecek ek bir külfetten finansörün sorumlu olması mümkün değildir.

5. Tüketim Öduncü Sözleşmesi

Tüketim öduncü sözleşmesi, eski Borçlar Kanunu'ndaki tabiriyle *karz akdi*, “*ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.*”⁴⁶⁸

Roma Hukuku'nda tüketim öduncüne faiz uygulanmıyor iken, günümüzde tüketim öduncü faizli veya faizsiz olabilmektedir.⁴⁶⁹ Ticari tüketim öduncü sözleşmelerinde ise faiz ödenmesi gerekmektedir.

Genel hatlarıyla, dava finansmanı, eksik iki tarafa borç yükleyen⁴⁷⁰ nitelikte olan tüketim öduncü sözleşmesi görünümünde olsa dahi, değişik unsurları sebebiyle, içinde tüketim öduncü unsurları da taşıyan *sui generis* veya karma sözleşme olarak nitelemek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Özellikle finanse edilen davanın kaybedilmesi neticesi dava finansörünün ödeme talep edemeyeceği unsuru dava finansmanı sözleşmelerini, tüketim öduncü sözleşmeleri niteliğinden uzaklaştırmaktadır. Gerçekten de tüketim öduncünün temel unsuru ödünç alınan para veya misli⁴⁷¹ bir şeyin (örneğin paranın) eşit miktar ile geri verilmesi zorunluluğudur.⁴⁷² Bu unsur, dava finansmanını, tüketim öduncü kurumunda uzaklaştırmaktadır.

Finansman piyasaları birçok yargı alanında çok sıkı denetimlere tabi olduklarından dava finansmanı şirketleri bu tür denetimlere ve sıkı kanunlara tabi olmamak adına sözleşmelerinde dava finansman modellerinin ödünç verme yerine bir yatırım olduğundan bahsetmektedirler.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Bkz. TBK m. 386.

⁴⁶⁹ Yavuz, sf. 820-821, Zevkliler/Havutçu, sf. 263, Feyzioğlu, sf. 760.

⁴⁷⁰ Tokbaş, H. (Editör), Kırkbeşoğlu, N. (2023), *Tüketim Öduncü (Karz) Sözleşmesi Kısa Şerhi*, İstanbul: Aristo Yayınevi, sf. 6.

⁴⁷¹ Tokbaş/Kırkbeşoğlu, sf. 9.

⁴⁷² Yavuz, sf. 816/819, Zevkliler/Havutçu, sf. 263.

⁴⁷³ Baver (2021), sf. 23.

6. Usulsüz Tevdi

Dava finansmanının kural olarak bir yatırım olduğu, kredi veya ödünç olarak nitelendirilemeyeceği görüşü hakim olmakla birlikte banka mevduatına ve ticari kredi açma sözleşmelerine, usulsüz tevdi sözleşmelerine ilişkin unsurların uygulanabileceğine dair tartışmalar çerçevesinde⁴⁷⁴ burada dava finansmanın usulsüz tevdi kurumu ile karşılaştırılması yapılmıştır.

TBK m. 570'e göre *“saklayanın kendisine bırakılan parayı aynen geri vermek zorunda olmaksızın mislen geri vermesi açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmışsa, o paranın yararı ve hasarı kendisine ait olur.”*

Para gibi kıymetli evrakta usulsüz tevdi konusu olabilmektedir. Usulsüz tevdide, tarafların açıkça veya zımnen anlaşması üzerine parayı, misli eşyayı veya kıymetli evrakı alan kimsen bunu mislen geri verme borcu altına girmektedir.⁴⁷⁵ Ayrıca TBK m. 570, *“saklayan, saklatan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufla bulunamaz”* hükmü bu kurumu dava finansmanından uzaklaştırmaktadır.

Daha önceki açıklamalarımız çerçevesinde, dava finansmanındaki, dava neticesi kayıp olduğu takdirde dava finansörünün geri ödeme alamaması unsuru ile usulsüz tevdi kurumundaki *“paranın yararı ve hasarının saklayana ait olması”* hususları benzerlik gösterse de, dava kazanılması neticesi finansöre geri ödeme yapma zorunluluğu ve dava finansmanın bir yatırım olduğu görüşlerini oluşturan sebepler neticesi kanaatimizce dava finansmanı, usulsüz tevdi ile ilgili unsurlar içerse de bu durumdan, dava finansmanı sözleşmesi ile usulsüz tevdi sözleşmesinin benzerlik olduğu sonucu çıkartılamaz.

7. Adi Ortaklık

İlgili bölümde belirttiğimiz üzere, Alman doktrininde, finansman sözleşmelerinin Alman Medeni Kanunu hukuku kapsamında bir adi ortaklık olarak sınıflandırılması gerektiğini savunulmaktadır.⁴⁷⁶ Alman yüksek mahkemeleri bu nitelendirmeyi net bir şekilde onaylamamış olsa da aksi hüküm verilmemiş ve konu tartışmaya açık kalmıştır.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Oğuz, S. (2019), *Bankacılık Hukuku Yönünden Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf. 128.

⁴⁷⁵ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 771, Yavuz, sf. 1508, Zevkliler/Havutçu, sf. 269.

⁴⁷⁶ Bkz. I. Bölüm, III. Kısım, §B/3.

⁴⁷⁷ Komor, §2.

Bazı Kara Avrupası ülkelerinde ise dava finansmanının bir adi ortaklık kurumu olduğu ve sınırlamalara tabi olarak dava finansörünün adi ortaklıkta “sessiz ortak” olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.

Dava finansmanının ve buna bağlı sözleşmelerin niteliği konusunda birçok tartışma bulunmakla birlikte hakim görüş dava finansmanının dava finansörü tarafından yapılmış bir “yatırım” olduğu konusunda hem fikir olmakla beraber dava finansmanında, finansör ile davacı arasında bir adi ortaklık bulunduğu konusunda birçok görüş bulunmaktadır.

Türk Hukuku’na göre, “iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak üzere emek ve veya sermayelerini birleştirmeyi birbirlerine karşı taahhüt ettikleri sözleşme” adi ortaklık sözleşmesini oluşturmaktadır.⁴⁷⁸

TBK m. 620 adi ortaklık sözleşmesini, “adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.” olarak tanımlamaktadır.

Öğretide, verilen bu tanımın sadece adi ortaklık için değil, tüm ortaklıklar için geçerli olan unsurları bünyesinde taşımakta olan bir ortaklık sözleşmesi tanımı olarak da kabul görmektedir.⁴⁷⁹

TBK’de adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş⁴⁸⁰ olmakla birlikte sözleşme serbestisi ve kanuni sınırlamalar çerçevesinde adi ortaklık sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan serbest şekilde akdedilmesi mümkündür.⁴⁸¹

Yatırım sözleşmeleri, Türk Hukuku’nda özel tip bir sözleşme olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte değişik sözleşme türlerinin unsurlarının bir araya getirildiği karma bir sözleşme türü olup, herhangi bir yatırımın kanuni şartlara haiz olması koşuluyla bir adi ortaklık şeklinde düzenlenmesi mümkündür.

⁴⁷⁸ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 875, Yavuz, sf. 1677.

⁴⁷⁹ Hamamcıoğlu, E., Hamamcıoğlu A. (2016), *Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, Sayı, 22(3), 2016, sf. 1311.

⁴⁸⁰ Köksal, M. (2021), *Joint Venture Özelinde Adi Ortaklık ve Sorunları*, İstanbul: Aristo Yayınevi, sf. 2.

⁴⁸¹ Hamamcıoğlu/Hamamcıoğlu, sf. 1313.

Dava finansmanı sözleşmelerinin, hakim görüşe göre bir yatırım yapılması ve akabinde yatırımın semerelerinin elde edilmesi veya doğal olarak yatırımdan zarar edilmesi de ticari hayatta olağan bir durumdur.

Adi ortaklık sözleşmesinin temel unsurları, iki veya daha fazla kişinin iradelerinin ortak olarak birleşmesi, bu kişilerin emeğinin veya malvarlığının ortak bir amaç uğruna birleştirilmesi⁴⁸², ortakların katılma payı taahhüdünde bulunması,⁴⁸³ ortak gaye ve ortak olan bu gayeyi birleştirmek adına ilgili faaliyetler ortak olarak katılmalarıdır.⁴⁸⁴

Tarafların bu unsurları bir araya getirerek bu konudaki iradelerin açıklamalarıyla, sözleşme serbestisi ilkesi ve genel hükümler çerçevesinde adi ortaklık kurulmuş sayılacaktır. Sözleşme şekil serbestisi çerçevesinde böyle bir zorunluluk olmamakla⁴⁸⁵ beraber uygulamada adi ortaklık sözleşmeleri yazılı olarak akdedilmektedirler.

Bir yatırım ile birlikte ortaklık olduğu yorumlanan dava finansmanı yapısında, davacı, dava neticesi elde edeceği menfaati bir malvarlığı olarak ortaya koymakta iken dava finansörünün kendi payı olarak belirli miktarda parayı, avukatlık ücretleri ve yargılama giderlerini ödemek suretiyle ortaklığa katılım sağladığı kabul edilebilecektir.

Adi ortaklığın önemli hususlarından biri olan ortaklığın idaresi, genellikle genel hükümlere uygun olarak davacıya bırakılacak, akdedilen dava finansmanı sözleşmesi şartları uyarınca finansörün, sulh ve diğer konularda söz hakkı elde etmesi mümkün olabilecektir.

Ortaklık kar ve zararının paylaşımı konusunda, dava neticesi bir menfaat elde edilmediği takdirde finansör bir talepte bulunmayacak, aksi halde menfaat sözleşme çerçevesinde paylaşılacaktır. Bu husus “katılma payı olarak emeğini getiren ortağın zarara katılmayacağı”⁴⁸⁶ hükmünden hareketle, sermaye sağlayan finansörün zarar katlanacağı başka bir deyişle dava neticesi menfaat sağlanmadığı takdirde sermayesi karşılığı getiri alamayacağı hükmü ile bağdaşmaktadır.

Adi ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkisi konusunda, davayı yönetme hususu dava finansmanı anlaşması ile davacıya bırakılabilecektir. Adi ortaklık genel kural tüm ortakların yönetime

⁴⁸² Zevkliler/Havutçu, sf. 46.

⁴⁸³ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 846, Yavuz, sf. 1678.

⁴⁸⁴ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 847, Yavuz, sf. 1679.

⁴⁸⁵ Köksal, Joint Venture Özelinde Adi Ortaklık ve Sorunları, sf.2 vd.

⁴⁸⁶ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 880, Yavuz, sf. 1683, bkz. TBK m. 623/3.

katılması iken⁴⁸⁷ dava finansmanı sözleşmesi ile bu yönetim hakkı davacıya bırakılması kanunen geçerli olacaktır.

Bir hukuk düzeninde mevcut olan, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normlar, dağınık halde ve rastgele değil, alt-alta, üst-üste bulunmakla birlikte, bu normların arasında altlık-üstlük ilişkisi vardır. Normlar hiyerarşisi olarak tanımlanan⁴⁸⁸ bu düzende bir konu ile ilgili özel bir düzenleme bulunduğu takdirde buna uymak gerekmeyle birlikte konuya ilişkin diğer düzenlemeler, özellikle konusu sözleşme olan hususlarda uygulanan genel hükümlerin uygulanması zorunludur. Bu çerçevede dava finansmanı ile ilgili spesifik bir düzenleme bulunduğu takdirde bu düzenlemeye uymak zorunlu iken genel hükümlerin de dikkate alınması hukuki zorunluluktur.

Bu kapsamda ülkemizde, dava finansmanı, özel bir mevzuat ile düzenlendiği takdirde öncelikle bu düzenleme dikkate alınmalı ve ayrıca düzenleme bulunmadığı takdirde, uygun düşüğü oranda konu mevcut olan ve uygulanması kanun ile belirlenmiş unsurlarına uygun düşen diğer düzenlemelere dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

Kanaatimizce, adi ortaklık hükümlerinin, an itibarı ile dava finansmanı konusunda özel bir düzenleme mevcut olmadığından, bu konuya ilişkin kanuni yorum yapılması icap ettiğinde genel hükümler ile birlikte, dava finansmanı konusuna karma sözleşme içerisinde esas sözleşme olarak uygulanmasının uygun olduğu düşünülmektedir. Adi ortaklıkların tek bir iş, örneğin tek bir davanın finansmanı için de kurulabilmesi kural olarak mümkündür.⁴⁸⁹

Bunlarla birlikte adi ortaklığa mahsus yükümlülükler özellikle ortakların sadakat ve özen borcu hususlarına dikkat etmek gerekmektedir. Birçok dava finansmanına katılan bir dava finansörünün adi ortaklıkta ortaklığı sebebiyle sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması ve menfaat çatışması yaratması mümkün olabilecektir.

8. Türk Hukuku Çerçevesinde Dava Finansmanı Sözleşmesi Akdedilmesi

Açıklamalarımız doğrultusunda, kanaatimizce kanuni şartlar uymak suretiyle TBK nezdinde ve sözleşme serbestisi doğrultusunda Türk Hukuku'nda dava finansmanı sözleşmesi akdetmek mümkündür.

⁴⁸⁷ Köksal, Joint Venture Özelinde Adi Ortaklık ve Sorunları, sf. 18.

⁴⁸⁸ Bu konuda bkz. <https://www.tcmvzuat.com/normlar/normlar-hiyerarşisi/>, Erişim Tarihi: 27.05.2024.

⁴⁸⁹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 848

Dikkat edilmesi gereken husus, dava finansmanı sözleşmesinin, bir “dava” veya “tahkim” süreci içermesinden dolayı HMK’nin ilgili hükümlerinin de sözleşme içeriğine uygulanabilir olmasıdır.

Burada irdelenen dava finansmanı sözleşmesinin Türk Sözleşmeler Hukuku çerçevesinde yapılabilip yapılamayacağı olup kanaatimizce bu açıdan bunların akdedilmesinin, sözleşmeler ile ilgili genel hükümler ve sınırlamalara uyulmak suretiyle kanunen bir sakıncası olmadığıdır. Dava finansmanının Türk Hukuku çerçevesinden değerlendirilmesi ayrıca aşağıda ilgili bölümde yapılmıştır.

C. Türk Tahkim Hukuku ve Dava Finansmanı

1. Genel Hükümler

Türk Hukuku’nda tahkim öncelikle HMK ile düzenlenmiştir.⁴⁹⁰ HMK, 4686 sayılı MTK’nin tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulama alanı bulmaktadır.

Tahkimin niteliğinin öğretide, maddi veya usul hukuku işlemi olduğuna dair muhtelif görüşler bulunmaktadır.⁴⁹¹

Daha önce de belirttiğimiz üzere, dava finansmanının genel tahkim hükümlerine uygulanması usul açısından önem taşımaktadır. Tahkim genel hükümlerine göre, *“ Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, HMK’nin ilgili kısmının emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, HMK’nin ilgili kısmının hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür.”*⁴⁹²

HMK özel hükmüne göre yargılama usulü yerel tahkimde hakemler tarafından belirlenecektir. Bu halde, dava finansmanı yapısının tahkime uygulanmasının önünde HMK açısından bir engel yoktur. HMK’de dava finansmanı ile ilgili özel bir açıklama veya usul

⁴⁹⁰ Bkz. HMK m. 407-444.

⁴⁹¹ Üstündağ (1992), sf. 913, Pekcanitez/Atalay/Özekes (2011), sf. 682.

⁴⁹² Bkz. HMK 424.

işlemi yapılması düzenlenmemiş olmakla birlikte böyle bir durumun varlığı halinde mesele hakemlerin vereceği ara kararlar neticesi çözümlidir.

Bununla birlikte HMK tahkim ile ilgili duruşma, keşif gibi hususlarda “ taraflardan” bahsetmiş olduğundan ve dava finansörünün tahkimin esas tarafı sayılamayacağından, hakemler tarafından bu konuda verilmiş özel bir karar bulunmadıkça, dava finansörü, tahkimin bir tarafa sağladığı hak ve yetkilerden faydalanamayacaktır.

Genel tahkim konusunda dava finansmanı ile ilgili en önemli hususlardan biri hakemlerin tarafsızlığının sağlanması, özellikle dava finansörleri ile hakemler arasında mevcut veya geçmiş herhangi bir ilişkiden dolayı tahkim sürecindeki bağımsızlığın tehlikeye girmemesi gerekmektedir.

HMK, m.417 ile, *“kendisine hakemlik önerilen kimsenin, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorunda olduğu ve tarafların önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakemin, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmesi gerekliliği”* ile birlikte ret sebepleri açıklanmıştır.

Hakemlerin, dava finansörleri olan muhtemel bir ilişki içinde olmaları halinde bunu açıklayarak tahkim sürecinden çekilmeleri gerekmektedir.

Tahkim süreci ve dava finansmanı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken başka bir konu, genel olarak dava finansmanını hedef alan eleştiriler doğrultusundaki genel sorunlardır. Dava finansörünün, finanse ettiği tahkim sürecine müdahale etmesi, sulh görüşmelerini kendi çıkarları doğrultusunda manipüle etmesi, davacı tarafın avukatına talimat vermesi veya onu yönlendirmeye çalışması genel hükümlere aykırılık teşkil edebilecektir. Ayrıca, avukat-müvekkil gizliliği gibi konularında detaylı olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Kanaatimizce sözleşme serbestisi çerçevesinde, kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ve imkansız olmayan dava finansmanı sözleşmesi ve bu çerçevede davacı tarafından avukatına verilecek talimatlar ve davacının, yine kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ve imkansız olmayacak şekilde haklarında yapacağı birtakım feragatler ile Türk Hukuku’na tabi genel bir tahkim sürecinde dava finansmanı sürecinin işleme olasılığı mümkündür.

Genel tahkimde öncelikle avukatlık ücretleri ve bunlarla birlikte aşağıda belirtilen kanuni tahkim yargılama giderlerinin HMK 441 dava finansmanı yöntemiyle fonlanması mümkün olabilecektir:

Dava finansmanına konu olabilecek “yargılama giderleri”:⁴⁹³

- a) Hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücreti
- b) Hakemlerin seyahat giderleri ve yaptıkları diğer masrafları
- c) Hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderleri
- ç) Hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderleri ve yaptıkları diğer masraflar
- d) Hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücreti,
- e) HMK’ye göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçları
- f) Tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderleri

Genel tahkimde ele alınması gereken başka bir konu avans yatırılmasıdır. Dava finansmanı yapıldığı belirlenen bir tahkim sürecinde, hakemler tarafından davacının mali durumu dikkate alınarak muhtemelen davacıdan giderler için avans ödeme talep edilebilecektir.⁴⁹⁴

2. MTK Düzenlemeleri

Milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslar, Türkiye’de 2001 yılında yürürlüğe girmiş olan, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya ilgili kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanan Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile düzenlenmiştir.

MTK esasen UNCITRAL ticari tahkim model kanuna dayanmakla birlikte, UNCITRAL tahkim model kanunun aksine MTK ticari tahkim ile sınırlı olmayıp her türlü tahkime uygulanabilmektedir.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Bkz. HMK 441.

⁴⁹⁴ Bkz. HMK m. 442.

⁴⁹⁵ Can/Tuna, sf. 185.

MTK'ye göre tahkimin milletlerarası nitelik kazanması ve bu kanuna tabi olması için aşağıda belirtilen hallerden herhangi birinin varlığı ile birlikte yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir.⁴⁹⁶

- a) *Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması*
- b) *Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması*
- c) *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*
- d) *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.*

Daha önce de belirttiğimiz üzere, dava finansmanının genel tahkim hükümlerine uygulanması usul açısından önem taşımaktadır. MTK hükümlerine göre, “*taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, MTK'nin emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, MTK'ye göre yürütür.*”⁴⁹⁷

MTK özel hükmüne göre yargılama usulü yerel tahkimde hakemler tarafından belirlenecektir. Bu halde, dava finansmanı yapısının tahkime uygulanmasının önünde MTK açısından bir engel yoktur. MTK'de dava finansmanı ile ilgili özel bir açıklama veya usul işlemi yapılması düzenlenmemiş olmakla birlikte böyle bir durumun varlığı halinde mesele hakemlerin vereceği ara kararlar neticesi çözümlenmelidir.

⁴⁹⁶ Bkz. MTK m. 2.

⁴⁹⁷ Bkz. MTK m. 8.

Genel tahkim konusunda dava finansmanı ile ilgili en önemli hususlardan biri hakemlerin tarafsızlığının sağlanmasıdır. Özellikle dava finansörleri ile hakemler arasında mevcut veya geçmiş herhangi bir ilişkiden dolayı tahkim sürecindeki bağımsızlığın tehlikeye girmemesi gerekmektedir.

MTK, m. 7 (C) ile, “*kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartları açıklamak zorundadır*” hükmü ile birlikte ret sebepleri açıklanmıştır.

MTK’ye konu tahkimlerde, hakemlerin, dava finansörleri olan muhtemel bir ilişki içinde olmaları halinde bunu açıklayarak tahkim sürecinden çekilmeleri gerekmektedir.

MTK’ye konu tahkimlerde, diğer tahkimler ile ilgili de belirtildiği üzere, dava finansörünün, finanse ettiği tahkim sürecine müdahale etmesi, sulh görüşmelerini kendi çıkarları doğrultusunda manipüle etmesi, davacı tarafın avukatına talimat vermesi veya onu yönlendirmeye çalışması genel hükümlere aykırılık teşkil edebilecektir. Ayrıca, avukat-müvekkil gizliliği gibi konularında detaylı olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Kanaatimizce sözleşme serbestisi çerçevesinde, kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ve imkansız olmayan dava finansmanı sözleşmesi ve bur çerçevede davacı tarafından avukatına verilecek talimatlar ve davacının, yine kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ve imkansız olmayacak şekilde haklarında yapacağı birtakım feragatler ile MTK’ye konu bir tahkim sürecinde dava finansmanı sürecinin işleme olasılığı mümkündür.

MTK’ye konu tahkimlerde öncelikle avukatlık ücretleri ve bunlarla birlikte aşağıda belirtilen kanuni tahkim yargılama giderlerinin dava finansmanı yöntemiyle fonlanması mümkün olabilecektir.

Dava finansmanına konu olabilecek “yargılama giderleri”:⁴⁹⁸

- a) *Hakemlerin ücretleri*
- b) *Hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masraflar*
- c) *Hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretler ve kesif giderleri*

⁴⁹⁸ Bkz. MTK m. 16 (B).

- d) *Hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masraflar*
- e) *Hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgarî ücret tarifesine göre takdir ettiği vekalet ücreti*
- f) *MTK'ye göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçları*
- g) *Tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderleri*

MTK'ye konu tahkimlerde ele alınması gereken başka bir konu avans yatırılmasıdır.⁴⁹⁹ Dava finansmanı yapıldığı belirlenen bir tahkim sürecinde, hakemler tarafından davacının mali durumu dikkate alınarak muhtemelen davacıdan giderler için avans ödeme talep edilebilecektir.

3. Özel Tahkim Kurumları

Günümüzde tahkime olan taleplerde ciddi artışlar yaşanmaktadır. Özellikle, tahkim kurumlarının ve bu kurumlarca kabul görmüş hakemlerin bilgi ve yetkinliği, tahkim sürecinin dava sürecine nazaran daha etkin ve hızlı olması, belirli tahkim kurumlarında yürütülen tahkim sürecine güven gibi hususlar çerçevesinde tahkim, özellikle uluslararası işlerde büyük şirket için cazip hale gelmektedir.

Queen Mary Üniversitesi'nin, 2021 yılında global bir hukuk bürosu ile ortak yaptığı çalışmada, ankete cevap veren katılımcıların %90'ının sınır ötesi anlaşmazlıkları çözmede tahkimi tercih ettiği, tahkim merkezlerini daha cazip hale getirecek unsurların, "yerel mahkemelerin ve hakimlerin tahkime daha fazla destek vermesi" ve "yerel mahkemelerin tahkim kararlarının uygulanmasında daha iyi bir sicil oluşturması" olduğu, son üç yılda hakem heyetlerinde cinsiyet çeşitliliği açısından ilerleme kaydedildiğine inanıldığı gibi hususlar tespit edilmiştir.

Tahkime olan ve sürekli artış gösteren talepler neticesi ülkemizde de tahkim merkezleri kurulması ve işletilmesi konularında önemli adımlar atılmış ve halen aktif olan üç tane önemli tahkim merkezi kurulmuştur.

⁴⁹⁹ Bkz. MTK m. 16 (C).

Bu tahkim merkezlerinin en önemlileri, kendine has kuralları olan ve benzerleri uluslararası tahkim kurumları gibi çalışan, Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi (TBB Tahkim Merkezi), İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), İTO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ITOTAM) tahkim merkezleridir.

Genel tahkim hükümlerinde açıkladığımız hususlar özel tahkim merkezleri için geçerli olmakla birlikte bu merkezlerin uyguladığı kurallar benzer olsa da farklı olarak düzenlenmiş kurallarına tabidir.

Şu an itibarı bu merkezlerden ITOTAM’da dava finansmanına ilişkin düzenleme⁵⁰⁰ bulunmakta olup bunun dışında aşağıda incelediğimiz tahkim merkezlerinin kurallarında dava finansmanına yönelik bir açıklama ve uygulama bulunmamakla birlikte yine yukarıda açıkladığımız şekilde bu merkezlerde yürütülen tahkimler için dava finansmanı kullanılmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır.

4. Özel Tahkim Kurumlarına ilişkin Kurallar

Bu bölümde Türkiye’de mevcut bazı özel tahkim merkezlerinin doğrudan ve dolaylı dava finansmanını ilgilendiren kuralları irdelenmiştir.

a. TBB Tahkim Merkezi

Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi, milletlerarası niteliktekiler de dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıkların adalete uygun ve ivedilikle çözümlenmesi amacıyla kurumsal tahkim hizmeti sunmak üzere kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir tahkim merkezidir. Merkez, bugüne kadar pek çok uyuşmazlıkta başarı ile tahkim yargılaması gerçekleştirmiştir.

2022 yılı Şubat ayı içerisinde esaslı değişiklikler olmuş, tahkime ilişkin yargı kararları, dünyada kabul görmüş kurallar ve idari düzenlemeler dikkate alınarak TBB Tahkimi Kuralları⁵⁰¹ ve ücretler tarifesi revize edilmiş, idari işler ile yargısal faaliyetler tamamen birbirinden ayrılmış, tahkim alanındaki önde gelen isimlerden oluşan divan ve idari işleyişi gerçekleştirmek için yürütme kurulu oluşturulmuş, yargısal görevler divana bırakılmıştır.

⁵⁰⁰ Bkz. ITOTAM Tahkim Kuralları m. 19.

⁵⁰¹ TBB Tahkim Kuralları için bkz. <https://tahkim.barobirlik.org.tr/Tahkim-Kurallari>, Erişim Tarihi: 27.05.2024.

Yapılan son değişiklikler ile birlikte, TBB Tahkim Merkez, sadece avukatlık ücret sözleşmelerinde değil, tahkime elverişli milli ve milletlerarası nitelikteki tüm uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması yapabilecek kapasiteye sahip olmuştur.

TBB Tahkim Kuralları hazırlanırken seri tahkim - standart tahkim ayırımına gidilmemiş, tüm uyuşmazlıklar için hızlı ve tek bir sistem öngörölmüştür. Bu doğrultuda tahkim süresi, görev belgesindeki imzaların tamamlanmasından veya görev belgesinin onaylandığının Sekreteryaya tarafından hakeme bildirilmesinden itibaren üç ay olarak belirlenmiştir.

TBB Tahkim Kuralları'nda, hakemlerin bağımsız olmaları gerektiği hususu, *“her hakem, tarafsız ve bağımsız olmalı; tarafsızlık ve bağımsızlığını yargılama sona erinceye kadar korumalıdır”* hükmü ile açıklanmıştır. Ayrıca kurallarda *“hakem, görevi kabul etmesi üzerine üç gün içerisinde tarafsızlık ve bağımsızlık beyanı imzalayarak sekreteryaya sunar. Bu beyan elektronik imza ile verilebilir”* hükmü yer almaktadır.

TBB Tahkimi'nde hakem, görevi kabul etmesinden önce ve tahkim yargılaması devam ederken tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebilecek her türlü durum ve koşullar ile tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösterebilecek durum ve koşulları, yazılı olarak gecikmeksizin sekreteryaya bildirmek zorundadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, herhangi bir dava finansmanına konu olan TBB Tahkimi'nde, dava finansörü ile herhangi bir hakem arasında tahkim bağımsızlığını tehlikeye düşürebilecek bir husus varsa bu durumun derhal bildirilmesi ve bağımsızlık ve tarafsızlık ortadan kalkmışsa hakemin derhal görevi bırakması gerekecektir.

Bununla birlikte tarafların dava finansmanı hususunu açıklama zorunluluğu bulunmamakla birlikte, hakemlerin dava finansmanı nedeniyle tarafsızlıklarını tehlikeye düşürecek bir durum bulunsa dahi, dava finansmanının hakemlere bildirilmemiş olması sebebiyle hakemlerin bu durumdan haberleri olmadığı durumda, hakemlere tarafsızlık ile ilgili sorumluluk yüklemek mümkün olmayacaktır. Ancak hakemlerin olası tarafsızlığını engelleyecek olası bir durumu öğrendikleri anda da kurallara, ve ayrıca genel hükümlere göre, derhal bildirimde bulunma ve gerekirse görevden çekilme sorumlulukları bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen hususlara ilaveten, hakemin, tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren durum ve şartlar gerçekleştiği veya hakemlik görevini yapmasını engelleyen diğer sebepler bulunduğu takdirde reddedilmesi mümkündür.

TBB Tahkimi yargılaması, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, gizlidir. Böylelikle tahkimle ilgisi olmayan kişilerin, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın neticesi hakkında bilgi sahibi olmaları engellenebilir. Taraflardan birinin talebi üzerine Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü kararı verebilir ve ticari sırlar ile diğer gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alabilir. Bu düzenleme çerçevesinde dava finansmanı ile ilgili tahkim sürecinde herhangi bir bilginin paylaşılması durumunda dahi bu hususun gizli tutulması ve gizliliğin teminin için tüm önlemlerin alınması zorunluluktur.

Dava finansmanı ile, TBB Tahkimi'nde finanse edilebilecek yargı giderleri konusunda, Hakem veya Hakem Kurulu, tahkim yargılamasını Kurallar uyarınca yürütmekte olup tahkim kurallarında hüküm bulunmayan hallerde taraflarca kararlaştırılan kurallar uygulanacaktır. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşma bulunmadığı takdirde, Hakem veya Hakem Kurulu tarafından belirlenen kurallar uygulanacaktır.

TBB Tahkim Kuralları m. 35' e göre yargılama giderleri aşağıdakilerden oluşmaktadır.

a) Tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte bulunan Tarifeye göre Divan tarafından belirlenecek, Merkezin idari masrafları ile Hakem / Hakem Heyeti üyelerinin ücreti

b) Hakem / Hakem Heyeti üyelerinin yaptığı harcamalar

c) Hakem / Hakem Heyeti tarafından atanan bilirkişilerin, uzmanların ve yardımına başvurulmuş diğer kişilerin ücret ve masrafları ile keşif giderleri

ç) Vekalet ücreti

d) Tarafların, tahkim yargılaması sırasında yaptıkları diğer masraflar

Sekretarya, dava dilekçesini aldıktan sonra davacıdan, Tarife uyarınca belirlenen avansa ek avans yatırmasını talep edebilecek ve taraflarca ileri sürülen talepler için TBB Tahkim Merkezi'nin idari masrafları ile hakem ücretleri ve masraflarını karşılayacak avans miktarını tarife uyarınca belirleyecektir.

b. ISTAC

İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), gerek Türkiye'deki gerekse yurtdışındaki ticari taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik tahkim ve arabuluculuk hizmeti sunan, bağımsız, tarafsız ve özerk bir kurumdur.

ISTAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları, 26 Ekim 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kurallar, seri tahkim, acil durum hakemi ve ad hoc tahkimlerde hakem atanmasına ilişkin düzenlemeler barındırmaktadır.

ISTAC, kurumsal olarak Milli ve Milletlerarası Tahkim Divanları ile Sekretarya'dan oluşmaktadır.

ISTAC hakem kararları nihai ve bağlayıcı olup, dünyanın her yerinde icra edilme gücüne sahiptir.

ISTAC Tahkim Kuralları'nda, hakemlerin bağımsız olmaları gerektiği hususu, “her hakemin, tarafsız ve bağımsız olması ve bu tarafsızlık ve bağımsızlığını yargılama sona erinceye kadar koruması gerektiği” ilkeleri ile açıklanmıştır.

Hakem, ayrıca görevi kabul etmesi üzerine yedi gün süresinde tarafsız ve bağımsız olduğunu beyan etmelidir ve bu hususu yazılı olarak Sekretarya 'ya sunmak ve hakemlik görevi için yeterli zamanı ayıracağını taahhüt etmekle yükümlüdür.

Hakem, görevi kabul etmesinden önce ve tahkim yargılaması devam ederken tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebilecek her türlü durum ve koşullar ile tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösterebilecek durum ve koşulları, yazılı olarak gecikmeksizin bildirmek zorundadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, herhangi bir dava finansmanına konu olan ISTAC tahkiminde, dava finansörü ile herhangi bir hakem arasında tahkim bağımsızlığını tehlikeye düşürebilecek bir husus varsa bu durumun derhal bildirilmesi ve bağımsızlık ve tarafsızlık ortadan kalkmışsa hakemin derhal görevi bırakması gerekecektir.

Bununla birlikte tarafların dava finansmanı hususunu açıklama zorunluluğu bulunmamakla birlikte, hakemlerin dava finansmanı nedeniyle tarafsızlıklarını tehlikeye düşürecek bir durum bulunsa dahi, dava finansmanının hakemlere bildirilmemiş olması sebebiyle hakemlerin bu durumdan haberleri olmadığı durumda, hakemlere tarafsızlık ile ilgili sorumluluk yüklemek mümkün olmayacaktır. Ancak hakemlerin olası tarafsızlığını engelleyecek olası bir durumu öğrendikleri anda da kurallara ve ayrıca genel hükümlere göre, derhal bildirimde bulunma ve gerekirse görevden çekilme sorumlulukları bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen hususlara ilaveten, hakemin, tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren durum ve şartlar gerçekleştiği veya hakemlik görevini yapmasını engelleyen diğer sebepler bulunduğu takdirde reddedilmesi mümkündür.

ISTAC Tahkimi, devlet yargısından farklı olarak aleni değildir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. Böylelikle tahkimle ilgisi olmayan kişilerin, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın neticesi hakkında bilgi sahibi olmaları engellenebilir. Taraflardan birinin talebi üzerine Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü kararı verebilir ve ticari sırlar ile diğer gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alabilir. Bu düzenleme çerçevesinde dava finansmanı ile ilgili tahkim sürecinde herhangi bir bilginin paylaşılması durumunda dahi bu hususun gizli tutulması ve gizliliğin teminin için tüm önlemlerin alınması zorunluluktur.

Dava finansmanı ile, ISTAC Tahkimi'nde finanse edilebilecek yargı giderleri konusunda, Hakem veya Hakem Kurulu, tahkim yargılamasını Kurallar uyarınca yürütmekte olup ISTAC Tahkim Kuralları'nda hüküm bulunmayan hallerde taraflarca kararlaştırılan kurallar uygulanacaktır. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşma bulunmadığı takdirde, Hakem veya Hakem Kurulu tarafından belirlenen kurallar uygulanacaktır.

ISTAC Tahkim Kuralları m. 41' e göre yargılama giderleri aşağıdakilerden oluşmaktadır.

a) Tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte bulunan İstanbul Tahkim Merkezi Masraflar ve Ücretler Tarifesi Hakkında Kurallar'a göre belirlenecek, İstanbul Tahkim Merkezi idari masrafları ile Hakem veya Hakem Kurulu üyelerinin ücreti

b) Hakem veya Hakem Kurulu üyelerinin yaptığı harcamalar

c) Tek Hakem veya Hakem Kurulu tarafından atanan bilirkişilerin ve yardımına başvuru diğer kişilerin ücret ve masrafları ile kesif giderleri

d) Vekalet ücretini, uzmanların ücret ve masrafları ile tarafların, tahkim yargılaması sırasında yaptıkları diğer masrafları

Sekretarya, tahkim talebini aldıktan sonra davacıdan, görev belgesinin düzenlenmesine kadarki yargılama masraflarını karşılayacak tutarda avans yatırmasını talep edebilir.

c. İTOTAM

Üyelerine 1979 yılından beri tahkim hizmeti vermekte olan, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi, tahkim yoluyla ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesini teşvik etmek amacıyla, 1979 yılından beri vermiş olduğu tahkim hizmetini, uluslararası uygulamalara ve yabancı ülkelerdeki emsallerine uygun olarak verebilmek için tahkim merkezi kurulması çalışmalarına başlamış ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi'ni 16 Ekim 2014 tarihinde kurmuştur.

İTOTAM Tahkim Kuralları oda meclisinin 09.04.2015 tarihli kararıyla onaylanmış ve yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Tahkim Kurallarımızın güncellenmesi çalışmalarında, 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının model alınmış ve bu bağlamda, ICC Tahkim Kuralları 2012, İsviçre Kuralları, Viyana Kuralları, Avusturya Kuralları gibi yeni düzenlemelerden yararlanılmıştır.

İTOTAM Tahkim Kuralları'nda, hakemlerin bağımsız olmaları gerektiği hususu, *“hakemler, kendilerini seçen taraflardan bağımsızdır. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, hakem kararının kesinleşmesine kadar devam eder”* şeklinde açıklanmıştır.

Ayrıca, Hakemler, tarafların gözünde, tarafsızlık ve bağımsızlıklarını etkileyebilecek durum ve olayları en kısa sürede Sekreterliğe beyan etmek zorundadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, herhangi bir dava finansmanına konu olan İTOTAM tahkiminde, dava finansörü ile herhangi bir hakem arasında tahkim bağımsızlığını tehlikeye düşürebilecek bir husus varsa bu durumun derhal bildirilmesi ve bağımsızlık ve tarafsızlık ortadan kalkmışsa hakemin derhal görevi bırakması gerekecektir.

Yukarıda belirtilen hususlara ilaveten, hakemin, tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren durum ve şartlar gerçekleştiği veya hakemlik görevini yapmasını engelleyen diğer sebepler bulunduğu takdirde reddedilmesi mümkündür.

İTOTAM Tahkimi'nde, Hakem Kurulu'nun, tahkim yargılaması sırasında, ticari sırların ve gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alması zorunludur. Taraflar, hakemler, Divan üyeleri ve Sekreterlikte görevli olup tahkim yargılamasıyla ilgisi bulunan kişiler, tahkim yargılamasına katılanlar, tanıklar, bilirkişiler tahkimin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Yargılamada, taraflar adına hareket eden kişiler de gizliliği korumakla yükümlüdür. Bu düzenleme çerçevesinde dava finansmanı ile ilgili tahkim sürecinde beyan edilen herhangi bir bilginin gizli tutulması ve gizliliğin teminin için tüm önlemlerin alınması zorunludur.

Hakem kararının yayınlanması da ancak tarafların ve İTOTAM divanının yazılı izniyle olabilecektir.

Dava finansmanı uygulanabilecek olan, İTATOM Tahkim Kuralları'na göre yargılama giderleri, tahkim giderleri, tahkim yargılamasının başladığı anda yürürlükte bulunan tarifeye göre Sekreterlik tarafından belirlenecek idari masrafları, hakem ücretlerini ve hakemlerin yapacakları masrafları kapsamaktadır. Hakem Kurulu tarafından atanacak bilirkişi ücreti ve masrafları ile tarafların tahkim yargılaması sırasında yapacakları makul yargılama masrafları, vekalet ücreti ve diğer masraflar da tahkim giderlerine dahildir.

Sekreterlik, en kısa sürede, taraflarca ileri sürülen istem ve karşı istemler için idari masraflar ile hakem ücreti ve masraflarını karşılayacak masraf avansı miktarını belirleyecektir.

İTOTAM Tahkim Kuralları'nda, üçüncü şahıs tarafından yapılan dava finansmanında bahsedilmesi ilgi çekicidir. İTOTAM Tahkim Kuralları'nın *“Üçüncü Kişi Tarafından Finansman Sağlanması”* başlıklı 19. Maddesi üçüncü kişi dava finansmanından, *“tarafların her biri, hakemlerin madde 18'e uygun olarak görevlerini yerine getirmelerine yardımcı olmak için yargılamanın tarafı olmayıp iddiaların veya savunmaların finansmanı için anlaşma yapan ve tahkimin sonucundan ekonomik çıkarı bulunan kişilerin varlığı ve kimliği hakkında Sekreterliğe, hakem heyetine ve diğer taraflara derhal bilgi vermelidir”* şeklinde bahsetmektedir.

İTOTAM Kuralları, dava finansmanından bahsetmesi yönüyle, ICC ve özellikle ICSID Tahkimiyle⁵⁰² benzerlik göstermektedir. İTOTAM, sadece *“iddiaların veya savunmaların finansmanı için anlaşma yapan ve tahkimin sonucundan ekonomik çıkarı bulunan kişilerin varlığı ve kimliği hakkında”* bilgi iletilmesini yeterli bulmakta, ICSID hükümlerine benzer şekilde finansman sağlayan üçüncü tarafın bir tüzel kişi olması durumunda, bildirimde o tüzel kişiyi kontrol eden kişi ve kuruluşların isimlerinin bildiride bulunması gerektiğini belirten bir hüküm taşımamaktadır.

Dava finansörlerinin açıklanması zorunluluğu gereği, bu bilgiyi elde etmeyi müteakip hakemlerin dava finansmanı nedeniyle tarafsızlıklarını tehlikeye düşürecek bir durum

⁵⁰² Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, I. Kısım, §B/2.

bulunduğunun tespiti halinde derhal bildirimde bulunma ve gerekirse görevden çekilme sorumlulukları bulunmaktadır.

D. Krediler, Faktoring, Finansman, Tasarruf Finansmanı ve Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri ve Dava Finansmanı Mukayesesi

1. Kredi Sözleşmeleri

Kredinin ekonomik açıdan tanımı, hazır olan tedarik gücünün kullanılmasından belirlenmiş bir vadede başka biri lehine vazgeçilmesi veya bu gücün bu şahsa bırakılmasıdır. Kredi veya finansman, temel olarak finansörün kendinde olan bir fonu veya kaynağı karşı tarafa devretmesidir.⁵⁰³ Kredi tedariki, bankalar veya bu konuda yetkilendirilmiş özel finans kurumları tarafından yapılmaktadır.⁵⁰⁴

Kredi sözleşmeleri, kendi içlerinde özel türlere göre ayrılmakla birlikte, burada, kredi sözleşmelerinin ayrıntılarına girilmeyerek genel çerçevede konusu, bir miktar paranın, başka bir şahsa serbestçe kullanımı için verilerek belirli bir vade sonunda semeresi ile birlikte geri alımını kapsayan genel sözleşmeler ile dava finansmanının karşılaştırılması yapılmaktadır.

Genel kredi sözleşmesi ile kredi talep edene belirlenen limit içerisinde bir krediyi bir seferde veya muhtelif seferlerde kullanma hakkı verilmektedir.⁵⁰⁵

Bunun neticesinde belirli şartların (örneğin teminat) karşılanmasıyla krediyi veren, krediyi kullandırma yükümlülüğüne girmektedir.

Kredi sözleşmesinin temel unsurlarından biri, vade sonunda krediyi alan tarafın kredi borcunu semereleri ile birlikte geri ödenmesidir. Krediyi alan tarafın krediyi kullandığı anda kredi sözleşmesinin asli edimi olarak krediyi geri ödeme yükümlülüğü doğmaktadır.⁵⁰⁶

Krediyi geri ödeme asli edimine, krediye bağlı, faiz, komisyon, masraf gibi diğer borçları ödeme de dahil olmaktadır. Kredi sözleşmesinin asli edimlerinin yanı sıra yan edimleri de bulunmaktadır. En önemli yan edimlerden biri krediyi alan tarafın kredi verene teminat

⁵⁰³ Atamer, Y. (2016), *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, sf. 3.

⁵⁰⁴ Bulut, E. (2002), *Kredi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Türleri*, Mevzuat Dergisi, Yıl 5, Sayı, 49, Ocak 2022 <https://www.mevzuatdergisi.com/2002/01a/01.htm>, Giriş Bölümü, Erişim Tarihi: 27.05.2024.

⁵⁰⁵ Gürses, D. (2018), *Banka Genel Kredi Sözleşmesi*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, sf. 139.

⁵⁰⁶ Gürses, sf. 273.

sağlamasıdır.⁵⁰⁷ Teminatlar, gayrimenkul veya menkul rehni, kefalet gibi çeşitli kurumları içermektedir. Bununla birlikte, teminatsız kredi sözleşmesi akdedilmesi de mümkündür.

Dava finansmanı bilinçli bir şekilde bir kredi veya ödünç verme olarak değil yatırım olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, dava finansmanında, davanın başarısız olması durumunda herhangi bir geri ödeme yapılmamaktadır Kredi veya ödünç verme sözleşmelerinin ana unsur olan geri ödeme dava finansmanında uygulanmamaktadır. Bununla birlikte dava finansmanına ilişkin tek teminat dava neticesi başarı elde edilmesi halinde elde edilecek geri ödemedir. Başka bir deyişle yasal teminat davanın kendisi olup elle tutulur bir varlık teminat olarak bulunmamaktadır. Sonuç olarak, dava finansmanı sözleşmelerinin iki temel özelliği bulunmaktadır: finansör, davanın kendisi üzerinde hiçbir kontrol iddia etmemekte ve kayıp durumunda geri alma hakkına sahip olmamaktadır.

Dava finansörleri aldıkları risk karşılığı, dava neticesi değerine ortak olmakta ve bundan bir pay almaktadırlar. Aslında, dava finansörleri bir yatırım yapmakta ve yatırımlarının karşılığı almakta veya alamayarak bu yatırımdan zarar etmektedirler.

Serbest piyasa ekonomilerinde ve sözleşme serbestisi kurumu çerçevesinde karşı tarafa fon sağlamaya yönelik birçok sözleşme türü geliştirilmişse de⁵⁰⁸ dava finansmanının niteliği gereği bu kurum aslen bir fon temini ve fonun iadesi çerçevesinde oluşan bir kurgu değildir. Bir kişinin, gerekli şartları temin ederek yetkili bir kurumdan kredi kullanması ve bu krediyi, kredi sözleşmesi buna izin verdiği sürece davasını finanse etmekte kullanması mümkün olmakla birlikte, dava neticesinden bağımsız olarak bu krediyi geri ödemek zorunda olması ve kredi sözleşmesine bağlı tüm edimleri yerine getirme zorunlulukları sebebiyle bu yapının bir dava finansmanı olarak adlandırılması mümkün değildir.

2. Faktoring Sözleşmeleri

İki tarafa tam borç yükleyen⁵⁰⁹ bir sözleşme olan Faktoring Sözleşmesi, “*mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile mevzuat tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle sağlanan finansmandır*”⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Gürses, sf. 319.

⁵⁰⁸ Atamer, sf. 5.

⁵⁰⁹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 1006.

⁵¹⁰ Bkz. FKFFŞK m. 38.

Factoring'ın en önemli fonksiyonu talep eden tarafa nakit para sağlanmasıdır. Factoring işlemleri, öğretide gerçek ve gerçek olmayan faktöring olarak ayrıma tabi tutulmuştur.⁵¹¹ Bu ayrıma göre, gerçek faktöring yapısında, faktöring sözleşmesi çerçevesinde temlik edilen alacakların borçlu tarafından ödenmemesi halinde risk factoring yapanda kalacaktır. Gerçek olmayan faktöring yapısında ise tahsil edilemeyen alacaklar için factoring şirketi nakit kaynak sağladığı kişiye rücu etme hakkına sahip olmak suretiyle borçlunun ödememe riskini üstlenmemektedir.⁵¹²

Factoring sözleşmesi tip sözleşme iken, dava finansmanı sözleşmesinin isimsiz⁵¹³, karma yapılı ve *sui generis* bir sözleşme olduğu görüşü hakimdir.

Uygulamada sıkça gerçek olmayan faktöring yapısına rastlanmaktadır. Unsurları sebebiyle, dava finansmanı olarak faktöring yapılması yapısal olarak mümkün olmamakla birlikte ihtilafa düşmüş bir ticari ilişkisini mevzuat gereği istenen belgelerle tevsik edilmesi koşuluyla faktöring işlemine tabi tutulması ve dava konusu alacağın bir kısmının faktöring yapan kişiye devri suretiyle dava giderlerinin finansmanı mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte, yine uygulamada factoring işlemlerinin amacına uygun olmayan bir şekilde, mevcut belgelerin, FKFFŞK'ye uygun hale getirilerek ek finansman olarak birçok ticari şirket tarafından kullanılmakla birlikte, buradan sağlanan finansmanın da yargılama giderlerinde kullanıldığı gözlenmekte olup, bu tür işlemlerin, kanaatimizce FKFFŞK ve genel mevzuata aykırılığı yüzünden geçersiz olduğu düşünülmektedir.

3. Finansman Sözleşmeleri

Finansman sözleşmesi, “*her türlü mal veya hizmet alımının, malı veya hizmeti satın alan gerçek veya tüzel kişinin nam ve hesabına mal veya hizmetin teslim veya temini ile birlikte doğrudan satıcıya ödeme yapılması suretiyle kredilendirilmesini öngören sözleşmedir*”. Bu çerçevede, “*kredi geri ödemeleri, adına kredi açılanlar tarafından finansman şirketlerine yapılır.*”⁵¹⁴

⁵¹¹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf. 1008.

⁵¹² Tiryaki, B. (2006), *Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C8/S2 (2006), <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz8-2/pdf/btiryaki.pdf>, sf. 201, Erişim Tarihi: 25.05.2024.

⁵¹³ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, sf.1003.

⁵¹⁴ Bkz. FKFFŞK m. 39.

Finansman sözleşmesi tip sözleşme iken, dava finansmanı sözleşmesinin karma yapılı ve *sui generis* bir sözleşme olduğu görüşü hakimdir.

Finansman Sözleşmelerini de dava finansmanından ayıran en önemli husus finansman sözleşmesi neticesi finansman sağlananın, sağlanan finansmanı geri ödeme yükümlülüğüdür. Dava finansmanında dava neticesi başarı olmazsa geri ödeme talep edilemeyeceği için finansman sözleşmesi aracılığı ile dava finansmanı yapmak kanaatimizce mümkün değildir.

Ancak, belirli düzenlemelerle finansman sözleşmesinin, dava finansmanı sağlayabilecek şekilde yapılandırılması kanaatimizce mümkün olabilecektir. Dava finansmanı ile yapılandırılmış bir finansman sözleşmesinde, finansman sağlayan taraf, özetle, finansman sağlanan tarafın ödemesi gereken avukatlık ücretlerini ve yargılamam giderlerini onun adına ödeyecek ve dava neticesinde oluşan değerden finansmanın geri ödemesi sağlanmış olacaktır.

Burada, göz önüne alınması gereken bir husus FKFFŞK, mevcut haliyle, finansman sözleşmeleri ile “mal ve hizmet” finanse edilebileceğinden bahsetmekte olup, yargılama giderlerinin, “hizmet” kategorisinde sayılı sayılmayacağıdır. İleriki bir dönemde dava finansmanı ile ilgili özel hukuki düzenlemeler, finansman tip sözleşmeleri çerçevesinde yapılması tasarlandığı takdirde finanse edilecek kalemler arasında yargılama giderleri ile birlikte finanse edilebilecek, avukatlık ücretleri, özel uzman görüşleri gibi tüm ödemelerin belirtilmesinin uygun olduğu düşünülmektedir.

4. Tasarruf Finansmanı Sözleşmeleri

Tasarruf finansman sözleşmesi,⁵¹⁵ “belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi için müşteriye finansman kullanma hakkı veren, şirkete ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullandırma yükümlülüğü ile organizasyon ücreti alma hakkı veren, faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenen sözleşmedir.”

Mevzuat ile tip sözleşme olarak düzenlenmiş olan Tasarruf Finansmanı Sözleşmelerinin temel unsuru konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi” için finansman sağlaması olduğundan kural olarak bunların dava finansmanına uygulanması mümkün değildir.

⁵¹⁵ Bkz. FKFFŞK m. 39/A.

Yapılacak mevzuat değişikliği ile, tasarruf finansmanına benzer organizasyonların kurularak, bunların dava finansmanı sağlaması, kanaatimizce mümkündür. Bu husus tasarruf finansman şirketlerinin faizsiz finansman esaslarına göre işlem yapmaları ilkesi ile de bağdaşmaktadır.⁵¹⁶

5. Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri

Ticari kredi açma sözleşmesi, tarafların karşılıklı yükümlülükleri belirleyen bir sözleşme iken, buna bağlı olarak kredinin fiilen kullanılması sözleşmenin bir neticesidir.⁵¹⁷

Ticari kredi açma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir akit olup, banka ile akdedilen sözleşme hükümleri gereği kredinin geri ödeme borcu bulunmaktadır.

Ticari kredi açma sözleşmesi, tüketim ödöncü ile birlikte diğör tür sözleşme unsurlarını da ihtiva eden ve kendine özgü yapıda bir sözleşme türüdür.⁵¹⁸

Bu sözleşmeler, çerçeve sözleşme olarak nitelendirilmekle beraber⁵¹⁹, kredi verene asli edim olarak olmamakla beraber, sözleşme şartları çerçevesinde kredi kullandırmak yönünde bir borç yüklemektedir. Ticari kredi açma sözleşmesini müteakip kredi kullanımında krediyi alan taraf, krediyi geri ödeme yükümlölüğüne sahiptir.

Uygulamada özellikle mali gücü yüksek ticaret şirketleri, bankaların önemli müşöteri kitesinde yer almaları sebebiyle sıkça ticari kredi açma sözleşmeleri akdetmektedirler.

Yine uygulamada ticari kredi açma sözleşmeleri neticesi kullanılan kredi, genellikle krediyi kullananı o anlık ihtiyaçları için tüketilmekte, bu tüketim pek tabidir ki bir davanın finansmanı için olabilmektedir.

Ticari kredi sözleşmelerinin karşılaştırıldığı diğör sözleşme türleri genellikle dava finansmanı sözleşmesinin de mukayese edildiğı sözleşme türleri yakınlık göstermektedir.

Ancak ticari kredi açma sözleşmeleri neticesi her ne kadar kullanımının serbest olduğı bir kredi sağlanması ve bunun dava finansmanı için kullanmada herhangi bir sınırlama olmaması hususları var olsa da ticari kredi açma sözleşmelerinin dava finansmanı ile benzerliğinden söz etmek mümkün değildir.

⁵¹⁶ Bkz. FKFFŞİK m. 39/B (3).

⁵¹⁷ Bulut, §2.

⁵¹⁸ Oğuz, sf. 146.

⁵¹⁹ Oğuz, sf. 150.

E. Türk İflas Hukuku'nda Dava Finansmanının Uygulanabilirliği

Dava finansmanı, özellikle ödeme güçlüğüne olup haklarını arayamayacak ticaret şirketleri için uygulama alanı bulduğundan ve müflis şirketlerde de günümüzde bu duruma sıkça rastlandığından konunun iflas hukuku çerçevesinde, özellikle iflas sürecinde bir müflis şirketin dava finansmanı yapıp yapamayacağı konusunda değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

İflas bir görüşe göre külli tasfiye halini düzenleyen bir cebri icra yoludur.⁵²⁰ Başka bir görüşe göre ise, iflas, iflasın yetkili organları tarafından idare edilmek suretiyle borçlunun mal varlığı üzerinde uygulanan bir cebri icra yöntemidir.⁵²¹

İİK, alacağın tahsiline ve borçların külliye tasfiyesine yönelik olarak çeşitli iflas organlarına muhtelif sorumluluklar yüklemiştir. Bu organlar resmi ve özel organlar olarak ikiye ayrılmıştır.⁵²²

İflas idaresi, özel ve merkezi organ olarak iflasın tasfiyesi ile ilgili işlemleri yürüten ve genel olarak iflas masasını temsil eden organ olarak düzenlenmiştir.⁵²³

İflas idaresi, İİK⁵²⁴ gereği iflas masasının kanuni temsilcisi olup⁵²⁵ iflas masası adına tüm işlemleri yürütmeye yetkilidir.

2023 yılında yayınlanan, İİMY⁵²⁶ m. 10'a göre, *iflas masasının kanuni mümessilliğini yapmak, iflas masasının menfaatlerini gözetmek, iflas masası yararına gerekli olan dava ve takipleri açmak, İİK m. 226/2 gereği ikinci fıkrasında yazılı alacak tutarı için doğrudan doğruya, daha fazla alacaklar için alacaklılar toplanmasının vereceği yetki ile sulh ve tahkim yoluna başvurmak* iflas idaresinin görevleri arasında sayılmıştır.

İİK m. 226, iflas idaresinin, alacaklılar toplantısında alınan karara göre, sulh ve tahkim yoluna başvurması için gerekli parasal sınırı belirlemektedir.⁵²⁷

⁵²⁰ Üstündağ, S. (2009), *İflas Hukuku* (8. Bası), İstanbul: Yayıncılık Matbaacılık, sf. 5.

⁵²¹ Pekcanıtez, H., Atalay, O., Sungurtekin, Ö., Özekes M. (2013), *İcra ve İflas Hukuku* (11. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, sf. 613.

⁵²² Üstündağ, S. (1998), *İflas Hukuku, İflas, Konkordato, İptal Davaları* (5. Bası), İstanbul: Avcıol Basım, sf. 97, Oruç, Y. (2019), *İflas İdaresi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf. 58.

⁵²³ Üstündağ (1998), sf. 116, Oruç, sf. 61.

⁵²⁴ Bkz. İİK m. 226.

⁵²⁵ Kuru, B, Arslan R., Yılmaz E. (2008), *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, sf. 664.

⁵²⁶ Yönetmelik için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/12/20231227-2.htm>, Erişim Tarihi: 28.05.2024.

⁵²⁷ Bkz. İİK m. 226/2.

Muhtemel ödeme zorluğu içinde olan iflas masasının maliyeti yüksek bir davayı finanse edebilmek için adli yardıma başvurması, Türk Hukuku'nda ticari şirketlerin adli yardımdan yararlanması mümkün olmadığından⁵²⁸ uygulanamayacaktır. Bu durum İsviçre Hukuku'nda da Türk Hukuku'na benzer bir biçimde düzenlemiş olup, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre masa malvarlığı davayı finanse etmeye yetmediği takdirde böyle bir davaya devam etmek alacaklıların görevindedir.⁵²⁹

İflas sürecinde dava finansmanı kurumuna başvurmanın mümkün olup olmaması, iflası idareye yetkili olan ve iflas masasının kanuni temsilcisi olan iflas idaresinin dava finansmanı sözleşmesi yapıp yapamayacağı ile doğrudan ilişkilidir. Öğretide, iflas halinde bir şirketin dava finansmanı konusunda iflas idaresi ve iflas müdürlüğü nezdinde, iflas sebebiyle ve iflas yönetimine bağlı sıkı kurallar çerçevesinde zorluklar yaşandığından bahsedilmektedir.⁵³⁰

İİK. m. 245 gereği, bir davanın takibi bu takibi isteyen alacaklıya devredilebilir. Bu hükme göre, dava konusu elde edildikten sonra masraflar çıkarılır ve davayı takip yetkisi alan alacaklının alacağı ödenir ve artanı masaya yatırılır. Alacaklının, dava takip yetkisini almasını müteakip, dava finansmanı kurumuna başvurması halinde finansöre verilecek pay masraf olarak sayılarak bu masrafların ödenmesini müteakip alacaklıya ödeme yapılması ve artanın masaya bırakılması kanaatimizce mümkün olup, dava finansmanı maliyetinin masraf olarak sayılıp sayılmayacağına ilişkin kazai içtihatların takip edilmesi gerekmektedir. Ancak, bu konuda emsal bir karar henüz oluşturulmamıştır. Bununla birlikte, davanın takip yetkisini devralan alacaklı, açılan dava kaybedildiği takdirde masraflardan sorumlu olması⁵³¹ kendisinin dava finansmanı sözleşmesi yapmasına olanak olduğunun belirtisidir.

Öğretide, iflas idaresinin acele hallerde dava açması, acil olmayan durumlarda dava açılması konusunu ikinci alacaklılar toplantısında tartışarak orada alınacak kararlara göre hareket etmesi gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır.⁵³²

İflas idaresi öncelikle iflas masasının menfaatini gözeterek alacakları tahsil etmek adına gerekli tüm işlemleri yapmakla görevli olup bu hakkı elinde bulundurmaktadır. Bu çerçevede, iflas idaresi iflas masası malvarlığının değerini artırmaya yönelik düzenlemeleri

⁵²⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, II. Kısım §D.

⁵²⁹ Oruç, sf. 181.

⁵³⁰ Efeçinar/Ömeroğlu/Uyanık, sf.158.

⁵³¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, sf. 591.

⁵³² Kuru, B. (1990), *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul: Alfa Yayınevi, sf. 3204.

yapabilmektedir.⁵³³ Dava finansmanı yapısında, davacı (müflis şirket) tarafından bir ödeme yapılması gerekli olmayıp sadece dava neticesi menfaatten bir miktar ödeme karşılığı finansman anlaşması yapıldığı göz önüne alındığında, iflas idaresinin dava finansmanı sözleşmesi yapması kanunen mümkündür. Ancak, bu konuda dava finansmanı sebebiyle dava neticesi menfaatten verilecek payın niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Dava konusu menfaatten verilecek payın dava konusunun bir kısmından vazgeçilmesi (feragat) olarak değerlendirilmesi halinde, iflas idaresinin feragat yetkisinin irdelenmesi gerekmektedir.

İİK m. 226⁵³⁴ iflas idaresinin, alacaklılar toplantısında alınan karara göre, sulh ve tahkim yoluna başvurusu için gerekli parasal sınırı ve sınırın üzerinde işlem için alacaklılardan alınması gereken yetkiyi belirlerken feragat kurumundan bahsetmemiş olsa da öğretide feragatin de meydana getireceği neticeler açısından bunun aynen sulh gibi değerlendirilmesi ve sınırlamaya tabi tutulması gerektiği görüşü hakimdir.⁵³⁵ Bu doğrultuda, İİK m. 226 ile belirlenmiş sınırın üzerinde bir dava finansmanı maliyeti neticesi feragati gerektiren işlemlerde iflas idaresinin alacaklılardan yetki alması gerektiği düşünülebilir.

Ancak, iflas nedeniyle görevlendirilmesine bağlı olarak taraf sıfatı bulunan iflas idaresi, masa menfaatini de gözeterek masaya giren alacaklar ile ilgili olarak üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerin açtığı davalarda takip yetkisine haizdir.⁵³⁶ Dolayısıyla, masa menfaati söz konusu olduğunda genel hükümlere ve kanuni sınırlamalara tabi olarak iflas idaresi dava maliyetleri konusunda genel yetkiye sahiptir. Uygulamada, iflas idarelerinin avukatlık ücretlerine ilişkin sözleşmeler yapmaları mümkün olduğu gibi davaları takip etmek için elzem olması durumunda kanaatimizce dava finansmanı sözleşmeleri akdetmeleri, bu sözleşmelerin aslında feragat niteliğinde olmamaları, davanın kazanılmasına, dolayısıyla iflas masasına kazanım sağlamalarına olanak sağlamaları nedeniyle ve tıpkı avukatlık ücretleri gibi dava maliyetleri olmaları sebebiyle mümkün olmalıdır. Ayrıca iflas idaresinin takip ettiği davalara ait giderler masa borcu olarak ödenmektedir.⁵³⁷

Tahkim konusunda ise, iflas idaresi için İİK 226/2. maddesi alacaklılardan alınacak yetkiyi aramaktadır. Bu doğrultuda iflas masasına giren alacaklıların tahkim yoluyla takibi için iflas

⁵³³ Oruç, sf. 193.

⁵³⁴ Bkz. İİK m. 226/2.

⁵³⁵ Kuru, sf. 3174, Oruç, sf. 180.

⁵³⁶ Oruç, sf. 166.

⁵³⁷ Kuru, B. (1992), *İflas ve Konkordato Hukuku* (5. Bası), İstanbul: Alfa Yayınevi, s. 181.

idaresinin alacaklılardan yetki alması gerekecektir.⁵³⁸ Yetki alındığı takdirde tahkim sürecine girilmesi mümkün olup, kanaatimizce yetki alınmış bir tahkimde, masa menfaati söz konusu olduğunda ayrı bir yetki alınmaksızın, iflas idaresinin dava finansmanı sözleşmesi yapması mümkündür. Tahkimde akdedilecek dava finansmanı sözleşmesinin yaratacağı maliyet tıpkı bir dava maliyeti gibi olup, bu halde de yine iflas idaresinin, dava finansmanı sözleşmesi akdederken genel hükümleri ve masa menfaatini gözetmek sorumluluğu bulunmaktadır.

İflas idaresinin, kanaatimizce iflas masasını temsil yetkisi doğrultusunda ve ayrıca İİMY m. 10 (ş) kapsamındaki “*mevzuattan kaynaklanan diğer görevleri yerine getirmek.*” görevi gereği de masa menfaati gözetmek, alacaklılardan gereken yetkiyi almak, yetkisini kötüye kullanmamak gibi uygulanması gerekli kanuni hükümlere uymak koşuluyla dava finansmanı sözleşmesi akdetmesi mümkündür.

İflas idaresinin görevini yerine getirirken en temel sorumluluğu, “*görevini kanun ve İİMY hükümleri ile dürüstlük kuralları çerçevesinde tarafsız, objektif, özenle ve bizzat yerine getirmektir.*”

İflas idaresi, dava finansmanı sözleşmesi akdederken, diğer işlemlerde olduğu gibi kanundan doğan sorumluluklara tabidir. İflas idaresinin sorumluluğu İİK ile düzenlenmiş olup, sorumluluğun şartları özel olarak kanunla düzenlenmemiştir. İİK m. 227 gereği, “*iflas idaresini teşkil edenler kusurlarından ileri gelen zarardan sorumludurlar.*” ve ayrıca “*iflas idaresini teşkil edenler TCK uygulanmasında memur sayılırlar.*”

İİMY hükümleri ile de düzenlenen iflas idaresinin sorumluluğu⁵³⁹ çerçevesinde, iflas idaresinin, dava açma, davaya taraf olma ve tahkim konularıyla birlikte dava finansmanı sözleşmesi akdetmesinde sorumluluğunun söz konusu olması için yapılan işlemin hukuka aykırı olması, iflas idaresinin kusuru, zarar ve kusur ile zarar arasında illiyet bağının mevcudiyeti gerekmektedir.⁵⁴⁰

Müflis bir şirketin dava finansmanı kurumuna başvurması konusunda henüz emsal bir karar bulunmamakla birlikte, bu konuda uluslararası düzeyde aşağıdaki emsal kararlar bulunmaktadır:

⁵³⁸ bu konuda bkz. Yargıtay 11. HD. 23.02.2022 tarih 2021/2263 E. 1617 K. Sayılı kararı.

⁵³⁹ Bkz. İİMY m. 9.

⁵⁴⁰ Oruç, sf. 282.

Crystallex davasında iflas sürecinde mahkemenin 3,4 Milyar ABD Doları değerinde bir tahkim sürecine dahil olması için, müflis tarafından, masa menfaati ve dava finansmanın borçlandırıcı bir faaliyet olmaması sebebiyle dava finansmanı yapılmasına müsaade etmiştir.⁵⁴¹

Magnesium Corporation of America şirketi iflas sebebiyle önemli bir talebini davaya dönüştürememiş ve mahkeme kararıyla davasının neticesi elde edeceği muhtemel menfaatin bir kısmını önceden bir dava finansmanı kurumuna satışını mahkeme onaylamıştır.⁵⁴²

Muvazaa, bir sözleşmenin iki tarafının bilerek ve isteyerek beyanları ile iradeleri arasında uygunsuzluk meydana getirmeleridir.⁵⁴³ Muvazaa, tarafların aslında sözleşme yapmak istememekle birlikte sözleşme yapmış gibi davranmaları mutlak muvazaa⁵⁴⁴ örneği teşkil etmekte iken, sözleşmenin niteliğini değiştiren veya sözleşme şartlarında irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk oluşturan eylemler nispi muvazaayı⁵⁴⁵ oluşturur. Dava finansmanı neticesi dava finansörünün alacağı pay uygulamada genellikle uygulandığı pazara göre değişkenlik göstermekle birlikte, bu finansörlere rayiç değer üzerinde bir ödeme taahhüdü İcra İflas Kanunu açısından muvazaalı bir işlem sayılabilecek ve bu konuda tasarrufun iptali davası açılabilir.

Konkordato sürecine girdiğinde dava finansmanı yapmış şirketler konusunda irdelenmesi gereken husus, henüz dava kesinleşmediğinden dava finansörünün alacağının “geciktirici şarta” bağlı olmasıdır. Konkordato sürecinde geciktirici şarta bağlı alacağı bulunan alacaklıların konkordato alacakları hesabına katılıp katılmayacağına mahkeme karar verecektir.⁵⁴⁶ Bu durumda konkordato sürecindeki bir şirketin dava finansörünün konkordato alacaklarına katılıp katılmayacağına ilgili mahkeme karar verecektir. Her ne kadar konkordato

⁵⁴¹ Karar için bkz. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090_0.pdf, Erişim Tarihi: 28.05.2024.

⁵⁴² Bu konuda bkz. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-018-8859?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-018-8859?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), Erişim Tarihi: 29.05.2024.

⁵⁴³ Saymen/Elbir, sf. 249, Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf.404, Umare, A. T., *Muvazaa Sebebi ile Tasarrufun İptali Davası*, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (3) 2022: 911-935, sf. 913.

⁵⁴⁴ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, sf. 134, Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf.404.

⁵⁴⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, sf. 135, Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf.409.

⁵⁴⁶ Öztekin, S., Budak, A.C, Yücel, T. M., Kale, S., Yeşilova, B. (2023), *Yeni Konkordato Hukuku 7101, 7155 ve 7327 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285-309 Şerhi* (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayıncılık, sf. 570.

sürecinde alacağı çekişmeli hale getirmek borçlunun elinde olsa dahi⁵⁴⁷, dava finansmanı sözleşmeleri nitelikleri gereği geciktirici şarta bağlı sözleşmelerdir.

İflas sürecinde dava finansmanı konusu, genel davaların finansmanına benzer bir şekilde Avustralya’da ortaya çıkmış olup orada yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu konudaki yukarıda emsal gösterdiğimiz kararlar⁵⁴⁸ bulundukları yargı alanındaki iflas mevzuatı gereği dava finansmanı sözleşmelerine ilişkin mahkeme kararı gerektirmekle birlikte iflas usulünden ziyade iflas içerisinde dava finansmanına uluslararası hukuk düzeyinde bir bakış olarak belirtilmiştir.

Üçüncü kişi dava finansmanı, nakit sıkıntısı çeken müflis şirketlerde masa menfaatine olan ve hatta müflis şirketi iflastan çıkarabilecek güce sahip yüksek miktartlı taleplerin dava veya tahkime dönüştürülmesinde finansman sorununa açık bir çözüm getirmektedir. Bu bağlamda, Kara Avrupası avukatlarının ve iflas idarelerinin, Avustralya örneğini takip ederek dava finansörlerinden teklif almaya başlamasının sadece an meselesi olduğu düşünülmektedir.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Öztekin/Budak/Yücel/Kale/Yeşilova, sf. 571.

⁵⁴⁸ Bkz. Dipnot 493-494.

⁵⁴⁹ Philips R. (2016), *Litigation finance in bankruptcy and distressed situations*, <https://www.linkedin.com/pulse/litigation-finance-bankruptcy-distressed-situations-rein-philips>, §4, Erişim Tarihi: 25.02.2024.

SONUÇ

Herkesin adalete ve dolayısıyla mahkemeye erişimi ülkemizde Anayasa ile teminat altına alınmıştır.⁵⁵⁰ Bu hüküm çerçevesinde, ödeme sıkıntısı içerisinde olan herkesin adalete erişiminin sağlanması gerekmektedir.⁵⁵¹

Bu güvence, ödeme olanağından mahrum olan kişiler için geçmişten beri “adli yardım” müessesesi⁵⁵² ile sağlanmaya çalışılmakta olup, maalesef bu müessesenin eksiklikleri, gelişen dünyada güncel yöntemlerin kullanımının gerekliliği, diğer ülkelerde uygulanan çözümler doğrultusunda yenilikçi çözümler yaratma zaruretiyle “adli yardım” birçok konuda yetersiz kalmaktadır.

Türkiye’de dava finansmanı ile ilgili henüz yürürlükte olan bir mevzuat olmamakla birlikte genel hükümlere göre dava finansmanı yapısının davalarda veya tahkimlerde uygulanması yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde belli şartlarda mümkün gözükmektedir.

Dava finansmanı konusunda henüz bir emsal karar da oluşturulmamıştır. Davalarla ilgili olarak, öncelikle dava harçlarının ülkemizde diğer ülkelere göre nispeten düşük olması, harçların bir kısmının peşin alınarak geri kalan harçların dava neticesine bağlanması dava masrafları konusunda dava finansmanı alanında gelişimi engeller niteliktedir. Bununla birlikte ülkemizde yine avukatların, yoğun rekabet sebebiyle başarıya bağlı ücretler uygulaması, bir başka deyişle aslında vekalet ücretlerini bir nevi kendilerinin “finanse” etmesi ile dava finansmanı benzeri bir oluşum meydana getirilmiştir.⁵⁵³

Özellikle dava harçlarının çok yüksek olmadığı davalarda, avukatların vekalet ücreti ile birlikte yargılama giderlerini de üstlendiği örnekler de seyrek olmakla birlikte görülmektedir. TBB Disiplin Kurulu kararlarında “*yargı giderlerinin üstlenilmesinin haksız rekabete yol açabilecek nitelikte ve meslek etiğine uygun düşmeyen bir davranış olduğu*”⁵⁵⁴ karar altına alınmıştır.

⁵⁵⁰ Bkz. Anayasa m. 36, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

⁵⁵¹ Bayer (2021), sf. 61.

⁵⁵² Bkz. Üçüncü Bölüm, II. Kısım.

⁵⁵³ Bkz. Üçüncü Bölüm, III. Kısım, §A ve §C.

⁵⁵⁴ Özen, sf. 227

Avukatların davaları finanse etmesi konusundaki en önemli hususlardan biri, dava finansmanı sözleşmesinin gerçek niteliğini tespit etmektedir. Geniş uygulama alanı bulduğu ülkelerde genellikle, dava finansmanı sözleşmesi, kendine özgü yapıda, yani *sui generis* bir sözleşme olarak tanımlanmakta olup, bu sözleşme ile hedeflenen, bir alacak-borç ilişkisi yaratmaktan öte davanın neticesi elde edilecek menfaat üzerine yatırım yapmaktadır. Hasılı davaya iştirak yasağı bölümünde yapılan açıklamalar çerçevesinde avukatların dava konusundan menfaat elde etmeleri kanuna aykırıdır.⁵⁵⁵ Bu husus göz önüne alındığında, avukatın, kendince davayı, dava neticesi alınacak menfaate ortak olmak saikiyle finanse etmesi kural olarak mümkün değildir.

Yapılan değişikliklerden önce ilgili mevzuat⁵⁵⁶ gereği hasılı davaya iştirak yasağının avukatlık sözleşmesini batıl hale getireceği belirtilmişse de 3499 sayılı kanun sayılı güncel Avukatlık Kanunu, “*avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir*” hükmü gereği hasılı davaya iştirak yasağına tabi bir sözleşmenin bu konuya ilişkin hükümleri geçersiz sayılacak ve hükme göre bir avukatlık ücretinin takdir edilmesi gerekecektir.

Avukatın yine de dava sonucuna katılma biçiminde sözleşme düzenlemesi halinde Avukatlık Kanunu gereği avukatın disiplin sorumluluğunu gerektireceğine dair baro disiplin kararları mevcuttur.⁵⁵⁷

Avukatın, hasılı davaya iştirak yasağını aşmak adına görünüşte müvekkili ile “ödünç verme” sözleşmesi yapması halinde, prensip olarak bu sözleşme görünüşte geçerli olmakla birlikte Avukatlık Kanunu temel hükümlerine aykırı olacak, aynı zamanda TBK m. 19, “*bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla*

⁵⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm III Kısım, §B.

⁵⁵⁶ 1136 sayılı kanun için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3959.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2024.

⁵⁵⁷ 04.09.2015 tarih, 2015/454 E., 2015/715 K. sayılı baro kararı için bkz. Dinç Ü. (Derleyen), Alper S. (Yayınla Hazırlayan), TBB 2013-2017 Disiplin Kurulu Kararları ve Karşı Oylar, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/600.pdf>, sf. 879, Erişim Tarihi: 30.05.2024.

veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır” hükmüne göre, tarafların gerçek amaçları, hasılı davaya iştirak yasağını delmek olduğundan aslen geçersiz olacaktır.

Ayrıca, “borç verme” fiili avukatın mesleği ile bağdaşmayacak bir husus olarak düşünüleceğinden bu noktada da geçersizlik söz konusu olabilecektir. Bir kararında baro, alacağı karşılığı bono alan avukatı disiplin cezasına mahkum etmiştir.⁵⁵⁸

Bir kez daha vurgulamak gerekirse, avukatların, asgari ücret tarifesindeki ücretlerin altına düşmeden ücret sözleşmesi yaparak bu miktarların üstünde bir ücret için “şarta bağlı” (örneğin davanın kazanılmasına bağlı) sözleşme yapabilmesi kanunen mümkün iken, davanın kazanılmadığı takdirde ücret alınmayacağına dair sözleşmeler akdetmek kanunen mümkün değildir. Burada belirtilen yapıda olduğu takdirde avukat tarafından yapılacak dava finansmanına benzer bir yöntem hukuken geçerli addedilebilecektir.

Ülkemizde, kurumsal olmayan yapıda “ödünç sözleşmeleri” ile davaların finanse edildiği vakalara da rastlanmaktadır. Genel anlatımla, dava açmak isteyen fakat elinde yeterli kaynağı bulunmayan gerçek veya tüzel kişiler bir nevi borç alarak davaları finanse etmekte, daha sonra dava neticesi bir menfaat elde ettiğinde bu borçları geri ödemektedirler. Bu sadece dava finansmanına benzer bir yöntem oluşturmakta ancak bu yöntem bünyesinde hiçbir şekilde dava finansmanı unsurlarını barındırmamaktadır.

Dava ihtilafı konusu gayrimenkul aynı olan davalarda, dava konusu elde edilecek menfaatin kısmen devri ile dava finansmanına benzer bir yöntem de kullanıldığı bilinmektedir.

Yine unsurları itibarı ile dava finansmanı olmamakla birlikte ülkemizde sık kullanılan benzer bir yöntem, özellikle ticaret şirketlerinin düzenli kredilerinin bir kısmını davalarda kullanarak, kredi geri ödemelerinin dava neticelendiğinde yapmalarıdır. Ancak bu konuda, kredi geri ödemelerinin belirli vadeye bağlanması, ülkemizde davaların uzun sürmesi⁵⁵⁹, karar tarihi ile kredi vadelerinin örtüşmemesi gibi sorunlar meydana gelmektedir.

Tahkim konusunda, gelişen global piyasalar neticesinde Türkiye’de ilerleme kaydeden kurumsal tahkim kullanımı her ne kadar yükseliş gösterse de bu kurumun diğer ülkelerdeki tahkim kullanımları kadar popüler olması için zaman gerekmektedir.

⁵⁵⁸ 28.06.2013 tarih, E.2012/830 E. K.2013/445 K. sayılı baro kararı için bkz. Dinç/Alper, sf. 879.

⁵⁵⁹ Aküzüm, sf. 173.

Uygulamada, ülkemizde yerel tahkimde kurumsal olarak dava finansmanı yönteminin kullanım alanı henüz bulunmamakta veya çok sınırlı sayıda bulunmakta olup, yerel tahkimler de yukarıda davaların finansmanı için kullanılan yöntemlerle finanse edilmektedir.

Ülkemizde yerleşik ticaret şirketlerinin ihtilaflarını, yine gelişen global pazarlar, ticari sözleşmelerin karşı taraflarının büyük uluslararası şirketler olması sebepleriyle, akdettikleri sözleşmeler doğrultusunda milletlerarası tahkim kurumlarında çözmektedirler. Türk şirketlerine LCIA ve ICSID tahkimlerinde rastlanılmakla birlikte ICC tahkimlerinde bu şirketler sıkça gözükmektedir.

Günümüzde, milletlerarası tahkim süreçlerinde yer aşan Türk şirketleri uluslararası dava finansmanı olanaklarını değerlendirmektedirler. Uygulamada bu tür dava finansmanı sözleşmeleri akdedildiği ülkedeki mevzuat ve uygulamalara tabi olmaktadır.

Ülkemizde nispeten yeni bir kavram olan dava finansmanı, dünya ekonomisine yön veren ülkelerdeki gelişmeler, tahkim alanındaki yenilikler, Türk şirketlerinin uluslararası pazarlarda daha fazla yer edinmeleri ve sınır ötesi sözleşmeler neticesi, şüphesiz yakın gelecekte önemli bir hale gelecektir.

ICC ve ICSID kurallarını takip eden İTOTAM kurallarında⁵⁶⁰, dava finansmanı kavramının kabul edilmesi bu kurumun önemli bir yer edineceğine dair esaslı bir delil teşkil etmektedir.

Türk Hukuku'nda kabul görmüş “sözleşme serbestisi” ilkesine göre dava finansmanı sözleşmesi akdedilmesi genel hükümlere uygun olmak kaydıyla kanunen akdedilebilir durumdadır. Dava finansmanı konseptinin “su geçirmez” bir halde etkin kullanılması amacıyla aşağıdaki girişimler önerilmektedir.

Dava finansmanı sözleşmesinin niteliği, uygulanacak mevzuat açısından özellikle belirlenmelidir. Avukatlık Kanunu, açık bir şekilde dava finansmanına olanak sağlayacak, ancak bununla birlikte avukatlık mesleğine özel olarak yüklenmiş hak ve mükellefiyetlere halel getirmeyecek düzenlemeler yapılmalıdır. Bu çerçevede, dava finansörlerinin hakları ve yükümlülükleri, bilhassa finansörlerin avukata müdahalesi, sulh görüşmelerine etkisi gibi nazik konuların dikkatlice ele alınması gerekmektedir.

⁵⁶⁰ Bkz. İTOTAM Kuralları m. 19.

Tahkim düzenlemelerinde sık kullanımı sebebiyle, tahkim mevzuatı ile dava finansmanı kavramı harmanlanmalıdır. Kanaatimizce, bu çerçevede, HMK, MTK ve tüm tahkim kurumlarının kuralları dava finansmanına uygun hale getirilmelidir.

Türk Finansman Hukuku kapsamında dava finansmanını kapsayan ve bu doğrultuda dava finansmanı sağlayacak kurumların düzenleyişi ile denetimini sağlayan özel bir mevzuat düzenlemesinin, dava finansmanı kurumunun etkin kullanımı için önemli olduğu düşünülmektedir. Bu konuda özellikle dava finansmanı sözleşmelerinin içeriği ile tarafların hak ve yükümlülükleri, özellikle dava finansörlerinin talep edebilecekleri faiz ve gelirlerin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Dava finansmanı şirketleri, finansman sağlayan ve güven mekanizması ile çalışan kurumlar olduğundan tıpkı finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri gibi⁵⁶¹ özel düzenlemelere tabi kuruluşlar olmak zorunda olmalarından dolayı bunların yapı itibarıyla dava finansmanının FKFFŞK⁵⁶² içerisinde de yetkili tüzel kişiler olarak⁵⁶³ düzenlenebileceği düşünülmektedir. Yine FKFFŞK göz önüne alındığında yabancı dava finansörlerinin tıpkı finansal kiralama şirketleri gibi⁵⁶⁴ ancak Türkiye’de yerleşik bir şirket kurmaları ile faaliyet yapabilecekleri düşünülmektedir. Yine bu düzenlemeye göre bankalar ve benzeri kurumlarda dava finansmanı yapmaya yetkilendirilebileceklerdir.⁵⁶⁵

Dava finansmanı, özellikle ödeme güçlüğünde olup haklarını arayamayacak ticaret şirketleri için uygulama alanı bulduğundan ve müflis şirketlerde de günümüzde bu duruma sıkça rastlandığından dava finansmanının konusunun iflas hukuku çerçevesinde uygulanması, özellikle iflas idaresinin yetkileri çerçevesinde konunun ele alındığı bir mevzuat çalışmasının faydalı olacağı önerilmektedir.

Doğrudan dava finansmanı uygulamasına yönelik önerilerimizin yanı sıra, ülkemizdeki yargı sistemine ilişkin sorunların da zaman içerisinde çözülmesi için gerekli adımların atılması da önem arz etmektedir. Örneğin dava sürelerinin uzunluğu, dava süreçlerinin karışıklığı etkin bir dava finansmanı kullanımının önündeki engellerdendir. Doğal olarak, dava finansörleri daha çabuk geri dönüş sağlayacakları pazarlara ilgi gösterecekler, yerel finansman şirketleri de dava finansmanı yerine hızlı kar edecekleri başka sektörlere rağbet edeceklerdir. Bu sebeple

⁵⁶¹ Topuz, M. (2023), *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, sf. 241, Atamer, sf. 19.

⁵⁶² FKFFŞK metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6361.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2024.

⁵⁶³ Atamer, sf. 19

⁵⁶⁴ Topuz, sf. 247.

⁵⁶⁵ Topuz, sf. 249 vd., Atamer sf. 19.

dava finansmanını doğrudan etkileyen düzenlemeler ile birlikte dava finansmanını dolaylı olarak etkileyecek yargısal reformlar hayata geçirilmelidir.

Dava finansmanı kurumunun günümüzdeki uygulamaları ile birçok ülkede çeşitli kurumların adalete erişimini kolaylaştırmakta olduğu belirtilse de kurumun olumsuz yönlerini düzenleme altına alacak global düzeyde mevzuata ihtiyaç duyulmaktadır.

Özellikle, dava finansmanının, mevzuat ile düzenlenmemiş ve aynı zamanda da yasaklanmamış olduğu yargı bölgelerinde faydasından ziyade kişilere zarar sağlayabilecek nitelikte kullanılması mümkündür. Bu sebeple dava finansmanının, tıpkı diğer finansman modellerinde uygulandığı şekilde tüm yargı bölgelerinde kanuni düzenlemeye tabi tutularak etkin bir şekilde kullanılması sağlanabilecektir.

Dava finansmanı, özellikle ödeme gücünde olup haklarını arayamayacak ticaret şirketleri için uygulama alanı bulduğundan ve müflis şirketlerde de günümüzde bu duruma sıkça rastlandığından dava finansmanını konusunun iflas hukuku çerçevesinde uygulanması, özellikle iflas yöneticilerinin yetkileri çerçevesinde konunun ele alındığı bir mevzuat çalışmasının faydalı olacağı önerilmektedir.

Dava finansmanı kurumunun, gelişen toplum, teknolojik ilerlemeler ve global ilişkilerin evrilmesi olguları çerçevesinde de irdelenmesi ve bu çerçevede değerlendirilerek geliştirilmesi önem arz etmektedir.

Dava finansmanına erişimin tüm toplumlarda yaygınlaştırılması, davacıları adalet ararken eşit hale getirecek ve onlara etkili bir şekilde davalarını sürdürmek için gerekli kaynakları sağlayacaktır. Özellikle bu eşit erişim, kişilerin haksızlıklara karşı durmalarına olanak tanıyarak daha adil bir hukuk sistemine katkıda bulunacaktır.

Dava finansmanı sektörünün gidişatı sürekli büyümeye işaret etmekle beraber özel sermaye şirketleri, *hedge* fonlar, emeklilik fonları ve kurumsal yatırımcılar, dava finansmanı şirketlerine önemli sermaye yatırmaktadırlar. Bu sermaye akışı, hizmetlerin genişletilmesini ve daha büyük ve karmaşık davalara katılımı kolaylaştırmaktadır.

Dava finansmanı sektörü olgunlaştıkça, şeffaflık ve adaleti sağlamak için gerekli etik yönlendirmeler ve düzenlemeler oluşturulmasına yönelik çalışmalarda artış görülmekte ve teknolojik gelişmeler, süreçlerin verimliliği artırarak dava finansmanını daha etkin hale getirmektedir.

Sonuç olarak, dava finansmanının geleceği gerekli mevzuat düzenlemeleri, etik uygulamaların yaygınlaştırılması, teknolojik gelişmelerin entegrasyonu ve küresel genişleme çerçevesinde yönlendirilmekte ve bu kurum hukuk alanında gün geçtikçe daha fazla etkin olmaya devam etmektedir.



KAYNAKÇA

- “3 Attorney Ethics Considerations For Litigation Funding” (2021), <https://www.lexshares.com/resources/litigation-funding-ethics>, Erişim Tarihi: 06.01.2024.
- Akünel, T. (1995), *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul: Beta Basım.
- Aküzüm, U. (2021), *Dava Fonlama Kavramı, Adalet Erişim, Hukuki ve Etik Sorunlar*, İstanbul: Hukuk Akademisi.
- Alper, G. (2013), *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arslan, R., Yılmaz, E., Ayvaz, S., Hanağası, E. (2022), *Medeni Usul Hukuku* (8. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Atamer, Y. (2016), *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Avşar, M. (2017), *ICSID Konvansiyonu’na göre Yatırım Kavramı*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 95–140, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/410744>, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- Bahadır, Z. (2013), *Sözleşmenin Devri Ve Sözleşmeye Katılma*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789207>, Erişim Tarihi: 17.03.2024.
- Barnes J., Friel S. (Consulting Editors), Roessingh, D., Roodheuvél J., Meijerink A. (2022), *Litigation Funding / Netherlands*, Lexology GTDT, <https://woodsford.com/us/wp-content/uploads/sites/3/2023/02/2023-Litigation-Funding-Netherlands.pdf>, Erişim Tarihi: 04.02.2024.
- Barnes J., Friel S. (Consulting Editors), Wegmueller, M., Berger, I., Studer F. (2021), *Litigation Funding Switzerland*, https://nivalion.com/uploads/pdf/2021_Litigation%20Funding_Switzerland.pdf, Erişim Tarihi: 10.02.2024.
- Baver, M.M. (2019), *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Baver, M.M. (2021), *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Börü, L. (2012), *Dava Konusunun Devri*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- Bulut, E. (2002), *Kredi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Türleri*, Mevzuat Dergisi, Yıl 5, Sayı, 49, Ocak 2022, <https://www.mevzuatdergisi.com/2002/01a/01.htm>, Erişim Tarihi: 24.02.2024.
- Bulut, R. (1998), *Bankacılık Uygulaması Yönünden Kredi Açma Sözleşmesi*, Mevzuat Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Nisan 1998, <https://www.mevzuatdergisi.com/1998/04a/02.htm>, Erişim Tarihi: 24.02.2024.
- Can, H., Tuna, E. (2021), *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Carminati, G. (2022), *Litigation Finance: A Modern Financial Tool for Corporate Counsel*, USA, American Bar Association, Business Law Today, <https://businesslawtoday.org/2022/12/litigation-finance-modern-financial-tool>, Erişim Tarihi: 24.09.2023.
- Cheng, F., *Third party funding-the answer to access to justice?*, <https://www.hkiac.org/content/third-party-funding>, Erişim Tarihi: 24.10.2023.
- Collard, T. (2022), *The Essential Principle of a Litigation Funding Agreement (LFA) in South Africa*, <https://wilddog.mu/the-essential-principle-of-a-litigation-funding-agreement-lfa-in-south-africa/>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.
- Chroust, A. H. (1954), *Legal Profession in Ancient Republican Rome*, Notre Dame Law Review, Volume 30 | Issue 1, 12-1-1954, <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3632&context=ndl>, Erişim Tarihi: 04.01.2024.
- Çalışkan, Y. (2016), *Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, s. 645-658.
- Çetin, E. (2024), *Blokzincir Üzerinden Kurulan Akıllı Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dayınlarlı, K. (2000), *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık.
- Delex (2021), *The Ancient Origins of Third-Party Litigation Funding*, <https://delex.legal/the-ancient-origins-of-third-party-litigation-funding/>, Erişim Tarihi: 25.09.2023.
- “Does the High Court’s refusal to limit a funder’s liability for third party costs mark the end of the Arkin Cap?”, <https://www.stewartslaw.com/news/limit-on-funder-liability-for-third-party-costs/>, Erişim Tarihi: 07.01.2024.
- Domingo O. R. (2017), *Civil Litigation in Roman Law An Overview*, <https://ssrn.com/abstract=2942875>, Erişim Tarihi: 18.10.2023.
- Efeçinar C. S., Ömeroğlu E., Uyanık M.E. (Editörler) (2018), *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Eren, F. (2023), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası), Ankara: Legem Yayınevi.
- Eren F. (2023), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı), Ankara: Legem Yayınevi.
- Fagin A, Sutton R. (2022), *Tips For Negotiating Litigation Funding Agreements*, <https://www.validityfinance.com/news/thought-leadership/2022-04-04-tips-for-negotiating-lfas>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.
- Fathalla, I., Mahdy, M. (2023), *Guest blog: Third-party funding in international arbitration in the Middle East*, <https://iccwbo.org/news-publications/guests-blog-speeches/guest-blog-third-party-funding-in-international-arbitration-in-the-middle-east/>, Erişim Tarihi: 10.01.2024.
- Feyzioğlu, F. N. (1980), *Borçlar Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Friel, S. (2017), *The next game changer in global litigation and arbitration*, <https://www.financierworldwide.com/the-next-game-changer-in-global-litigation-and-arbitration>, Erişim Tarihi: 11.02.2024.
- Friel, S. (General Editor) (2021), *the Law and Business of Litigation Finance*, London: Bloomsbury Professional.
- Friel, S., Barnes, J. (contributing editors), (2019), *Litigation Funding, London*, Law Business Research.
- Gören, Ö. (2008), *Finansman Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Graf, K. (2022), *In review: court procedure in Switzerland*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4284339a-f0b9-4eab-b5fd-eae91fda709e>, Erişim Tarihi: 01.06.2024
- Güner, B., Kale, G. Ş. (2021), *Adli Yardım Avukat Görüşleri Işığında Hukuki ve Toplumsal Bir Değerlendirme*, Konya: Eğitim Yayınevi.
- Gürses, D. (2018), *Banka Genel Kredi Sözleşmesi*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Haeri, H., Huelmo, C., Gasparotti, G. (2022), *Third-Party Funding in International Arbitration*, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-to-arbitration/4th-edition/article/third-party-funding-in-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 25.05.2023.
- Hamacıoğlu, E., Hamacıoğlu A. (2016), *Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, Sayı, 22(3), 2016.
- Helvacı, S., Erlüle F. (2023), *Medeni Hukuk* (9. Bası), İstanbul: Legal Yayıncılık
- Hodges C., Peysner P., Nurse A. (2012), *Litigation Funding: Status and Issues, Research Report*, https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/litigation_funding_here_1_0.pdf, Erişim Tarihi: 07.01.2024.

“How blockchain can bring litigation finance to small investors” (2021), <https://forkast.news/blockchain-litigation-finance-small-investors/>, Erişim Tarihi: 04.01.2024.

İlgün, Ö. F. (2021), *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret El Kitabı*, İstanbul: Aristo Yayınevi

Kahraman, Z. (2021), *Borcun Nakli*, İstanbul: Aristo Yayınevi.

Kaplan, M. B. (2022), *Medenî Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü. Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi*, TAÜHFD, 2022; 4(2): 557-586, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2864404>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

Komor, D. (2023), “At a glance: regulation of litigation funding in Germany”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b4ce6f44-0875-4125-99a5-c1dbf661353e#:~:text=Litigation%20funders%20in%20Germany%20do,is%20also%20an%20available%20option.>, Erişim Tarihi: 08.01.2024.

Koneck, B. (2023), *New Ideas For Using Litigation Finance To Close Justice Gap*, <https://www.law360.com/articles/1604591/new-ideas-for-using-litigation-finance-to-close-justice-gap>, Erişim Tarihi: 06/01/2024.

Köksal, M. (2021), *Alacağın Devri*, İstanbul: Aristo Yayınevi.

Köksal, M. (2021), *Joint Venture Özelinde Adi Ortaklık ve Sorunları*, İstanbul: Aristo Yayınevi.

Kuru, B. (1990), *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul: Alfa Yayınevi.

Kuru, B. (1992), *İflas ve Konkordato Hukuku* (5. Bası), İstanbul: Alfa Yayınevi.

Kuru, B., Aydın, B. (2023), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (8. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B, Arslan R., Yılmaz E. (2008), *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Levine, J. (2022), *A Primer on U.S. Defense-Side Litigation Finance*, <https://omnibridgeway.com/insights/blog/blog-posts/blog-details/global/2022/07/07/a-primer-on-defense-side-litigation-finance>, Erişim Tarihi: 05.02.2024.

Liesker, S. (2017), *Litigation Funding in Europe and the Netherlands*, <https://www.legalbusinessworld.com/post/2017/01/10/litigation-funding-in-europe-and-the-netherlands>, Erişim Tarihi: 10.02.2024.

Limosnero, K. G. (2021), *Litigation trafficking*, https://animorepository.dlsu.edu.ph/etdm_law/9, Erişim Tarihi: 18.12.2023.

- “Litigation Finance”, <https://republic.com/help/what-is-an-initial-litigation-token-offering-1>, Erişim Tarihi: 06.01.2024.
- “Litigation Finance 101”, <https://www.lexshares.com/litigation-finance-101>, Erişim Tarihi: 07.01.2024.
- “Making Sense of the “Ethics” of Litigation Finance” (2019), <https://www.validityfinance.com/news/thought-leadership/2019-06-25-making-sense-of-the-ethics-of-litigation-finance>, Erişim Tarihi: 07.01.2024.
- Mısır, M. H. (2020), *Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret / Soru-Cevap*, Ankara: TBB Yayınları.
- Molot, J. (2010), *Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem*, USA: Georgetown Law Journal.
- Oğuz, S. (2019), *Bankacılık Hukuku Yönünden Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Oğuzman, K., Öz, T. (2023), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt* (18. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Öz, T. (2023), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.Cilt* (18. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Barlas N. (2023), *Medeni Hukuk* (29. Bası), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Oruç, Y. (2019), *İflas İdaresi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öğüz, T., Dural M. (2004), *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özen, A. (2023), *Avukatlık Sözleşmesi* (2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztek, S., Budak, A.C, Yücel, T. M., Kale, S., Yeşilova, B. (2023), *Yeni Konkordato Hukuku 7101, 7155 ve 7327 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285-309 Şerhi* (3. Baskı), Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Öztürk, B. (2016), *Sözleşmenin Devri*, TBB Dergisi 2016 (125).
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku* (10. Bası), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2022), *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler* (16. Baskı), İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin, Ö., Özekes M. (2013), *İcra ve İflas Hukuku* (11. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

- Perrin, L. (Editor), Philips R. (2018), *Third Party Litigation Funding*, Law Review, Netherlands, <https://cdn.roschier.com/app/uploads/2019/12/16122450/third-party-litigation-funding-ed-2-book.pdf>, Erişim Tarihi: 12.02.2024.
- Philips R. (2016), *Litigation finance in bankruptcy and distressed situations*, <https://www.linkedin.com/pulse/litigation-finance-bankruptcy-distressed-situations-rein-philips>, Erişim Tarihi: 25.02.2024.
- Rodin, M. *Maintenance by Champerty*, University of California Law Review, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiR1umDltuEAXVvQvEDHReiBGs4FBAWegQICxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.berkeley.edu%2Frecord%2F1108995%2Ffiles%2Ffulltext.pdf&usg=AOvVaw0vUKQ7bbZXrePiZ3nZdLG7&opi=89978449>, Erişim Tarihi: 01.03.2024.
- Reisoğlu, S. (2008), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Rowles-Davies, N., Cousins J. (Consultant Editor) (2014), *Third Party Litigation Funding*, Oxford: Oxford University Press.
- Ruhi, A. (2014), *Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sattorova, M. (2012), *Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos, and Beyond*, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0132.pdf, Erişim Tarihi: 27.01.2024.
- Samra, E., *The Business of Defense: Defense-Side Litigation Financing*, University of Chicago Law Review, Vol. 83.4, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5980&context=uclev>, Erişim Tarihi: 23.09.2023.
- Saymen, F.H., Elbir, H.K. (1958), *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Scherpf, G., Nguyen, T. (2023), “The Landscape of Litigation Funding in Germany”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=41963c3e-28b0-4d26-b8b2-e8b9bf7b21c0>, Erişim Tarihi: 08.01.2024.
- Simpson, M. (2017), *Landmark third-party funding decision for international arbitration*, <https://www.financierworldwide.com/landmark-third-party-funding-decision-for-international-arbitration>, Erişim Tarihi: 13.01.2024.
- Sina, A (2006), *Eski Yunan Yargı Sistemi, M.Ö. IV. Yüzyılda Atina’da Yargıçlar*, TBB Dergisi 2016 (123), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1567>, Erişim Tarihi: 01.03.2024.

- Steiner, M., Junginger D. (2018), *Litigation Funding in Switzerland*, Blog, <https://www.globalarbitrationnews.com/2018/01/30/litigation-funding-in-switzerland/>, Erişim Tarihi: 18.10.2023.
- Steinitz, M. (2019), *Follow the Money? A Proposed Approach for Disclosure of Litigation Finance Agreements*, UC Davis Law Review, vol. 53, 1073.
- Stroble, J.J., Laura Welikson, L. (2020), *Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments*, Defense Counsel Journal, January 2020, https://www.iadclaw.org/assets/1/17/Third-Party_Litigation_Funding_-_A_Review_of_Recent_Industry_Developments2.pdf, Erişim Tarihi: 12.02.2024.
- Franziska Studer, F., Berger I., Wegmüller M. (2023), *At a glance: regulation of litigation funding in Switzerland*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=407bd0e0-04cc-4807-8569-fc97720d1c30>, Erişim Tarihi: 02.06.2024
- Sweify, M. (2020), *Third Party Funding: A New Perspective of Access to Justice By Mohamed*, Just Resolutions Newsletter, USA, American Bar Association, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/just-resolutions/february-2021/sweify-tpf-access-to-justice.pdf> Erişim Tarihi: 24.09.2023.
- Sweify, M. (2023), *Third Party Funding in International Arbitration, A Critical Appraisal and Pragmatic Proposal*, Glos, Edward Elgar Publishing.
- şenol, K. E. (2016), *Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHFM C. LXXIV, S. 2*, 2016.
- Tamer, D. (2020), *Roma Hukuku Cilt -I-*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Taş, Ş. (2024), *Blockchain Sözleşmelerinin Türk Özel Hukukundaki Yeri*, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık.
- Tiryaki, B. (2006), *Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliğı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C8/S2 (2006), <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz8-2/pdf/btiryaki.pdf>, Erişim Tarihi: 24.02.2024.
- Tercan, E., Rüzgaresen C. (2010), *Harçlar Kanunu m.28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi*, EÜHFD, C. XIV, S. 1–2, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1846638>, Erişim Tarihi: 04.02.2024.
- “The Common Law and Civil Law Traditions” (2017), <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>, Erişim Tarihi: 04.06.2023.

- “Third Party Litigation Funding” (2022), US Government Accountability Office, <https://www.gao.gov/assets/gao-23-105210.pdf>, Erişim Tarihi: 04.06.2024.
- Tilley, B. (2023), *The Future of Litigation Funding: Unlocking Opportunities with Blockchain Technology*, <https://www.linkedin.com/pulse/future-litigation-funding-unlocking-opportunities-bill-tilley>, Erişim Tarihi: 06.06.2024.
- Tokbaş, H. (Editör), Topuz, M. (2023), *Borçlar Hukukunun Güncel Meseleleri – Devir ve Temlik, Avukatlık Ücretinin Temlik Edilip Edilemeyeceği Sorunu Üzerine Düşünceler*, İstanbul: Aristo Yayınevi.
- Tokbaş, H. (Editör), Kırkbeşoğlu, N. (2023), *Tüketim Ödöncü (Karz) Sözleşmesi Kısa Şerhi*, İstanbul: Aristo Yayınevi.
- Topuz, M. (2023), *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Trenor J. (Editor), Mark W Friedman, M. W., Floriane Lavaud F. (2018), *Global Arbitration Review, The Guide to Damages in International Arbitration* (Third Edition), London: Law Business Research Ltd.
- Tuluay M. (1983), *Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi*. DÜHFD. 1983; 1(1): 101-132., s. 129, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214079>, Erişim Tarihi: 24.09.2023.
- Üstündağ, S. (1992), *Medeni Yargılama Hukuku* (5. Bası), İstanbul: Yaylacık Matbaası.
- Umare, A. T. (2022), *Muvazaa Sebebi ile Tasarrufun İptali Davası*, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (3) 2022: 911-935.
- Üstündağ, S. (1998), *İflas Hukuku, iflas, Konkordato, İptal Davaları* (5. Bası), İstanbul: Avcıol Basım.
- Üstündağ, S. (2009), *İflas Hukuku* (8. Bası), İstanbul: Yaylacık Matbaacılık.
- Volsky, M. (2013), *Investing in Justice*, New Jersey: the Legal Finance Journal.
- “What is Blockchain Technology”, <https://www.ibm.com/topics/blockchain>, Erişim Tarihi: 06.01.2024.
- “What is litigation finance?” (2023), <https://www.lexshares.com/litigation-finance-101>, Erişim Tarihi: 25.05.2023.
- “What is tokenization” (2023), <https://www.tokenex.com/blog/what-is-tokenization/>, Erişim Tarihi: 05.01.2023.
- Whillans L. (2017), *The History And Evolution Of Litigation Finance*, [https://abovethelaw.com/2017/01/the-history-and-evolution-of-litigation-finance/#:~:text=Litigation%20Financing%20Develops%20in%20the,\(which%20has%20since%20disbanded\)](https://abovethelaw.com/2017/01/the-history-and-evolution-of-litigation-finance/#:~:text=Litigation%20Financing%20Develops%20in%20the,(which%20has%20since%20disbanded)), Erişim Tarihi: 24.09.2023.

Yavuz, C. (2022), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yenilenmiş 11. Baskı), İstanbul: Beta Basım.

Yenipınar, F.B. (2018), *Harçlar, Yargılama-Adli Yardım (Hukuk Muhakemeleri)*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Yenipınar, F.B. (2021), *Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yılmaz, E. (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Yenipınar, F. B. (2021), *Avukatlık Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Aristo Yayınevi

Zevkiler, A. Havutçu, A. (2007), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.



EK (Dava Finansmanına ilişkin AB Direktifi Açıklamaları)

Konu ile ilgili çalışmaların gerekliliği AB Parlamentosu tarafından aşağıdaki hususlar çerçevesinde öngörülmüştür.

AB üyesi devletlerin, tüm bireylere adalet erişimini sağlamak amacıyla, AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 47. maddesi doğrultusunda, yeterli hukuki yardımı sunma konusunda birincil sorumluluğa sahip olması ve kamu hukuki yardım ve kamu kovuşturmanın temel mekanizmalar olarak kalması ve kalması gerekliliği,

Üçüncü şahıs dava finansmanının özel yatırımcıların bir uyuşmazlıkta taraf olmayanlar adına yasal işlemlere kar elde etmek amacıyla yatırım yaptığı ve olası bir menfaatin paylaşımı karşılığında yasal ve diğer giderleri ödediği büyüyen bir uygulama olması ve bunun toplu davaların yanı sıra tahkim, iflas davaları, yatırımın geri alınması, rekabet ihlali iddialarında da uygulama alanı bulabileceği,

Üçüncü şahıs dava finansmanının uygun bir şekilde düzenlenmesi halinde, özellikle hukuki maliyetlerin çok yüksek olduğu ülkelerde veya ek finansman engelleri bulunan gruplar için adalet erişimini desteklemek adına daha sık kullanılabilmesi ve üçüncü şahıs dava finansmanının ayrıca kamu yararı taşıyan davaların mahkemeye taşınmasına ve şirketler ile hak arayan vatandaşlar arasındaki önemli ekonomik dengesizlikleri azaltmaya ve böylece uygun şirket hesap verebilirliğini sağlamaya yardımcı olabileceği,

Hukuki işlemlere dahil olan dava finansörlerinin, talep sahiplerinin çıkarları yerine kendi ekonomik çıkarlarına göre hareket edebileceği, dava kontrolünü ele geçirme ve kendilerine en büyük getiriyi ve en kısa sürede bir sonuç talep etme eğiliminde olabilecekleri, bu nedenle kararların yeterli tazminat içermesinin sağlanması gerektiği,

Üçüncü şahıs dava finansmanının Avrupa'da neredeyse var olmadığı, ancak yatırımcı-devlet tahkiminde patlayan bir fenomen olarak ortaya çıktığı ve mevcut verilere göre, belirli üye devletlerde dava finansmanı sağlayıcılarının diğer yatırım türlerinin tipik getirilerini aşan gelirin orantısız bir payını talep edebileceği, dava finansmanı sağlayıcılarının talep sahiplerine önce menfaatin ve ardından ücretin ödenmesini sağlamak için kuralların getirilmesi gerektiği,

Üçüncü şahıs dava finansmanının adalet erişimini kolaylaştırmanın tek yolu olmadığı; hukuki yardım veya hukuki maliyet sigortası gibi diğer araçların bu erişimi kolaylaştırmak için

mevcut olduğu ve şirketler tarafından yönetilen şikayet sistemleri aracılığıyla dava dilekçesi, çözüm ve mahkeme dışı çözümlerin de hak arama sürecine hızlı ve yeterli tazminat sağlayabileceği; ancak bu çözümlerin her zaman yeterli tazminat sağlama konusunda etkili olmadığı, bu nedenle talep sahiplerine her zaman doğrudan yargı yolunu arama olanağı tanınması gerektiği,

Üçüncü şahıs dava finansmanının, Avustralya, ABD, Kanada, İngiltere ve Hollanda'da yaygın olduğu ve bazıları tarafından adalet erişiminin sağlanması açısından temel bir faktör olarak görüldüğü, bununla birlikte bazı yargı bölgelerinde kötüye kullanım endişeleri bulunduğu, gözleme dayalı verilere göre dava finansmanı sağlayıcılarının genellikle en iyi potansiyel getiriyi temsil eden davaları seçtikleri ve çok riskli veya yeterince karlı gördükleri davalara yatırım yapmayacakları,

Üçüncü şahıs dava finansmanı sağlayıcılarının sayısının belirlemenin zor olduğu, en azından 45 tanesinin AB'de de faaliyet gösterdiğinin bilindiği, çoğu üye devlette bu uygulamanın şimdiye kadar sınırlı olduğu, ancak önümüzdeki yıllarda daha büyük bir rol oynaması beklenen, ancak AB içinde büyük ölçüde düzenlenmemiş olmasına rağmen, sadece faydalar değil, aynı zamanda adaletin idaresi açısından da mal risklere neden olabilecek meselelere dikkat edilmesi gerektiği,

Düzenlemenin mevcut boşluğunda, dava finansmanı sağlayıcılarının şeffaf bir şekilde faaliyet gösteremeyecekleri ve bu nedenle mahkemelerin, zaman zaman, karar neticesi ortaya çıkacak menfaatin bir kısmının, bazen orantısız olabilecek bir şekilde, talep sahiplerinin aleyhine dava finansmanı sağlayıcılarına yönlendirilebileceği böyle bir şeffaflık eksikliğinin, potansiyel yararlanıcıların menfaatin veya finansman anlaşmalarının dağılımı hakkında az veya hiç bilgi sahibi olmadığı anlamına gelebileceği,

2020/1828 Sayılı AB Direktifi'nin, yalnızca o Direktif kapsamında tüketiciler adına temsil edilen davalarla sınırlı olan üçüncü şahıs dava finansmanı ile ilgili fırsatları ve korumaları belirlediği, bu nedenle iş veya insan hakları ile ilgili diğer türden davalar veya insan hakları örgütleri veya işçiler gibi talep sahibi kategorilerini düzenlemediği, etkili önlemlerin ve güvencelerin tüm türdeki taleplere uygulanması gerektiği.

AB Parlamentosu, üçüncü kişiler tarafından yapılacak dava finansmanı ile ilgili taslak Direktifin yürürlüğe konulmasını özellikle aşağıdaki hususları vurgulayarak belirtmektedir:⁵⁶⁶

Dava Finansmanı, hali hazırda AB düzeyinde belirli bir yasal çerçeve olmaksızın bir dava hizmetleri pazarına dönüşen bir uygulamadır. Dava finansörleri, birçok üye devlette, yerel veya sınırları aşan şekilde düzenli olarak kurulmuş ve faaliyet göstermiş olmalarına rağmen, şimdiye kadar iç pazarda genellikle parçalanmış kurallar ve hatta yasal bir boşluk mevcuttur. Üye devletlerdeki farklı kurallar ve uygulamalar, iç pazarın işleyişine engel teşkil etme olasılığı taşımaktadır. Üçüncü kişi dava finansmanı sağlayıcılarının hangi koşullar altında işlem yapabileceğine dair belirsizlik, iç pazarın düzgün çalışmasıyla uyumlu değildir, özellikle de sınır ötesi davaların sadece üçüncü bir taraf aracılığıyla finanse edilebileceği ve bu davaların dava finansmanı için özellikle çekici olduğu göz önüne alındığında her bir üye devletteki hukuki çerçevenin farklılıkları, farklı üye devletlerdeki talep sahipleri arasında adalet erişiminde ayrımcılık riskini içermektedir.

AB hukuku, dava sürecinde yer alanlara adil bir şekilde erişim hakkını ve haklarını uygun bir şekilde koruma sağlamak arasında denge kurmayı amaçlamakta ve bu haklarının haksız bir şekilde sömürülmesini önlemeyi hedeflemektedir. Dava finansörleri, menfaatin bir payı karşılığında hukuki süreçlere finansman sağladıklarında bir haksızlık riski ortaya çıkabilir. Bu risk, dava finansörlerinin talep sahiplerinden veya temsil ettikleri kişilerden, varsa, tüketicilerin çıkarlarını temsil eden nitelikli kuruluşlar tarafından risklerin hukuki maliyetlerine veya hukuki maliyetlere sahip çıkarak kendi amaçlarına hizmet etmeleri ve kendi getirilerini maksimize etmeleri riskini içerir, bu da talep sahiplerini veya amaçlanan yararlanıcıları potansiyel ödülün azaltılmış bir payla bırakır.

Sorumlu bir üçüncü kişi dava finansmanı için bir birlik çerçevesinin asgari standartlarını belirlemek, adalet erişimini teşvik etmeye ve uygun kurumsal sorumluluk sağlamaya yardımcı olacaktır. Hakkını arayan kişilerle karşılaştırıldığında genellikle önemli bir ekonomik dengesizlik bulunmakta ve üçüncü taraf dava finansmanı, bu dengesizliği azaltmaya yardımcı olabilirse, ilişkili riskler hafifletilirse ve böyle bir finansman, adalet erişimini engelleyen diğer önlemlerle birlikte etkin bir şekilde çalışıyorsa, bu dengesizlik azaltılabilir. Bu amaçla, talep

⁵⁶⁶ Avrupa Birliği Parlamentosu kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0308>.

sahiplerinin adalet erişimini iyileştirmek ve istismarlı davalardan kaçınmak arasında gerekli bir dengeyi sağlamak kritiktir.

AB pazarının artan sınır ötesi ticareti kolaylaştırması, anlaşmazlıkların giderek sınır ötesi hale gelmesi ve dava finansörlerinin faaliyetlerinin küresel olması nedeniyle, ticari üçüncü kişi dava finansmanı ile ilgili koruma ve gerekli güvenceler konusunda üye devlet yaklaşımlarında malî sapmaların potansiyel bir riski bulunmaktadır. Gönüllü yaklaşımlar, bir ölçüde başarılı olmakla beraber bunlar ancak genellikle endüstri oyuncularının çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Bu Direktif, üçüncü kişi dava finansmanını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu Direktif, bir yandan etkili adalet erişimini sağlamak ve çekişme taraflarının çıkarlarını korumak, diğer yandan da çıkar çatışmalarını, kötüye kullanılan davalardan kaçınmayı ve menfaatlerin dava finansörlerine orantısız bir şekilde tahsisini önlemek için güvence sağlamayı amaçlamaktadır.

Dava finansörü terimi, bir dava sürecinin bir tarafı olmayan ancak bu süreçle ilgili bir üçüncü taraf dava finansman anlaşması yapmış olan herhangi bir işletmeyi ifade etmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihatları doğrultusunda, 'işletme' kavramı, hukuki statüsü ve finansman şekli ne olursa olsun bir ekonomik faaliyetle uğraşan herhangi bir kuruluşu içerir ve bu nedenle herhangi bir hukuki kişiyi, ana şirketi, yan kuruluşları veya bağlı kuruluşları içerir ve profesyonel dava finansmanı sağlayıcıları, finansal hizmet sağlayıcıları, talep yönetimi şirketleri veya diğer hizmet sağlayıcıları içerebilir. Bununla birlikte “dava finansörü” kavramının, bir tarafı temsil eden avukatları veya bu tür bir tarafın sigorta hizmeti sağlayıcılarını içermeyecek şekilde yorumlanmalıdır.

AB üye devletlerinin hukuki gelenekleri ve bağımsızlıkları doğrultusunda, her bir AB üye devletinin, dava finansmanının kendi yasal sistemi içinde ne ölçüde ve ne şekilde izin verilip verilmeyeceğini belirlemek kendisine aittir. AB üye devletleri, böyle bir üçüncü taraf dava finansmanına izin vermeyi seçerse, bu Direktif, Birlik içinde dava finansmanı kullanma olasılığı bulunan kişilerin, Birlik genelinde tutarlı bir koruma düzeyine tabi olmalarını sağlamak üzere, finanse edilen talep sahiplerini korumak için minimum standartlar sağlayacaktır.

Adalet erişimde yasal maliyetlerin önemli bir engel oluşturabileceği üye devletlerde, devletler üçüncü kişi dava finansmanına izin vermek için yasaları çıkarmayı düşünebilir ve bu

durumda bu Direktife uygun açık koşullar ve korumalar oluşturmmalıdır. Bu Direktif sadece temsilci davalarla sınırlı olmamakla birlikte, üye devletler temsilci davalarla ilgili olarak yapılan mahkeme masraflarının nitelikli kuruluşların hak arama hakkını etkilememesini sağlamaya yönelik önlemler almalıdır.

Üçüncü kişi dava finansmanı faaliyetine izin verildiğinde, bu tür dava finansmanlarının üye devletlerdeki bağımsız idari organlar tarafından yetkilendirilmesi ve denetlenmesi, bu dava finansmanlarının bu Direktifle belirlenen minimum kriterlere ve standartlara uygun olduğunu sağlamak için gereklidir. Dava finansmanları, finansal hizmet sağlayıcılarına uygulanan mevcut düzenleyici denetim sistemine benzer bir şekilde denetime tabi olmalıdır.

Birliğe üye olan faal dava finansmanlarının işlerini Birlik içinden yürütmeleri, Birlik içinde yetkilendirilmeleri ve üçüncü taraf finansman anlaşmalarını, ilgili davanın yapıldığı üye devletin yasalarına veya farklı bir durumda, davacının veya amaçlanan hak sahiplerinin üye devletin yasalarına tabi olarak sonuçlandırmaları gerekmektedir.

Birliğin içinde üçüncü kişi dava finansman faaliyetlerini yürüten denetim otoriteleri, bu Direktif tarafından belirlenen minimum kriterlere uymalarını dava finansörlerinden talep etme yetkisine sahip olmalıdır. Bu kriterler arasında gizlilik, bağımsızlık, yönetim, şeffaflık, sermaye yeterliliği ve davacılara ve amaçlanan hak sahiplerine karşı bir vefa görevine uyulması bulunmalıdır. Denetim otoriteleri, dava finansmanlarından başvuru almak ve bunlar hakkında karar vermek, gerekli bilgileri toplamak, yetkilendirme başvurularını incelemek, reddetmek, askıya almak veya geri çekmek, herhangi bir koşul, kısıtlama veya ceza koymak, ayrıca yetki dahilinde faaliyet gösteren herhangi bir dava finansmanına karşı zamanında ve gereksiz gecikmeler olmadan herhangi bir şikayeti incelemek ve savunmanın dışında kalan şikayetlere karşı alınan bir dava finansmanı hakkında yetki sahibi mahkeme veya idari otorite tarafından ele alınmalıdır. Mahkeme sürecinde dava finansman şirketi hakkında ortaya çıkan endişeler, ilgili mahkeme veya idari otorite tarafından ele alınmalıdır.

Diğer yetkilendirme kriterleri arasında, üye devletlerin dava finansmanlarının finansal yükümlülüklerini yerine getirmek için yeterli sermayeye sahip olduklarını göstermeleri istenebilir. Sermaye yeterliliği gereksinimlerinin olmaması, sermaye yeterliliği gereksinimlerinin olmaması, bir dava finansmanının daha sonra desteklemeyi kabul ettiği davaların maliyetlerini, başvuruları sona erdirmek için gerekli olan maliyet veya ücretleri

dahil, karşılamaya istekli veya yeteneksiz olma riski yaratır. Bu, dava finansmanına güvenen davacıları beklenmeyen maddi ekonomik kayıplara ve dava finansman şirketinin iş koşulları veya kararları nedeniyle aksi takdirde mümkün olan davaların terk edilme riskine maruz bırakabilir.

Dava finansman şirketleri, davacılara ve amaçlanan hak sahiplerine karşı adil, şeffaf, verimli ve en iyi çıkarlarına uygun bir şekilde hareket etme yükümlülüğüne bağlı olmalıdır. Dava finansmanı şirketlerinin kendi çıkarlarını davacının çıkarlarından önce koyma yükümlülüğünün olmaması, davaların sonunda davacının değil, dava finansman şirketinin çıkarlarına hizmet eden bir şekilde yönlendirilme riskini yaratabilir.

Bu Direktifin gerekliliklerinin, kanunun boşluklarından faydalanma suretiyle dolanılmasını önlemek adına, gerekli yetkilendirmeye sahip olmayan dava finansmanı şirketleri ile yapılan anlaşmaların hukuki bir etkisi olmamalıdır. Gerekli yetkilendirmeyi elde etme yükümlülüğü, dava finansmanı şirketlerine ait olmalıdır ve bu nedenle davacılar ve amaçlanan hak sahipleri, gerekli yetkilendirmesi olmayan bir dava finansman şirketi tarafından neden olabilecek herhangi bir zarara karşı tazmin edilmelidir.

Bu Direktif, dava finansmanı faaliyetlerini düzenlerken, diğer düzenleyici yükümlülükler veya rejimlere, var olan finansal hizmetlerin sağlanmasını düzenleyen mevcut kurallara saygı göstermelidir ve aynı zamanda üye devletlerin hukuki geleneklerine, özerkliğine ve dava finansmanına izin verilmesinin uygunluğuna ilişkin kararlarına da saygı göstermelidir.

Bu Direktifin tutarlı bir şekilde uygulanabilmesini kolaylaştırmak için, üye devletlerin denetim otoritelerinin bu Direktifi diğer üye devletlerinin denetim otoriteleri ile yakın işbirliği içinde uygulamalarını sağlamaları gerekmektedir. Denetim otoriteleri arasındaki koordinasyon, iç pazarın düzgün işleyişini tehlikeye atabilecek denetim standartlarının ayrışmasını önlemek amacıyla Birlik düzeyinde düzenlenmelidir.

AB Komisyonu, denetim otoritelerinin faaliyetlerini koordine etmeli ve bu amaçla uygun bir işbirliği ağı oluşturmalıdır.

Bu Direktife uygun olarak, üye devletlerin ulusal hukukları altında izin verilen yerlerde sınır ötesi dava finansman hizmetlerinin sağlanmasını kolaylaştırmak için üye devletler işbirliği yapabilmeli, bilgi ve en iyi uygulamayı paylaşabilmeli ve birbirlerinin yetkilendirme kararlarını tam olarak dikkate almalıdır. Üye devletler, talepte bulunabilecek tüm

vatandaşların, özellikle en savunmasız gruplar dahil olmak üzere, talepte bulunabilecek tüm vatandaşların tüm vatandaşlara, taleplerin finanse edilmesine ilişkin koşullar ve gereksinimlerin tam ve özgürce erişilebilir olmasını sağlamalıdır. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 56. maddesi uyarınca, üye devletler, önceki yetkilendirmeleri karşılıklı olarak tanımalı ve bu nedenle başlangıçta yetkilendirme geçerli olduğu sürece diğer bir üye devlette faaliyet göstermeye yetkilendirilmiş olan dava finansmanlarına otomatik olarak yetkilendirme vermelidir.

Üye devletler, dava finansmanı şirketlerinin müdahil oldukları davalarla ilgili olarak, ilgili hukuki süreçlere karar verme konusunda dava finansmanı şirketlerinin etkisinin veya kontrolünün davacıların çıkarlarına zarar verecek şekilde olmadığından emin olmalıdır.

Üye Devletler, ilgili hukuki süreçlere ilişkin kararların, özellikle de anılan davaya konu olan talep sahiplerinin çıkarlarına zarar verecek şekilde, dava finansörü tarafından aşırı derecede etkilenmesine veya kontrol edilmesine izin vermemeli ve bu konuda önlemler almalıdır.

Bir dava finansörü ile talep sahibi arasındaki bilgi veya kaynak dengesizliğini düzeltmek amacıyla, üçüncü taraf finansman anlaşmasının uygunluğunu değerlendirirken, mahkemeler veya idari otoriteler, söz konusu anlaşmaların açıklık ve şeffaflık düzeyini, talep sahipleri veya temsil edilen kişilerin bilinçli bir şekilde kabul ettiği risk ve faydaların derecesini dikkate almalıdır.

Üçüncü taraf finansman anlaşmaları, talep sahiplerine anladıkları bir dilde sunulmalı ve mümkün olan çeşitli sonuçları, aynı zamanda herhangi bir riski ve ilgili sınırlamaları açık ve uygun terimlerle belirtmelidir.

Dava finansörlerinin faaliyetlerine ilişkin şeffaflık yükümlülüklerinin olmadığı durumlarda, dava finansörleri ve üçüncü taraf finansman anlaşmalarının yeterli denetimi sağlanamaz. Bu, mahkemeler veya idari otoriteler, davalılar ve talep sahipleri dahil olmak üzere taraflar arasında şeffaflık açısından geçerli olmalıdır. Bu nedenle, ilgili mahkemeyi veya idari otoriteyi ticari finansmanın varlığı ve finansörün kimliği konusunda bilgilendirmek, dava finansman anlaşmalarını talep üzerine veya mahkemenin veya davalının talebi üzerine ve gerekli gizliliği korumak için uygun sınırlamalara tabi olarak tamamen açıklamak için yükümlülükler getirilmelidir. Mahkemeler veya idari otoriteler, sorumlulukları altındaki

hukuki süreçle ilgili tüm üçüncü taraf dava finansman faaliyetlerine ilişkin ilgili bilgilere erişme yetkisine sahip olmalıdır. Ayrıca, mahkemeler veya idari otoriteler, davalının, dava finansmanının varlığı ve finansörün kimliği hakkında bilgilendirilmelidir.

Mahkemeler veya idari otoriteler, bir üçüncü taraf finansman anlaşmasının ilgili davayla ilgili olup olmadığı durumlarda, bu anlaşmanın bu Direktife uygun olup olmadığını değerlendirmek ve gerekirse, dava süreci tarafından talep sahibinin talebi üzerine, mahkemenin veya idari otoritenin girişimi üzerine veya nihai olarak kabul edilen bir denetim kararına karşı girilen bir işlem sonrasında gerekli incelemeyi yapmak için yetkilendirilmelidir.

Dava finansörleri, dava finansörü ile talep sahipleri arasında çıkar çatışmalarını önlemek için içsel iyi yönetim süreçleri oluşturmmalıdır.

Dava finansörleri, hiçbir durumda talep sahiplerinin aleyhine haksız, orantısız veya makul olmayan bir ödül talep etmemelidir. Mahkemeler veya idari otoriteler, üzerlerindeki davayla ilgili üçüncü taraf dava finansman anlaşmalarını etkili bir şekilde değerlendirmek ve bu Direktif ile ilgili olarak ve ilgili Birlik ve ulusal mevzuatla uyumlu olup olmadığını belirlemek için, anlaşmanın yapıldığı şartlar ve arka planı dikkate almalıdır.

Üçüncü kişi dava finansmanı anlaşmalarına göre dava finansörlerinin menfaat veya belirli ücretlerin, menfaatin herhangi bir miktarının lehine öncelikli olarak alınmasına izin verildiğinde, mevcut menfaat, talep sahipleri için azaltılacak kadar düşük olabilir. Bu nedenle, üçüncü taraf finansman anlaşmaları her zaman menfaatin öncelikle talep sahibine ödenmesini sağlamalıdır, yani talep sahibinin hakları finansörün haklarından önce gelmelidir.

Bazı üye devletlerde dava finansörleri tarafından alınan herhangi bir menfaatin, talep sahiplerinin elde ettikleri hakları azaltabileceği düşünüldüğünden, mahkemeler veya idari otoriteler, bu menfaatin değeri ve oranı üzerinde denetim yapmalıdır.

Ek koşulların getirilmesi, dava finansörlerinin davayla ilgili kararlarda, yani finansörün çıkarı aleyhine talep sahibine fayda sağlayacak şekilde, talep sahiplerinin kararlarını aşırı derecede etkilememesini sağlamak için önemlidir. Özellikle, dava finansörleri, davaların nasıl takip edileceği, hangi çıkarların öncelikli olduğu veya talep sahiplerinin belirli bir sonuç, menfaat veya uzlaşmayı kabul edip etmemeleri konusunda kararlar üzerinde aşırı derecede etki etmemelidir.

Dava finansörlerine, iş ilerledikçe finansmanlarını çekme izni verilmemelidir, bu nedenle finansman, dava finansörünün iş çıkarları veya teşvikleri değişse bile, davayla ilgili herhangi bir aşamada talep sahipleri veya niyetlenen hak sahiplerinin aleyhine çekilmemelidir.

Dava finansörleri, başarılı olmayan veya finanse edilen davaları desteklediye, davalıların uğradıkları zararlar için talep sahipleriyle birlikte sorumlu tutulmalıdır ve mahkemelere veya idari otoritelere, böyle bir yükümlülüğün etkinliğini sağlamak için gerekli yetkiler verilmelidir ve üçüncü kişi finansman anlaşmaları bu tür zararlar için sorumluluğu dışlamamalıdır.

Üye devlet mahkemeleri veya idari otoriteleri, ulusal hukuklarına uygun olarak herhangi bir zararlı maliyet ödülünü belirleme yetkisine sahip olmalıdır, bu da ilgili bilimsel, istatistiksel veya teknik delilleri veya durumun özelliklerine uygun olarak herhangi bir uzman, değerlemeci veya vergi muhasebecisine başvurmayı içerebilir.

Bu Direktif, özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi tarafından tanınan haklara ve prensiplere uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu kapsamda, etkili bir başvuru hakkı, adil bir yargılama hakkı ve savunma hakkı da dahil olmak üzere bu haklar ve prensipler çerçevesinde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Bu Direktifin amaçları, yani üye devletlerde dava finansörlerine ve faaliyetlerine uygulanan kuralların uyumlu hale getirilmesi ve böylece adalet erişimini sağlama amacıyla, üçüncü kişi finansman anlaşmaları tarafından tamamen veya kısmen finanse edilen davalarda finanse edilen talep sahiplerinin ve niyetlenen hak sahiplerinin haklarını korumak için ortak asgari standartlar getirilmesi, üye devletler tarafından yeterince gerçekleştirilememektedir. Bunun sebebi dava finansörlerinin birden fazla üye devlette faaliyet gösterebilmesi ve farklı ulusal kurallar ve uygulamalara tabi olabilmeleridir. Bu durum Birlik düzeyinde ortak bir düzenleme ile daha iyi gerçekleştirilecektir.

28 Eylül 2011 tarihli Üye Devletler ve Komisyon tarafından yapılan açıklayıcı belgelerle ilgili ortak politika deklarasyonu uyarınca, Üye Devletler, hiç hukuka aktarım önlemlerinin bildirimiyle ilgili olarak, bir Direktifin bileşenleri ile ulusal aktarım araçlarının karşılıklı ilişkisini açıklayan bir veya daha fazla belge ile bu önlemlerini uygun hallerde iletmeyi taahhüt etmişlerdir.

Ayrıca yürürlüğe girdiğinde AB yargı alanında dava finansmanı konusundaki en önemli düzenleme olmaya aday olan taslak direktif, aşağıdaki maddeleri de ihtiva etmektedir

Madde 1 - Konu ve Amaç: Bu maddede ticari üçüncü şahsı dava finansmanına uygulanacak asgari kuralların Direktif’te yer aldığı vurgulanmaktadır.

Madde 2 – Kapsam: Direktif sadece ticari olan üçüncü şahıs dava finansörlerine uygulanmaktadır.

Madde 3 – Tanımlar: Konu ile ilgili tanımlara yer verilmiştir. “Dava finansörü”, bir davaya ilişkin olarak üçüncü kişi finansman anlaşması yapmış olan herhangi bir ticari işletme olarak tanımlanmıştır. Bu işletmenin, davaya taraf olmadığı da açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, dava finansörlerini denetleyen bir denetim kurumundan da ayrıca bahsedilmiştir.

Madde 4 – Yetkilendirme Sistemi: Üçüncü şahıs dava finansmanı faaliyetlerinin yetkilendirme süreci anlatılmıştır.

Madde 5 – Yetkilendirme Şartları: Üçüncü şahıs dava finansmanı faaliyetlerinin yetkilendirme şartları anlatılmıştır.

Madde 6 – Sermaye Yeterliliği: Üçüncü dava finansörlerinin tüm yükümlülüklerini yerine getirmelerine olanak sağlayacak yeterli sermaye gücüne sahip olması gerekliliği ele alınmıştır.

Madde 7 – Güvene Dayalı Görev: Bu maddede, üçüncü kişi dava finansörlerinin güvene dayalı işlem yağan (bankalar ve diğer finansal kurumlara benzer bir şekilde) kurumlar olduğu vurgulanmıştır.

Madde 8 – Denetim Kurumlarının Yetkileri: Denetim kurumlarının yetkilerinden bahsedilmiştir.

Madde 9 – İncelemeler ve Şikayetler: Dava Finansörlerine karşı inceleme ve şikayet süreci bu maddede ele alınmıştır.

Madde 10 – Denetim Kurumları arasında Koordinasyon: Üye devletlerin denetim kurumları arasındaki koordinasyon bu madde ile ele alınmıştır.

Madde 11 – Yetkinin Devri: İlgili şartların yerine getirilmesi yetkisi bu madde ile AB Komisyonu’na verilmiştir.

Madde 12 – Üçüncü Şahıs Finans Anlaşmaları: Üçüncü şahıs finans anlaşmalarının asgari içeriği burada belirlenmiştir.

Madde 13 – Şeffaflık Gereksinimleri ve Menfaat Çatışmasından Kaçınma: Dava finansörlerinin menfaat çatışmalarını önleyici politikalar izlemeleri ve şeffaflık konuları bu maddede işlenmiştir.

Madde 14 – Geçersiz Anlaşmalar ve Maddeler: Yetkilendirilmemiş dava finansörleri tarafından imzalanan sözleşmelerin geçersizliği anlatılmıştır.

Madde 15 – Finans Anlaşmalarının Feshi: Anlaşmanın feshi konuları bu madde ile işlenmiş, özellikle dava finansörünün tek başına fesih yapamayacağı hususu vurgulanmıştır.

Madde 16 – Dava Finansmanı Anlaşmasının İfşası: Dava Finansmanı anlaşmasından mahkemelerin haberdar edilmesi zorunluluğu açıklanmıştır.

Madde 17 – Dava Finansmanı Sözleşmelerinin Mahkemeler ve İdari Makamlar tarafından İncelenmesi: Üye devletler sözleşmelerin incelenmesi için yetkili kurumlar oluşturmalıdır.

Madde 18 – Masraflardan Sorumluluk: Üye devletler, mahkemelerin, dava finansörleri aleyhine masraf ödeme kararı verebilmesini temin etmelidirler.

Madde 19 – Yaptırımlar: Direktifin uygulanması ile ilgili yaptırımlar bu maddede belirtilmiştir.

Madde 20 – İnceleme: Direktif ile ilgili AB makamlarının yükümlülüklerinden bahsedilmektedir.

Madde 21 – İç Hukuka Aktarım: Üye devletlerin, Direktifi iç hukuklarına uygulama yükümlülüğünden bahsedilmektedir.

