

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

DOKTORA TEZİ

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULE
İLİŞKİN KONULARDA İRADE SERBESTİSİ

İBRAHİM DOĞAN TAKAVUT
2502140228

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. FARUK KEREM GİRAY

İSTANBUL-2020

ÖZ

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULE İLİŞKİN KONULARDA İRADE SERBESTİSİ

İBRAHİM DOĞAN TAKAVUT

İrade serbestisi, özel hukuk işlem, ilişki ve düzenlemelerine konu olan en önemli hukuki ilkelerden biridir. Bir ticari sözleşmenin tarafları, sahip oldukları irade serbestisi kapsamında aralarındaki hukuki ilişkiyi şekillendirebilme hakkına sahiptirler. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlıklara ilişkin mahkemelerin yargılama yetkisini ortadan kaldırarak, alternatif bir çözüm yöntemi olan tahkim yargılamalarını seçme hakkına da yine irade serbestisi kapsamında sahiptirler. Tahkim yargılamalarında taraflar, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usuli hukuktan yargılamanın nasıl yürütülmesi gerektiğine dair birçok usuli konuda karar verebilmektedirler. Günümüzde gerek devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde gerekse de milletlerarası alanda yer alan tahkime ilişkin düzenlemelerde, taraflara irade serbestisi kapsamında tahkim yargılamasını kendi menfaatlerine uygun olarak şekillendirme imkânı tanınmaktadır.

Her ne kadar tarafların tahkim yargılamasında irade serbestisine sahip oldukları kabul edilmiş ve bu durum düzenlemelere tabi tutulmuşsa da irade serbestisinin tahkim yargılamalarında nasıl anlaşılması ve sınırlarının ne olması gerektiği karışık ve tartışmaya açık bir konudur. Örneğin milletlerarası ticari tahkimde tarafların hakem kurulunca uygulanacak usulü seçme özgürlüğü hem doktrinde hem de milletlerarası düzenlemelerde açıkça kabul edilmiştir. Fakat bu özgürlüğün sınırları çoğunlukla belirlenmemiştir. Tahkim yargılamalarında usuli tercihlerin, tahkim yargılamasını bir bütün olarak etkilediği ve yargılama sonucunda verilen kararı doğrudan etkilediği düşünüldüğünde, bu irade serbestisinin kapsamının dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiği fark edilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi amacıyla çalışmamız üç ana bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının ve irade serbestisinin kısa tanımı yapılacak ve tahkim yargılamalarında irade serbestisinin tarihsel gelişimi hakkında kısa bilgi verilecektir. Ardından, tahkim yargılamalarında irade serbestisinin kaynağı değerlendirilecektir. Bu değerlendirme kapsamında irade serbestisinin kaynağı ve tahkim yargılamalarının tabi olduğu *lex arbitri* kavramı açıklanacaktır. *Lex arbitrinin* tespiti için kullanılan tahkim yeri ve tarafların seçtikleri hukuka ilişkin teorilerin değerlendirilmesinin ardından neden tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği, yani *lex arbitrinin lex loci arbitri* olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilecektir. Bu bölümde son olarak farklı milletlerarası düzenlemeler ve devlet hukuklarında yer alan *lex arbitriye* ilişkin yaklaşımlar ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında tahkim yargılamalarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümde ise milletlerarası ticari tahkimde tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin, neden kısıtlanmasının gerektiğinin açıklanmasının ardından, usuli irade serbestisini kısıtlayan hukuki kaynaklar ve bu kaynaklarda yer alan kısıtlamaların ortak noktaları incelenecektir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli irade serbestilerinin kısıtlayan unsurlar, prensipler ve kurallar olarak ayrı başlıklarda değerlendirilecektir. Prensip, kamu düzeni ve *lex proceduralia* kavramları altında, adil yargılanmaya ilişkin genel kabul görmüş hükümlerdir. Bu hükümlere; tarafların eşit hakka sahip olmaları, hukuki dinlenilme hakkı, tarafsız ve bağımsız hakemlerce yargılanma hakkı örnek olarak gösterilebilecektir. Kurallar ise prensipler ile şekillenmiş emredici kurallar ve doğrudan uygulanan kurallardır. Milletlerarası tahkim yargılamalarında değerlendirilen yeknesak prensipler ve bu prensiplerin kuralları nasıl şekillendirdiklerinin incelenmesinin ardından; ikinci bölüm kapsamında son olarak, tahkim yargılamalarında usuli irade serbestisini kısıtlayan unsurlar arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflar değerlendirilecektir. Milletlerarası ticari tahkimde usuli irade serbestisini kısıtlayan unsurlar ve bu unsurlar arasında doğabilecek ihtilafların

incelenmesi ile milletlerarası usul hukuku alanında usuli irade serbestisinin kısıtlanmasına yönelik yeknesak kurallara ilişkin bir birlikteliğin olup olmadığı, bu birlikteliği ortak bir hukuka, yani bir *lex procedurali*aya evrilip evirilemeyeceği de bu bölümde değerlendirilecektir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümde ise milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında irade serbestisini kısıtlayan hususların, tarafların tercihlerini, hakemlerin tahkim yargılamalarını yürütmelerini ve mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerinde sahip oldukları etkiyi nasıl etkilediği ve bu kurumların irade serbestisini kısıtlayan hususları nasıl değerlendirmeleri gerektiği incelenecektir. Yani, kısıtlamaların tahkim yargılamalarındaki pratik yansımaları incelenecektir. Bu bölümde öncelikle tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapacakları anlaşma, anlaşmanın unsurları ve anlaşma kapsamında hangi tercihlerde bulunulabilecekleri incelenecektir. Ardından tarafların kurumsal tahkimi seçmeleri halinde irade serbestilerinin tahkim kurumları tarafından nasıl kısıtlanacağını açıklanmasının ardından *ad hoc* veya kurumsal tahkimde hakemlerin veya hakem kurumlarının tarafların tercihleri karşısında nasıl hareket etmeleri gerektiği farklı senaryolar dahilinde değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde son olarak tahkim yargılaması sırasında veya hakem kararları hakkında açılacak iptal ve tenfiz davalarında mahkemelerin, tarafların irade serbestilerinin kapsamı hakkında nasıl karar verebilecekleri veya ilgili değerlendirmeleri nasıl yapmaları gerektiği incelenecektir.

Sonuç olarak mevcut çalışmamızda tahkim yargılamalarında usuli konularda irade serbestisinin tanımı ve kapsamı incelenecektir. Tahkim yargılamalarının adil olmaları için getirilen kısıtlamaların tahkim yargılamasının etkili bir yargılama olmasını önlemeyecek şekilde nasıl yorumlanması gerektiğine dair çözüm önerileri çalışma kapsamında aranacaktır. Tahkim yargılamasının daha doğrusu tarafların irade serbestisinin adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile gereğinden fazla kısıtlanmaması için bu hususlar ve etkileri hakkında yeknesak bir yaklaşımın aranması çalışmamızın temel amacını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ticari Tahkim, Usul Hukuku, İrade Serbestisi



ABSTRACT

PARTY AUTONOMY IN PROCEDURAL ISSUES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

IBRAHIM DOGAN TAKAVUT

Party autonomy is a well-accepted doctrine codified by national, international and supranational organizations that enables parties to be able to not only shape their contract but also their dispute resolution methods. It is believed that parties know their best interests; therefore, it is reasonable to give parties the freedom to decide whom they contract with and on what terms. This maximizes the autonomous freedom of the parties. Therefore, today it is well accepted that parties could waive their right to go to court and choose arbitration instead.

However, through history, party autonomy has been seen as a direct threat to sovereign authority. States were always suspicious that arbitration hearings may not be as fair as court hearings since parties have the right to manipulate the arbitration processes. As a direct result of this, states regulated restrictions on party autonomy in international commercial arbitrations. Unfortunately, there is not an accepted definition of these restrictions and their effects on party autonomy have not been established or regulated internationally.

Since party autonomy is the backbone of international commercial arbitration, it is important to crystalize the restrictions on party autonomy in procedural issues which directly affects the wellbeing of the arbitration process. Well accepted international regulations such as the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards or UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration helped to establish a unified system of restrictions on party autonomy but every state and state's courts interpret these restrictions differently. As procedural issues affect the result of international

commercial arbitration, restrictions on party autonomy in procedural issues should be examined carefully.

It is not an exaggeration that in international commercial arbitration the real and complicated questions most of the time originate from the issues of the boundaries of party autonomy. The tension between the party autonomy and efficiency of an arbitration process affects every decision which can be made by parties, arbitrators or courts. Therefore, this dissertation will investigate these problems in three parts by outlining; the source of party autonomy, the restrictions of party autonomy and the applications of these restrictions to party autonomy in procedural issues in international commercial arbitration.

In the first part, the origin of party autonomy doctrine and how the doctrine developed throughout time will be examined. The law of arbitration, *lex arbitri* will be examined first. There are two accepted theories to determine *lex arbitri*. According to the territorialism theory, arbitration gets its power from the law of the place where the arbitration takes place. This theory suggests that the place where the arbitration takes place has control power over the procedure of arbitration. On the other hand, delocalization theory suggests that arbitral tribunals are detached from and not under the control of the law of the seat of arbitration. Although it looks like delocalization theory suits the needs of the international trade practice better because it assumes that arbitration is not in control of any law, it is still important to accept the power of the seat of arbitration since arbitration always needs a law to be controlled and get help. This section will also cover how different countries and international regulations determine *lex arbitri* and how it is determined in Turkish law according to the Turkish International Arbitration Law, Law no.4686.

In the second part, restrictive measures of party autonomy will be examined. It will start with why party autonomy in procedural issues is needed to be restricted. Then the source of these restrictions will be mentioned. Afterwards, the common notions of the restrictions will be examined under the concepts of principles and rules. Under principles, the public policy and the common due process issues such as

party equality, right to be heard, independence and impartiality of arbitrators will be examined in great detail. Then, mandatory rules which are based on these principles and their effect on party autonomy will be explained. The section will be closed with the examination of the circumstances where these principles and rules contradict each other. The main purpose of the second part is to look for commonly accepted problems of restrictions of party autonomy in procedural issues and how these common problems may evolve to a uniformed standard of the law, namely *lex proceduralia*.

In the third part, the application of restrictions on party autonomy will be examined. The application of restrictions has different effects on parties, arbitrators and courts. Parties' autonomy is restricted while they are preparing their agreement on procedural issues, arbitrators are restricted during the arbitration processes and courts are restricted while helping the arbitration or controlling the awards. Before the arbitration process is initiated, parties' autonomy to shape their agreement looks like it is almost unlimited. However, parties' autonomy is always restricted by their choices. This situation is called *the autonomy paradox*. Therefore, the question of what parties can decide before the arbitrators join the processes is of the utmost importance. When the process starts and arbitrators start working, they balance the choice of parties and the restrictions of party autonomy. Since it is accepted that arbitrators are bound by the parties' choice and their power comes from the agreement of parties, it should be questioned whether they need to execute every choice of parties even if the choice is against mandatory provisions of *lex arbitri* or general accepted due process norms. Last but not least, courts' role on determining the party autonomy will be questioned. The power of courts to intervene in the arbitral process determine the practical limits of the autonomy of parties. During the arbitration process, the court may intervene in the process to help or control the arbitration; but real control power comes from when one of the parties asks courts to set aside or enforce the arbitral awards. While courts examine the arbitral awards, they also indirectly decide the limits of party autonomy. Therefore, this section will examine, which restrictions will affect the fate of the arbitral awards and how the courts should evaluate these restrictions.

In conclusion, the dissertation will mainly investigate the topic of freedom of parties to determine the procedural issues in international commercial arbitration. It will aim to interpret and make use of the party autonomy doctrine as coherent as it can in the modern age. By illustrating the definition and limitations of the party autonomy in the procedural issues in international commercial arbitration, the dissertation will try to find a common international ground. This common ground may help to keep arbitration processes efficient while it provides fair hearings.

Keywords: International Arbitration Law, Procedure, Party Autonomy

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Ticari Tahkimde Usuli Konularda İrade Serbestisi” isimli bu çalışmamızda milletlerarası ticaret hukuku alanında tahkim anlaşmasının taraflarının usuli konularda sahip oldukları kabul edilen irade serbestisinin kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların usuli irade serbestisinin kapsamını belirleyen düzenlemeler arasında bir yeknesaklığın var olduğundan bahsedilebilecektir. Fakat bu yeknesaklığın milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında uyumsuzluğun esasına uygulanmak için gelişen *lex mercatoriaya* paralel, tahkim yargılamalarının usuli irade serbestisinin sınırlarını belirleyecek bir *lex proceduraliaya* dönüşüp dönüşmeyeceği bir kesinlik taşımamaktadır. Bu sorunun cevabının verilebilmesi için milletlerarası alanda irade serbestisinin kaynağı, irade serbestisini kısıtlayan unsurlar ve bu unsurların tahkim yargılamasının pratiğini nasıl etkilediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkan kimi uygulamaların *lex proceduralianın* ilk adımları olabileceğinden bahsedilebilecektir. Çalışmamız kapsamında da bu yeknesak hukuka katkı sağlanabilmesi için ilgili unsurlar değerlendirilecektir.

Doktora ders dönemimden itibaren benden desteğini hiç eksik etmeyen gerek ders aşamasında gerekse yeterlilik aşamasında her zaman yanımda olan danışmanım Doç. Dr. Faruk Kerem Giray’a minnetlerimi sunmak isterim. Sadece tezime yaptığı danışmanlık dolayısıyla değil iyi bir akademisyen olmam için gösterdiği yol ve harcadığı emek için daima minnettar olacağım.

Tez izleme komitesinde benden yardımlarını eksik etmeyen Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel ve akademik hayatımın her eşik döneminde yanımda olan Prof. Dr. Yusuf Çalışkan’a da teşekkürü bir borç bilirim.

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi kürsü arkadaşlarım Dr. Öğr. Üyesi İlyas Arslan, Ar. Gör. Ömür Karaağaç ve Ar. Gör. Irmak Dingaç'e ne zaman yardıma ihtiyacım olsa yanımda oldukları için teşekkür ederim.

Tez araştırması için kapılarını bana açan Max Planck Institute for Comparative And International Private Law Enstitüsüne ve enstitüsü personeline teşekkür ederim.

Tezin yazım sürecinin son aşamasında Covid-19 pandemisi sebebiyle yanlarında kaldığım ve bu süreci hem fiziksel hem de duygusal anlamda mümkün olan en rahat şekilde geçirmemi sağlayan, her şeyimi borçlu olduğum annem Sevil Takavut ve babam Erdoğan Takavut'a minnettarım. Kardeşlerim Adnan ve Merve Esen Takavut'a da bu süreçteki destekleri için teşekkür ederim.

Manevi desteğini hep yanımda hissettiğim teyzem Zehra Çiğdem Şenerman'a teşekkür ederim.

Tez hakkında ihtiyacım olan her anda ve bu süreçte karşılaştığım bütün sorunlarda yanımda olması sebebiyle kendimi şanslı hissettiğim LL.M. Rengin Çimşitoğlu'na teşekkür ederim.

Bütün doktora sürecimde her konuda yardımını eksik etmeyen Mina Ertem'e ne olursa olsun yanımda olduğu için minnettarım.

Hukuk lisansımın ilk gününden beri yanımda olan ve desteğini benden eksik etmeyen arkadaşım Dr. Dilara Yüzer Eltimur'a da çok teşekkür ederim.

Bu tezin yazım sürecinde dünyaya gelen yeğenim Kuzey Takavut'a

Alanya, 2020

İbrahim Doğan TAKAVUT

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	vi
ÖNSÖZ.....	x
TABLolar LİSTESİ.....	xix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xx
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN TANIMI VE KAYNAĞI

I. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRade SERBESTİSİNİN TANIMI VE TARİHÇESİ.....	13
A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Kısa Tanımı	13
1. Genel Bilgi	13
2. “Milletlerarası” Kavramı.....	14
3. “Ticari” Kavramı.....	21
4. “Tahkim” Kavramı.....	23
5. Tahkim Yargılamasında “Usuli Konu” Kavramı	25
6. “İrade Serbestisi” Kavramı	27
B. Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Serbestisinin Kısa Tarihçesi	30
II. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRade SERBESTİSİNİN KAYNAĞI	35
A. Genel Bilgi	35
B. Lex Arbitri Olarak Tahkim Yeri Hukukunun Dikkate Alınması	39
1. Genel Bilgi	39
2. Lex Arbitri Olarak Tahkim Yeri Hukukunun Uygulanma Sebepleri.....	42
3. Tahkim Yeri Kavramı	44

4. Tahkim Yerinin Taraflarca Belirlenmesi	46
5. Tahkim Yeri Hukukunun Kapsamı	55
C. Lex Arbitri Olarak Taraflarca Seçilen Hukukun Dikkate Alınması	58
1. Genel Bilgi	58
2. Lex Arbitri Olarak Taraflarca Seçilen Hukukun Uygulanma Sebepleri....	63
3. Lex Arbitrinin Taraflarca Seçimi	69
a) Taraflarca Seçilebilecek Hukuk/Kurallar	69
(1) Taraflarca Lex Arbitri Olarak Milli Bir Hukukun Seçimi.....	69
(2) Taraflarca Lex Arbitri Olarak Milli Hukuk Harici Kuralların Seçimi.....	70
b) Taraflarca Yapılacak Seçimin Şekli.....	72
4. Lex Arbitri Olarak Taraflarca Seçilen Hukukun Uygulanmasının Ortaya Çıkaracağı Problemler ve Eleştiriler	73
D. Milletlerarası Düzenlemelerde Lex Arbitrinin Tespiti.....	83
1. Milletlerarası Düzenlemelerde Lex Arbitri.....	83
a) 1923 Tarihli Cenevre Protokolü ve 1927 Tarihli Cenevre Konvansiyonu	83
b) 1958 Tarihli New York Anlaşması.....	84
c) 1961 Tarihli Cenevre Sözleşmesi	86
d) UNCITRAL Model Kanunu	89
2. Devletlerin Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri.....	90
a) Alman Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri....	90
b) Amerika Birleşik Devletleri Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri	92
c) Belçika Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri... 94	
d) Çin Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri.....	95
e) Fransız Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri... 97	
f) İngiliz Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri	99
g) İsviçre Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri..	101
3. Türk Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri	102
III. DEĞERLENDİRME.....	128

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANDIRILMA SEBEPLERİ VE KRİTERLERİ

I.	GENEL BİLGİ	133
II.	MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANDIRILMASININ SEBEPLERİ.....	136
A.	Adil Yargılanmaya İlişkin Asgari Usuli Garantilerin Sağlanması.....	136
B.	İcra Edilebilir Hakem Kararlarının Verilmesi.....	139
C.	Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Tahkim Yargılamasının Korunması	140
D.	Tahkim Yargılamasının Taraflarının Korunması.....	143
E.	Tahkim Yargılamasına Taraf Olmayanların Korunması.....	146
III.	MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİ SINIRLAYAN DÜZENLEMELER.....	147
A.	Genel Bilgi	147
B.	Milletlerarası Anlaşmalar	148
C.	Milletlerarası Kurumların Düzenlemeleri	152
D.	Milli Düzenlemeler	158
E.	Lex Proceduralia	160
IV.	MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANDIRILMA KRİTERLERİ	166
A.	Genel Bilgi	166
B.	Milletlerarası Ticari Tahkimde Usuli Konularda İrade Serbestisini Sınırlayan Prensipler	171
1.	Kamu Düzeni	171
a)	Kamu Düzeni Kavramının Tanımı	171

b)	Kamu Düzeni Kavramının Türleri	172
c)	Tahkim Yargılamalarında Kamu Düzeninin Uygulama Dayanağı.....	178
d)	Tahkim Yargılamalarında Kamu Düzeninin Yorumlanması.....	180
2.	Adil Yargılanma Hakkı	182
a)	Genel Bilgi	182
b)	Tarafların Eşit Hakka Sahip Olması	185
c)	Tarafların Hukuki Dinlenilme Hakkına Sahip Olması	193
d)	Hakemlerin Tarafsız ve Bağımsız Olması	202
e)	Yargılamanın Makul Sürede Gerçekleşmesi	220
3.	İnsan Haklarına İlişkin Temel İlkeler	224
4.	Dürüstlük Kuralı.....	237
5.	Usul Ekonomisi İlkesi	242
C.	Milletlerarası Ticari Tahkimde Usuli Konularda İrade Serbestisini Sınırlayan Kurallar	246
1.	Emredici Kurallar	246
2.	Doğrudan Uygulanan Kurallar	251
V.	MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİ SINIRLAYAN KRİTERLERE İLİŞKİN İHTİLAFLAR	260
VI.	DEĞERLENDİRME.....	270

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

I.	GENEL BİLGİ	274
II.	İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ TARAFLARCA BELİRLENMESİ	277
A.	Genel Bilgi	277
B.	Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşma	279
C.	Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşmanın Unsurları.....	280

1. Usule İlişkin Anlaşmanın Taraflarına İlişkin Hususlar.....	280
2. Usule İlişkin Anlaşmanın Şekli ve Maddi Geçerliliğine İlişkin Hususlar	288
3. Usule İlişkin Anlaşmada İrade Beyanlarına İlişkin Hususlar	290
D. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşma Kapsamında Yapılabilecek Tercihler	298
1. Genel Bilgi	298
2. Ad hoc veya Kurumsal Tahkim Tercihi.....	299
3. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk Tercihi Yapılmaması	301
4. Lex Arbitri Tercihi	301
5. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk Tercihi	311
6. Özel Usul Tercihi	314
7. Hem Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk Hem Özel Usul Tercihi.....	315
E. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşmanın İçeriği	318
1. Genel Bilgi	318
2. Tahkim Yargılamasının Yürütülmesine İlişkin Hususlar	320
3. Hakem Kararının Denetlenmesine İlişkin Hususlar.....	326
a) Genel Bilgi.....	326
b) Tarafların İptal Davalarına İlişkin Tercihleri.....	328
(1) Genel Bilgi.....	328
(2) Tarafların İptal Davası Açma Hakkına İlişkin Tercihleri.....	331
(3) Tarafların İptal Davasında Değerlendirilecek Kriterlere İlişkin Tercihleri	349
c) Tarafların Tanıma Tenfiz Davalarına İlişkin Tercihleri	360
F. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşmanın Yapılma Zamanı.....	363
III. İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ TAHKİM KURUMU VEYA HAKEM KURULU TARAFINDAN BELİRLENMESİ	368
A. Genel Bilgi	368
B. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Kurumu Tarafından Belirlenmesi.....	370

C. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kurulu Tarafından Belirlenmesi.....	382
1. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Yargılaması Başında Hakem Kurulu Tarafından Belirlenmesi.....	382
2. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Yargılaması Devam Ederken Hakem Kurulu Tarafından Belirlenmesi.....	387
a) Genel Bilgi.....	387
b) İrade Serbestisinin Kapsamının Belirlenmesinde Hakem Kurulunun Yetkileri.....	390
c) İrade Serbestisinin Kapsamının Belirlenmesinde Hakem Kurulunun Taraf Tercihleri Hakkında Verebilecekleri Kararlar	394
(1) Hakemlerin Tarafların Tercihleri İle Yargılamaya Devam Etmesi.....	394
(2) Hakemlerin Tarafların Tercihleri Aksine Yargılamaya Devam Etmesi.....	395
(a) Tarafların Tercihlerinin Belirlenen Hukuk Dahilinde Olması.....	395
(b) Tarafların Tercihlerinin Belirlenen Hukuka Aykırılık Teşkil Etmesi	397
(i) Tarafların Tercihlerinin Lex Proceduraliaya Aykırılık Teşkil Etmesi.....	397
(ii) Tarafların Tercihlerinin Emredici Kurallara Aykırılık Teşkil Etmesi.....	401
(3) Hakemlerin İstifa Etmesi	405
IV. İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ MAHKEME TARAFINDAN BELİRLENMESİ	407
A. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Yargılaması Başında veya Devam Ederken Mahkeme Tarafından Belirlenmesi	407
B. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kararı Verildikten Sonra Mahkeme Tarafından Belirlenmesi	422
1. Genel Bilgi	422

2. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kararı Verildikten Sonra	
Mahkemelerce Belirlenmesi Sırasında Dikkate Alınacak Kriterler.....	424
a) Genel Bilgi.....	424
b) Hakem Kararının Adil Yargılanma Hakkına Aykırılık	
Teşkil Etmemesi	428
c) Hakem Kararının Hakemlerin Yetkileri Dahilinde Verilmesi.....	433
d) Hakem Kararının Tarafların İradelerine Uygun Olarak Verilmesi.....	436
e) Hakem Kararının Tenfiz Edilebilmesi İçin İptal Edilmemiş Olması..	446
f) Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılık Teşkil Etmemesi.....	458
(1) Kamu Düzenine Aykırılık Hakkında Değerlendirilecek	
Hukuk	458
(2) Adil Yargılanma Hakkına Aykırılık ve Kamu Düzenine	
Aykırılık Farkı	466
3. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kararı Verildikten Sonra	
Mahkemelerce Belirlenmesi Sırasında Dikkat Edilecek Hususlar.....	473
a) Mahkemelerin İhlallere İlişkin Sahip Oldukları Takdir Hakkı.....	473
b) Mahkemelerin İhlallerin Ağırlığına İlişkin Yapacakları	
Değerlendirme	480
c) Mahkemelerce Taraflarca Bilinen İhlallerin Daha Önce İleri	
Sürülmüş Olmasının Aranması	489
V. DEĞERLENDİRME.....	497
SONUÇ.....	502
KAYNAKÇA	540
KARARLAR.....	576
ÖZGEÇMİŞ.....	589

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1.1:.....	123
Tablo 2.1:.....	263



KISALTMALAR LİSTESİ

AAA	: American Arbitration Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ALI	: American Law Institute
ASA	: Swiss Arbitration Association
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
bs.	: Basım
C.	: Cilt
CAS	: Court of Arbitration for Sport
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission
CJB.	: Belgian Judicial Code
dn.	: Dipnot
DÖHK	: Devletler Özel Hukuku Kanunu
FAA	: Federal Arbitration Act
FOSFA	: Federation of Oils, Seeds and Fats Associations
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICDR	: International Centre for Dispute Resolution
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment

	Disputes
ILA	: The International Law Association
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İBK	: İctihadı Birleştirme Büyük Kurulu
İHK	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi
K.	: Karar
LCIA	: The London Court of International Arbitration
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
No	: Numara
p.	: Paragraf
PCA	: Permanent Court of Arbitration
PIL	: Private International Law
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SIAC	: Singapore International Arbitration Centre
No.	: Numara
T.	: Tarih
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
USA	: United States of America
WTO	: World Trade Organization
v.	: Versus
vb.	: Ve Benzeri

vol.	: Volume
vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
ZPO	: Zivilprozessordnung (Medeni Usul Kanunu)



GİRİŞ

Sanayi devriminden günümüze hayatın her alanında var olan hızlı değişim, milletlerarası ticaret hayatında da kendini göstermektedir. Ticaret hayatı hızlı bir şekilde küreselleşmekte ve bu küreselleşme, daha serbest ve daha yeknesak düzenlemelere ihtiyacın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Değişen ticaret hayatında, problemlerin ve problemlerin çözümü için aranan uyumsuzluk çözüm yollarının da hızlı bir şekilde değiştiği izlenmektedir. Özellikle milletlerarası ticaret hayatındaki uyumsuzlukların çözümü için mahkeme yargısının, günümüz ihtiyaçlarına uygun olarak kendini hızla güncelleyememesi, alternatif çözüm yollarının oluşmasına ve oluşan yolların da hızla değişmesine sebep olmaktadır. Milletlerarası ticaret hayatında en çok kullanılan çözüm yollarından biri olan milletlerarası ticari tahkim yargılamaları da ticaret hayatında yer alan ihtiyaç ve değişime kendini uydurmaya çalışmakta ve fakat ne kadar başarılı olduğu veya olacağı tartışılmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının işleyişine son zamanlarda birçok eleştiri getirilmeye başlanmıştır. Örneğin, milletlerarası ticari tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasına tercih edilmesindeki en temel sebeplerden biri olarak gösterilen tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasına göre hızlı olduğu sebebi, gün geçtikçe tartışılır hale gelmiştir. Özellikle tahkim yargılamasının usulüne ilişkin; tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan ve yargılamaya müdahale eden düzenlemeler, gerek devletlerin gerekse uluslararası organizasyonların getirdiği formaliteler, tahkim yargılamasının uzun ve masraflı bir yol olmasına sebep olmaktadır. Bu gelişmeler, tahkim yargılamasına karşı olan güvenin sarsılmasına ve yeni arayışların ortaya çıkmasına da sebep olmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasına ilişkin hususların, günümüz ticaret hayatında yer alan ihtiyaçlara uygun olarak düzenlenmesi ve tahkim yargılamasına ilişkin yapılan eleştirilere yönelik değişikliklerin yapılması, tahkim yargılamalarının temeli ve tahkim yargılamasının tercih edilmesinin esaslı sebebi olan irade

serbestisinin, tam ve etkili bir şekilde uygulanabilmesi ve var olan düzenlemeler karşısında aşırı kısıtlanmaması ile sağlanabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının belkemiğini oluşturan irade serbestisi ile taraflar, uyuşmazlıklarının mahkeme yargılaması yerine hakem kurullarınca karar verilmesine yetki verebilmekte; hakem kurulunca uygulanacak prosedürden, uygulanacak hukuka kadar tahkim yargılamasının bütün unsurlarına ilişkin tercihlerde bulunabilmektedirler. Tarafların sahip oldukları irade serbestisinin, oldukça kapsamlı olduğunu söylemekte bir sakınca yoktur. Günümüzde taraflar, milletlerarası ticaret hayatında karşılaştıkları problemlere ilişkin ihtiyaç duydukları hızlı sonuçlara, irade serbestisinin kendilerine tanıdığı imkânlar dahilinde ulaşmaktadırlar.

İrade serbestisi ilkesi, milletlerarası ticaret hayatında ortaya çıkan ihtiyaçlara uygun olarak tarafların uyuşmazlıklarının daha hızlı, daha pratik çözümünü sağlasa da bu serbestinin kontrolsüz olması, gerek tarafların ilişkilerinde gerekse de devletlerin kamu düzeni üzerinde önemli sorunlar ortaya çıkartabilmektedir. Özellikle ticaret hayatın iyi düzenlenmediği ve ticari olarak gelişmekte olan ülkelerde, bu serbesti bir tarafın daha fazla sömürülmesine dahi sebebiyet verebilmektedir. Tarafların sahip oldukları bu serbestiyi kötüye kullanmaları halinde veya taraflar dürüstlük kurallarına uygun davranışlar dahi tahkim yargılamalarında karar verilen hususların devletlerin kamu düzenleri ile çatıştığı hallerde, irade serbestisi ile elde edilmeye çalışılan hukuki durum, istenmeyen ve tahkim kurumunun işleyişini engelleyen durumlara sebebiyet verebilmektedir.

İrade serbestisi ilkesinin, yönlendirilmeye çok açık olması sebebi ile devletler, irade serbestisine ve özellikle bu serbestinin borçlar ve usul hukuku alanındaki yansımalarına kendi kamu düzenlerini korumak amacıyla sınırlamalar getirmektedirler. Yani irade serbestisi, tahkim yargılamasının temelini teşkil etmekle birlikte, dolaylı olarak tahkim yargılamasının sınırlandırılmasının da sebebidir. Fakat gereğinden fazla sınırlama veya gereğinden fazla müdahale, tahkim yargılaması ile elde edilmeye çalışılan bağımsız ve etkili uyuşmazlık çözüm yöntemine zarar

vermektedir. Bu sebeple irade serbestisi ve sınırlaması arasındaki dengenin iyi değerlendirilmesi ve analiz edilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar milletlerarası ticari tahkimde, bir tarafın diğerini hukuka aykırı olarak yönlendirmesinin zor olduğu veya her iki tarafın da tacir olduğu bir hukuki ilişkide, tarafların uyuşmazlık hakkında kendi çıkarlarını koruyacak kararlar verebileceği söylenilebilecekse de milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında irade serbestisine ilişkin unsurlara, özellikle usuli konularda müdahale edilmesi gerekebilmektedir. Özellikle, en çok kabul gören ve temel insan haklarından biri olduğu kabul edilen “*adil yargılanma hakkı*”na ilişkin standartların korunabilmesi için devletlerin, tahkim yargılamaları hakkında düzenleme yapmaları ve sınırlamalar getirmeleri gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının esasına ve usulüne ilişkin hususlarda karar verebilmek üzere irade serbestisine sahiptirler. Tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestilerinin kapsamı hakkında yapılan düzenleme ve sınırlamalar, çoğu zaman karmaşık ve tahkim yargılamasının işlerliğini etkileyen bir hal almaktadır. Örneğin, tahkim yargılamasında hakemlerin, tarafların iradeleri yönünde hareket etme yükümlülükleri vardır. Fakat tarafların usule ilişkin anlaşmaları herhangi bir devletin kamu düzenine aykırılık teşkil ederse, hakem kararın tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu durumda hakemlerin, tarafların iradelerine uygun hareket etme yükümlülükleri ile icra edilebilir bir karar verme yükümlülükleri birbirleriyle çatışmaktadır. Bu ve buna benzer çatışmalar, tahkim yargılamalarının yürütülmesinde sorunlar çıkarmakta, tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin etkin bir şekilde kullanılamamasına sebebiyet vermektedir. Bu sebeple tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında sahip oldukları usuli irade serbestilerinin dikkatle değerlendirilmesi, tarafların usule ilişkin irade serbestilerini etkili bir şekilde kullanabilmeleri ve tarafların tercihlerine uygun tahkim yargılamalarının yürütülebilmesi için gereklidir.

Tahkim yargılamasında usule ilişkin konuların bütün dünyada yeknesak bir hale gelmesi, günümüzde milletlerarası ticari tahkim yargılarının usulü hakkında ortaya çıkabilen birçok sorunu giderecek bir çözümdür. Bu sayede, devletlerin tahkim yargılamasında irade serbestisine ilişkin sınırlandırıcı yaklaşımının hafifleyeceğini söylemek dahi mümkündür. Zaten günümüz düzenlemelerine bakıldığında, milletlerarası tahkim alanında usul hukukuna ilişkin kimi hususların yeknesak bir düzenlemeye tabi tutulmaya çalışıldığı görülecektir. Bu duruma en iyi örnek olarak, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşması'nın (New York Anlaşması) verilebilecektir¹. Anlaşma özellikle Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukuk sistemleri arasında yer alan farklılıkları ortadan kaldırmak suretiyle ortak bir düzen elde edilmesi için uğraşmaktadır. Sözleşmeye taraf olan ülkelerin sayısı ve bu ülkelerin farklı hukuk sistemlerinden geliyor oluşları, özellikle milletlerarası tahkim hukuku alanında usuli konularda bir yeknesaklaşmaya ne kadar ihtiyaç olduğunun da göstergesidir.

Zaten çalışmamızın ortaya çıkmasında ana sebeplerden biri ve hatta en önemli nedeni olarak, tahkim yeri hukukları arasında emredici kurallar arasında bir yeknesaklığın olmayışı ve bu durumun tahkim yargılamasının usulü üzerinde ortaya çıkardığı problemler gösterilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları, tahkim yargılamasının taraflarına yabancı unsurlar içeren bir yargılama yöntemidir. Farklı hukuki eğitimden ve hukuki sistemlerden gelen taraflar, ortak bir noktada, sıkıntısız bir uyuşmazlık çözüm yöntemi elde etmeye çalışmaktadırlar. Bu sebeple ortak noktaların bulunması ve bu noktaların geliştirilmesi, tahkim yargılamasının daha etkin olarak kullanılabilmesini sağlayacaktır. Zaten son dönemde yapılan milletlerarası düzenlemelere bakıldığında daha çok kural ve sınırlama koymak yerine, irade serbestisine daha çok ağırlık vererek ortak bir hukuki temel arandığı görülmektedir. Bu sebeplerle, gerek bu düzenlemeler içinde yer alan kısıtlamaların gerekse de devletlerin bu düzenlemelerin

¹ Anlaşma, bir hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddine sebep olabilecek usul hukukuna ilişkin hususları özellikle düzenlemek suretiyle, usule ilişkin konularda genel bir çerçeve çizmek yerine özel kurallar koyma yöntemini seçmiştir. Bu yöntem sayesinde, belirlenen kurallara ilişkin devletler arasında yeknesak bir uygulama elde edilmeye çalışıldığı söylenebilecektir.

uygulanması hakkında verdikleri kararların ortak noktalarının değerlendirilerek yeknesak bir yaklaşıma ulaşılması çalışmamızın da ana gayesini oluşturmaktadır. Bu amaçla, milletlerarası tahkim yargılamalarının daha etkili ve taraf iradelerine uygun olarak işleyebilmesi için tarafların usuli konularda hangi haklara sahip oldukları, bu hakların kaynakları ve bu haklar üzerindeki kısıtlamalar çalışmamız kapsamında ayrıntılı olarak incelenecektir. Elde edilmeye çalışılan yeknesak sistem, tahkim yargılaması sırasında hem taraflara, hem hakemlere hem de hakem kararı hakkında herhangi bir dava açıldığında hakimlere yardımcı olacaktır.

Milletlerarası ticari tahkimde usuli konularda tarafların sahip oldukları irade serbestisine ilişkin sorunlarının neler olduğu hakkında bir sınıflandırma yapmaya çalışırken Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.05.1999 tarihli 15-235/273 sayılı kararı ile karşılaştık. Karara konu uyuşmazlık, tarafların tahkim yargılaması hakkında yaptıkları usuli bir tercihin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkindir². Her ne kadar hakem kararına konu olan uyuşmazlık hakkında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanun’unda (MTK)³ sonradan bir düzenleme getirilmiş olsa da karar ve karşı oy yazısında yer alan unsurlar, çalışmamız hakkında birçok soru işaretine dikkat çekmektedir⁴. Bu sebeple, ilgili kararı okurken aklımızda oluşan sorulara yer vermenin, çalışmanın kapsamının belirlenmesi hakkında yardımcı olacağını düşünmekteyiz. Bu sorular, aynı zamanda, tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisine ilişkin problemlerin, hakemlerin ve hakimlerin karşılıklarına nasıl çıktıklarına ilişkin de fikir vermektedirler.

“ (...) (... Davacı vekili dava dilekçesinde, taraflar arasında 26.11.1976 tarihinde yapılan sözleşme ile müvekkilinin davalıya karşı Soma Termik Santral yapımı üstlendiğini, bilahare uyuşmazlık çıkması üzerine, Sözleşmenin 35. Maddesi uyarınca tahkim koşulu olduğundan –“**Tahkim yargılamalarında uygulanacak usule, irade serbestisi kapsamında kim veya kimler karar verebilir?**”- Milletlerarası Ticaret Odası’nın tahkim kurallarına göre oluşturulan hakem

² Karar için bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. bs., İstanbul, Vedat, 2016 (**Milletlerarası Tahkim**), s.519 dn.101.

³ RG 05.07.2001/24453.

⁴ MTK madde 12(C): “...Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul hukuku kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukuk hükümlerinin seçilmiş olduğu anlamına gelir” diyerek, Yargıtay Hukuk Genel kurulu kararının aksine taraflarca yapılan hukuk seçiminin, seçilen hukukun kanun ihtilafı kurallarını ve usul hukuku kurallarını kapsamayacağını düzenlemiştir.

kurulunun verdiği –“**Tahkim anlaşmaları ile tahkim yargulamasının, milletlerarası bir kurum tarafından veya sadece hakemlerce yürütülmesi konusunda karar verilebilir mi? Bu iki tahkim yargulamasında tarafların usuli irade serbestileri hakkında ne gibi bir farklılık bulunmaktadır?**”- kararın yabancı hakem kararı niteliğinde olduğu –“**Hangi hakem kararları yabancı hakem kararı niteliğindedir? Hakem kararının yabancı hakem kararı niteliği taşımasının veya taşınamasının tarafların sahip oldukları irade serbestisinin üzerindeki hukuki sonuçları nedir?**”- ve Zürih Kanton Yüksek Mahkemesince tenfiz kabiliyetini haiz olduğunun tasdik edildiğini, New York Sözleşmesi’ndeki yabancı hakem kararının tenfizi için gerekli koşulların oluştuğunu belirterek, –“**Bir yabancı hakem kararının tenfizi için gerekli koşullar nelerdir?**”- 31.1.1994 tarihli yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevabında, hakem kararının yabancı hakem kararı niteliği taşımadığını, sözleşmede hangi devletin usul kanuna –“**Taraflar tahkim yargulamasının usulüne uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler mi? Bu seçim hangi unsurlar ile kısıtlanmaktadır? Örneğin, tarafların anlaşmalarında, tahkim yargulamasının usulüne uygulanacak hukukun illa bir devlet düzenlemesi olması gerekir mi?**”- tabi olacağının açıkça belirtilmediğini –“**Taraflar anlaşmalarında, tahkim yargulamasının usulüne uygulanacak hukuka ilişkin iradelerini nasıl ortaya koymalıdır?**”- “yürürlükteki Türk Kanunları” ibaresinin Türk Maddi ve Usul Kanunlarını kapsadığını, –“**Tarafların tahkim anlaşmasında tahkim yargulamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerin yorumu nasıl yapılmalıdır?**”- hakem mahkemesinin Türk Usul Hukukuna ilişkin kanunları uygulamak suretiyle karar vermeleri gerekirken, –“**Hakemlerin tahkim yargulamalarını tarafların tercihleri doğrultusunda yürütme yetki ve yükümlülüklerinin kaynağı nedir?**”- İsviçre Usul Hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları –“**Hakemlerin tarafların tercihlerine aykırı olarak hareket etme yetki veya yükümlülükleri var mıdır? Tarafların tercihlerine aykırı hareket etmenin hakem kararı üzerindeki etkisi nedir?**”- bunun da HUMK’un 45/8. maddesine aykırı bulunduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemeye tenfizi talep edilen hakem kararının yabancı hakem kararı olduğu ve New York Sözleşmesi’nin uygulanması gerektiği taraflar arasındaki sözleşmenin 35/3. maddesince hakem heyetinin kararlarında bu sözleşme hükümleri ile yürürlükteki Türk Kanunlarını esas alacağının öngördüğü “Türk Kanunları” tabirinin maddi hukuk kurallarını kapsadığını, uygulanacak usul hukuku kuralları bakımından bir açıklık bulunmadığından yabancı usul hukukunun uygulanmış olmasının tek başına Türk kamu düzenine aykırılık da teşkil etmeyeceği –“**Tarafların tahkim yargulamasının usulüne uygulanmasına ilişkin yaptıkları tercihlerin sınırları nelerdir? Bu sınırlara uyulmamasının sonuçları nelerdir?**”- ve New York Sözleşmesi’nde öngörülen koşulların oluştuğu gerekçesiyle hakem kararının tenfizine karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. (Karar),

Taraflar arasındaki uyuşmazlık yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 35. maddesinin 1. paragrafında “Bu sözleşme uygulamasından dolayı taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıklar, üç kişilik bir Hakem Heyeti tarafından çözümlenir”. 2. paragrafında “Hakem Heyeti, Uluslararası Ticaret Odasının uzlaştırma ve Hakem kurulları gereğince kurulur”. –“**Tarafların tahkimin usulüne ilişkin atıf yapmış olduğu uluslararası kurumların kuralları, herhangi bir kısıtlamaya tabi midir?**”- 3. Paragrafında da “Hakem Heyeti kararlarında bu sözleşme hükümleri ile yürürlükteki Türk Kanunlarını esas alacaktır” ve son paragrafında ise “Tahkim usulüne müracaat edildiği takdirde yer olarak İsviçre, Zürih seçilecek, –“**Tahkim anlaşmasında, taraflarca bir tahkim yeri**

belirlenmesine gerek var mıdır? Tahkim yeri belirlemenin hukuki sonuçları nelerdir? Taraflarca tahkim yeri belirlenmeden tahkim yargılaması yürütülebilir mi?”- tahkim raporlarında hakemlerce aksi kararlaştırılmadıkça lisan İngilizce olacaktır.” –**“Taraflar, tahkim yargılamasının tabi olacağı lisan, hakem sayısı gibi tahkim yargılamasının usulüne ilişkin unsurlara ilişkin hususi karar verebilirler mi? Bu hakkın kaynağı ve sınırları nelerdir?”**- denilmektedir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10.06.1958 tarihli New York Sözleşmesi, (...) V/I. D maddesine göre, hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun olması gerekir. Aksi hal, tanıma tenfiz isteminin reddine neden sayılır. Bu durumda sözleşmede hakemlerin uygulayacakları usul taraflarca kararlaştırılmış ise, hakemlerce buna aykırı olarak hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümleri uygulanamaz. –**“Tarafların tercihlerinin hakemliğin cereyan ettiği yer hukukuna aykırı hükümler içermesi halinde hakemler nasıl bir yol izleyeceklerdir?”**- Hakemlerce oy çokluğu ile tarafların tahkim usulüne uygulanacak hukuk konusunda farklı görüşlere sahip olduklarından tahkim yerinin Zürih-İsviçre olduğu ve tahkimin İsviçre Hukuk düzenine tabi olacağı kararlaştırılmıştır. –**“Tahkim yerinden hareketle, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olduğuna neden karar verilmiştir?”**- Ayrıca tarafların tahkim usulüne uygulanacak hukuku belirlemediklerinden hakem heyetinin İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunun 182 (2). maddesini esas almak suretiyle usule uygulanacak hukuku belirleyeceği ifade edilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin (...) 35. maddesinin 3. paragrafında hakem heyetinin kararlarında yürürlükteki Türk Kanunlarını esas alacağı vurgulanmaktadır. (...) sözü edilen “Yürürlükteki Türk Kanunları” ibaresinin usul kanunlarını da kapsayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. (...) Bir an için 35. maddenin 3. fıkrasında yürürlükteki Türk kanunlarının esas alınacağını sadece hakemlerin “kararları” için öngörüldüğü ileri sürülse bile; “kararlarındaki” ibaresi sadece “nihai karar” olarak sınırlandırılmaz. Bunun dışında yargılamanın yürütülebilmesi için hakemlerce verilen ara kararlarını da ihtiva edip, bu ibare yargılama aşamasını da kapsamakta; başka bir deyişle tüm yargılamayı da içeren bir kavram olarak kabul edilmektedir. –**“Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerinin içeriği ve kapsamı nedir? Bu içerik ve kapsam taraflarca veya hakemlerce tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında değiştirilebilir mi?”**- Yukarıda yapılan bu açıklamalar karşısında; taraflarca, usule uygulanacak hukuk kuralları da sözleşmede belirlendiği halde, hakem kurulunun bu belirlemenin sadece maddi hukuk kurallarını içerdiği ve usule ilişkin kurallar bakımından bir düzenleme yapılmadığından bahisle; usule uygulanacak kuralların Türk Usul Kanunları dışında belirlenmesi ve hakemlik prosedürüne aykırı olarak İsviçre Usul Kanunu hükümlerinin uygulanmasının New York Sözleşmesinin V/I-d maddesine aykırılık teşkil edeceğinden ve bu durum tanıma ve tenfiz isteminin reddini gerektirdiğinden, bunun için ayrıca kamu düzenin ihlal edilmiş olması koşulunun araştırılmasına da gerek bulunmamaktadır. –**“Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan koşullardan, yargılamanın tarafların anlaşmalarına göre yürütülmesi gerekliliği ile hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerektiğine ilişkin kriterler arasında nasıl bir fark vardır? Bu farkın hakem kararı ve tarafların irade serbestileri üzerindeki etkileri nelerdir?”**- Bu nedenle mahkemenin yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile yazılı olduğu şekilde davanın kabulü usul ve yasaya aykırıdır (...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü: **KARAR:** (...) Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak

gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

KARŞI OY YAZISI: (...) taraflar aksini açıkça kararlaştırmamış iseler (...) ve tahkim yapılacak yer de sözleşmede gösterilmiş ise, bağlama noktası ilkesi gereğince tarafların o yer usul hukuk kurallarının hakemlerce uygulanması gerektiği konusunda anlaşmalarının kabulü gerekir. Bir başka deyişle, tahkim şartı veya sözleşmesinde tahkimin yapılacağı yer belirlenmiş ise, aksi açıkça ve kesin bir şekilde kararlaştırılmamış olduğundan hakemlerce uygulanacak usul kuralları olarak o yer usul hukuku uygulanacaktır. –“**Tahkim anlaşmasında tarafların tahkim yerini belirlemeleri, neden belirlenen yer hukukunun usul hukuku kurallarının uygulanacağına dair bir tercih yaptıkları yönünde kabul edilmelidir?**”- (...) dava konusu tahkim şartındaki düzenleme tarzına gelince; bu düzenlemede uyuşmazlık halinde hakem heyetinin uluslararası bir örgüt olan Milletlerarası Ticaret Odasının (MTO) Uzlaştırma ve hakem kuralları gereğince kurulacağı belirlendikten sonra tahkim yerinin de İsviçre-Zürih olacağı açık bir şekilde kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, gerek MÖHUK gerekse New York Sözleşmesi'nin hükümleri uyarınca ilke olarak ve bağlama noktası bakımından tahkim yeri, tenfiz istenen ülkemiz bakımından yabancı bir ülke olan İsviçre olacağı kabul edildiğine nazaran, uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenmesinde o yer (ülke) usul hukuku hükümlerinin uygulanması asıldır. Bunun aksinin açıkça (sarahaten) kararlaştırılmış olması halinde yani, hakemlerce uygulanacak usul hukukunun bir başka ülkeye ait olacağı açık ve kesin bir biçimde belirtilmesi halinde İsviçre dışında kararlaştıran bir ülke usulü uygulanabilecektir. –“**Taraflarca belirlenen tahkim yeri kuralları haricinde, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk veya kuralların seçimi nasıl yapılacaktır? Taraflarca yapılacak tercih, tahkim yeri hukukundan bağımsız değerlendirilebilecek midir?**”- Bu durumda anılan tahkim şartında yer alan (yürürlükteki Türk Kanunları) ibaresinin, olayın özelliğinde, Türk Usul hükümlerini kastettiği şeklinde yorumlanması, gerek MÖHUK'un 45/g gerekse New York Sözleşmesi'nin V-1-d maddelerine aykırı bir yorum tarzı olacaktır. (...) Nitekim, davalı taraf da bu hakem kararını bir İsviçre hakem kararı olarak benimseyip, bu kararın hem usulden, hem de esastan bozulması için o ülkenin temyiz mercii olan Federal Mahkemeye başvurmuş bulunmaktadır. –“**Tarafların tahkim yeri mahkemesinde hakem kararına ilişkin iptal davası açıp, ardından tenfiz yeri mahkemesinde kararın yabancı hakem kararı olmadığını ileri sürmeleri dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmeli midir?**”- Sözü edilen yüksek mahkemece de hakem kararının bir İsviçre hakem kararı olarak kabul edilerek temyiz itirazları usul ve esastan 17.8.1994 tarihinde reddolunarak, karar onanmış ve bunun üzerine davacı tarafın başvurusu üzerine 14.11.1994 tarihinde İsviçre Zürih Kanton Mahkemesi'nce de karar kesinleştirilmiştir. –“**Tahkim yeri mahkemesinin hakem kararları hakkında verdiği kararların, tenfiz yeri mahkemesi üzerinde etkisi var mıdır?**”- Bütün bunlar karşısında, tarafımızdan benimsenmemekle beraber şayet yorum yolu ile hakem kararının hangi ülkenin usul hükümlerine tabi olacağı belirlenecek ise, (zira, Özel Daire yorum kurallarına gitme ihtiyacını hissederek, bu kuralları uygulamış bulunmaktadır.) (...), tarafların bir Türk hakem kararı oluşturulması konusunda anlaşmaları sonucuna varmak işin doğasına ters düşen bir sonucun kabulüdür. Zira, Özel Dairenin sözleşmedeki tahkim şartını yorumlara ve bozma şekline göre, tenfiz konusu karar Türk usul hükümlerinin uygulanacak verilmesi gereken bir Türk hakem kararı olması gerektiği yolundadır. – **Taraflar tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere bir yer hukuku belirlediklerinde, karar; o yer kararı haline mi gelir? -**

O halde, tüm yukarıda açıklanan hususlar ile gerek MÖHUK hükümlerine, gerekse New York Sözleşmesi'nin yabancı hakem kararları tenfizinde getirdikleri ilkeler ile güttükleri amaca ters düşen bir yorumla sonuca varan sayın çoğunluğun görüşüne katılma olanağı bulunamadığımızdan karşı oy kullanmış bulunuyoruz'.

Görüldüğü üzere karar ve karşı oy yazısı, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kaynağı, sınırlandırılması ve yorumlanması hakkında birçok tartışmayı ve soru işaretini içermektedir. Kararda yer alan sorular gruplandırıldığında, soruların üç başlık altında toplanabileceği söylenebilecektir.

Hangi hakem kararları yabancı hakem kararı niteliğindedir? Hakem kararının yabancı hakem kararı niteliği taşımasının veya taşınamamasının tarafların sahip oldukları irade serbestisinin üzerindeki hukuki sonuçları nedir? Taraflar tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere bir yer hukuku belirlediklerinde, karar; o yer kararı haline mi gelir? Tahkim anlaşmasında, taraflarca bir tahkim yeri belirlenmesine gerek var mıdır? Tahkim yeri belirlemenin hukuki sonuçları nelerdir? Taraflarca tahkim yeri belirlenmeden tahkim yargılaması yürütülebilir mi? Tahkim yerinden hareketle, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olduğuna neden karar verilmiştir? Tahkim anlaşmasında tarafların tahkim yerini belirlemeleri, neden belirlenen yer hukukunun usul hukuku kurallarının uygulanacağına dair bir tercih yaptıkları yönünde kabul edilmelidir? Bu sorular esas olarak tahkim yargılamasının hukuki niteliğini, tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kaynağını sorgulayan sorulardır. Bu soruların cevaplanması amaçlı çalışmamızın ilk bölümünde, tahkim yargılamalarının hukuki nitelikleri ve tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kaynağı değerlendirilecektir.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanmasına ilişkin yaptıkları tercihlerin sınırları nelerdir? Bu sınırlara uyulmamasının sonuçları nelerdir? Tarafların tahkimin usulüne ilişkin atıf yapmış olduğu uluslararası kurumların kuralları, herhangi bir kısıtlamaya tabi midir? Bu sorular ise tarafların tahkim yargılamasında sahip oldukları irade serbestisinin sınırları ve bu sınırlar arasındaki ilişkiyi sorgulamaktadır. Bu sorulara cevap vermek amacıyla ikinci bölümde tarafların irade serbestilerinin neden kısıtlanması gerektiği, irade serbestisini

kısıtlayan düzenlemeler, kısıtlamalar ile bu kısıtlamalar arasındaki ihtilaflar ayrıntılı olarak incelenecektir.

Üçüncü ve son bölüm kapsamında sorular, kendi içinde üç bölümde değerlendirilebilecektir. *Tahkim yargulamalarında uygulanacak usule, irade serbestisi kapsamında kim veya kimler karar verebilir? Taraflar anlaşmalarında, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuka ilişkin iradelerini nasıl ortaya koymalıdır? Tarafların tahkim anlaşmasında tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerin yorumu nasıl yapılmalıdır? Tahkim anlaşmaları ile tahkim yargılamasının, milletlerarası bir kurum tarafından veya sadece hakemlerce yürütülmesi konusunda karar verilebilir mi? Bu iki tahkim yargılamasında, tarafların usuli irade serbestileri hakkında ne gibi bir farklılık bulunmaktadır? Taraflar, tahkim yargılamasının tabi olacağı lisan, hakem sayısı gibi tahkim yargılamasının usulüne ilişkin unsurlara ilişkin hususi karar verebilirler mi? Bu hakkın kaynağı ve sınırları nelerdir? Taraflar tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler mi? Bu seçim hangi unsurlar ile kısıtlanmaktadır? Örneğin, tarafların anlaşmalarında, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukukun illa bir devlet düzenlemesi olması gerekir mi? Taraflarca belirlenen tahkim yeri kuralları haricinde, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk veya kuralların seçimi nasıl yapılacaktır? Taraflarca yapılacak tercih, tahkim yeri hukukundan bağımsız değerlendirilebilecek midir? Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerinin içeriği ve kapsamı nedir? Bu içerik ve kapsam taraflarca veya hakemlerce tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında değiştirilebilir mi?* Bu sorular temel olarak, tarafların sahip oldukları irade serbestilerini tahkim yargılamalarında nasıl kullanacaklarına ve tarafların tercihlerinin sınırlamalardan nasıl etkileneceğine ilişkindir. Bu amaçla üçüncü bölümün ilk kısmında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini nasıl yapabilecekleri ve tercihlerin içerik ve kapsamı değerlendirilecektir. *Hakemlerin tahkim yargılamalarını tarafların tercihleri doğrultusunda yürütme yetki ve yükümlülüklerinin kaynağı nedir? Tarafların tercihlerinin hakemliğin cereyan ettiği yer hukukuna aykırı hükümler içermesi halinde hakemler nasıl bir yol izleyeceklerdir? Hakemlerin*

tarafların tercihlerine aykırı olarak hareket etme yetki veya yükümlülükleri var mıdır? Tarafların tercihlerine aykırı hareket etmenin hakem kararı üzerindeki etkisi nedir? Bu sorular ise hakemlerin veya tahkim kurumlarının tarafların irade serbestileri ile yaptıkları tercihler üzerinde sahip oldukları etkiye ilişkindir. Üçüncü bölümün ikinci kısmında, hakem kurullarının ve tahkim kurumlarının tarafların usuli tercihleri hakkında verebilecekleri kararlar ve kısıtlamalar değerlendirilecektir. Bir yabancı hakem kararının tenfizi için gerekli koşullar nelerdir? Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan koşullardan, yargılamanın tarafların anlaşmalarına göre yürütülmesi gerekliliği ile hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerektiğine ilişkin kriterler arasında nasıl bir fark vardır? Bu farkın hakem kararı ve tarafların irade serbestileri üzerindeki etkileri nelerdir? Tahkim yeri mahkemesinin hakem kararları hakkında verdiği kararların, tenfiz yeri mahkemesi üzerinde etkisi var mıdır? Tarafların tahkim yeri mahkemesinde hakem kararına ilişkin iptal davası açıp, ardından tenfiz yeri mahkemesinde kararın yabancı hakem kararı olmadığını ileri sürmeleri, dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmeli midir? Son olarak bu sorular ise milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestileri hakkında mahkemelerin sahip olduğu etkiye ilişkindir. Mahkemelerin tahkim yargılamalarına ilişkin verdikleri kararlar, tarafların usuli irade serbestilerinin kapsamını belirleyen en önemli unsurdur. Bu sebeple çalışmanın son kısmında, tahkim yargılamasının her aşamasında tahkim yargılamasına yardım ve müdahaleleri ile mahkemelerin, tarafların irade serbestileri üzerine nasıl bir etkiye sahip oldukları değerlendirilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında çoğunlukla gizlilik kararı alınması sebebi ile her hakem kararına ulaşmak mümkün değildir. Fakat uluslararası kurumlarca yayınlanan hakem kararları ve tanıma tenfiz davalarına konu olan hakem kararları ile tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin uygulamada nasıl değerlendirildiği çalışma kapsamında incelenecektir.

Çalışmamızda milletlerarası ticari tahkimde tarafların usuli irade serbestilerine ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Bu sebeple bir tarafın devlet olduğu

milletlerarası yatırım tahkimine ilişkin uyuşmazlıklar çalışmamız dahilinde incelenmeyecektir. Ayrıca yine, bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözülemeyeceğine ilişkin tahkime elverişlilik konusu da doğrudan tahkim yargılamasının usulü ile alakalı olmaması sebebiyle çalışmamızın kapsamı dışındadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MİLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRDE SERBESTİSİNİN TANIMI VE KAYNAĞI

I. MİLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRDE SERBESTİSİNİN TANIMI VE TARİHÇESİ

A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Kısa Tanımı

1. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkimin veya milletlerarası ticari tahkimde irade serbestisinin, genel kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun başlıca sebebi, devletlerin ve uluslararası organizasyonların tahkimi, ticari tahkimi, milletlerarası tahkimi, milletlerarası ticari tahkimi ve tahkimde irade serbestisini farklı şekilde tanımlamaları ve düzenlemelere tabi tutmuş olmalarıdır. Bu konudaki genel tanımlarının yapılmıyor oluşu, kimi zaman tanımlarının yapılmalarının zor ve karmaşık oluşundan kimi zaman da konu hakkında düzenleme yapanların kendilerini kısıtlamak istememelerinden kaynaklanmaktadır.

Her ne kadar çalışmamız kapsamında amacımız bu unsurlar hakkında genel geçer bir tanım bulmak olmasa da gerek kimi kavramların çalışmanın ilerleyen aşamalarında daha rahat anlaşılabilmesi gerekse de irade serbestisinin kaynak ve kapsamının değerlendirilmesi açısından bu unsurların kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle sırasıyla milletlerarası, ticari, tahkim ve irade serbestisi tabirleri kısaca tanımlanacaktır. Ardından, tahkim yargılamasının ve özellikle tahkim yargılamasında irade serbestisinin nasıl bir tarihi gelişim gösterdiği, günümüzde irade serbestisine ilişkin kabul edilen görüşlerin hukuki ve sosyal olarak

nasıl bir süreçten geçtiğinin anlaşılması ve bugünden sonra nasıl bir gelişim gösterebileceğinin değerlendirilebilmesi amacıyla sınırlı kalarak incelenecektir.

2. “Milletlerarası” Kavramı

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasından bahsederken hangi yargılamaların ve kararların; *milli* (iç, yerel, domestik), *milletlerarası* (uluslararası) veya *yabancı* olduğu ayrımı önem taşımaktadır. Bu ayrım dahilinde devletler, tahkim yargılaması ve tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı üzerindeki hakimiyetlerine ve tarafların konu hakkındaki irade serbestilerine müdahale yetkilerine karar vermektedirler.

Esas olarak, bir tahkim yargılamasının veya bir hakem kararının milli, milletlerarası veya yabancı niteliğe sahip olup olmadığı, tabi olduğu düzenleme uyarınca bu nitelendirmeleri yapan makamlarca belirlenecektir⁵. Bu sebeple de uygulamada aynı hakem kararının, farklı mahkemelerce veya farklı durumlar için milli hakem kararı, milletlerarası hakem kararı veya yabancı hakem kararı olarak kabul edildiği haller bulunmaktadır⁶. Örneğin, Türk mahkemelerinin önüne gelen bir iptal veya tenfiz davasında hakem kararın niteliğinin tespiti için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁷ ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine bakılarak bir değerlendirme yapılacaktır (MTK)⁸.

Tahkim yargılamalarının niteliklerinin tespit edilmesinde; milli, milletlerarası ve yabancı tahkim olarak üçlü bir sistemin genel kabul gördüğünden bahsedilebilecektir. Bu ayrım kapsamında bir milli tahkim ve milli hakem kararı, yine yabancılık unsuru içeren ve milli tahkim düzenlemelerine tabi bir milletlerarası

⁵ Günseli Öztekin Gelgel, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Yenilikler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2003, s.1081-1093 (**Tahkim Kanunu**), s.1081.

⁶ William W. Park, “National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration”, **Tulane Law Review** vol.63, 1989, s.647-709 (**Procedural Integrity**), s.664; Hans Smit, “A-National Arbitration”, **Tulane Review**, vol.63, 1989, s.629-645 (**A-National**), s.634.

⁷ RG 04.02.2011/27836.

⁸ RG 05.07.2001/24453.

tahkim ve milletlerarası hakem kararı, son olarak da bir yabancı bir tahkim ve yabancı hakem kararı olduğu kabul edilmektedir.

Milli tahkim veya milli hakem kararı ile hiçbir yabancılık unsurunu içermeyen, belirli bir hukuk sistemi içinde sınırlı kalan tahkim yargılamaları veya kararları kastedilmektedir⁹. Nitekim 6100 sayılı HMK 407. maddesi uyarınca da Türk hukukunda milli tahkim veya milli hakem kararı olarak; yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlendiği tahkim yargılamaları ve hakem kararları ifade edilmektedir¹⁰.

Milletlerarası tahkim veya milletlerarası hakem kararı ile yabancılık unsuru taşıyan tahkim yargılamaları kastedilmektedir¹¹. Fakat, milletlerarası tabirinin yanıltıcı bir niteleme olduğu haklı olarak doktrinde savunulmaktadır¹². Milletlerarası tahkim olarak nitelendirilen yargılamalar veya kararlar aslında milli bir tahkim veya milli hakem kararıdır; sadece yabancılık unsuru içerdiklerinden farklı bir iç hukuki rejime tabidirler¹³. Örneğin, MTK hükümlerine tabi bir tahkim yargılaması

⁹ Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta, 2018 (**Usul**), s.266; Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 5. bs., Beta, 2016, s.4; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.41; Aysel Çelikel/Bahadır, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. bs., İstanbul, Beta, 2020, s.818; Smit, **A-National**, s.630; Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu Şit, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, S.2, 2002, s.819-837, s.821.

¹⁰ HMK 407. maddesi: "Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır".

¹¹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2016 (**Ticari Akitler**), s.303; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2019, s.646; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.818; Smit, **A-National**, s.630; Bilgehan Yeşilova, "Lex (Loci) Arbitri" ve "Tahkim Yeri" Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m.1/II)", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.2, S.1, 2013, s.99-163 (**Tahkim Yeri**), s.135; Milletlerarası tahkim ile birden fazla hukuk ile bağlantısı olan tahkim yargılamalarının kastedildiği de söylenmektedir. Rabi Koral, Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı", **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.19-30 (**Anlam**), s.25; Tanrıbilir/Şit, **a.g.e.**, s.820.

¹² Francis A. Mann, "The UNCITRAL Model Law-Lex Facit Arbitrum", **Arbitration International**, vol.2, S.3, 1986, s.241-261 (**Lex Facit Arbitrum**), s.244; Nomer, **Usul**, s.232.

¹³ Nomer, **Usul**, s.266; Georgios Petrochilos, **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s.4; Saim Üstündağ, "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.3-16, s.3 dn.1; Bilgehan Yeşilova, Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,

sonucunda verilen karar, Türk mili hakem kararıdır. Bu karar yabancı hakem kararı olarak nitelendirilemez¹⁴. Yine bu karar hakkında, yabancı hakem kararı olmadığı için, Türkiye’de icra edilebilmesi için tanıma tenfiz kararı verilmesine ihtiyaç yoktur.

Milletlerarası tahkim olarak adlandırılan tahkim yargılamalarının veya hakem kararlarının, yabancılık unsuru içeren milli tahkimler veya kararlar olduğu kabul edilirken; ilgili yabancılık unsuruna her devlet kendi düzenlemeleri dahilinde karar vermektedir. Tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlığın yabancılık niteliğini; taraflarının milliyetlerine, hakemlerin milliyetlerine, tahkim anlaşmasının imzalandığı yer hukukuna veya uyuşmazlık konusu ile alakalı maddi unsurlara göre belirleyen hukuki düzenlemeler bulunmaktadır¹⁵. Bununla birlikte yabancılık

C.IV, S.1, 2007, s.265-349 (**Lex Arbitri**), s.289; Gary Born, **International Commercial Arbitration**, 2. bs., Hollanda, Wolters Kluwer, 2014, s.1583; Cemal Şanlı, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu”, **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.169-185 (**Tahkim Yeri Hukuku**), s.175; Hatta milletlerarası tahkim yargılamalarının milli hukuklarda düzenlenmeleri sebebiyle özel bir milli tahkim türü olduğu da söylenmektedir. Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.334 dn.233.

¹⁴ MTK’ya tabi hakem kararları milli hakem kararları oldukları için “milletlerarası hakem kararı” kavramına da ihtiyaç kalmadığı doktrinde savunulmaktadır. Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.136.

¹⁵ Alan Redfern/Martin Hunter/Nigel, Blackaby/Constantine, Partasides, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. bs., Oxford University Press, 2015, s.8-9; Julian D. M. Lew/ Loukas A. Mistelis/ Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s.59; Rabi Koral, “Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkında Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XLII, S.1-4, 1977, s.155-199 (**Otorite**), s.181; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.810; Hatice Özdemir Kocasakal, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin, Ankara, 2006, s.343-368 (**Uygulama Alanı**), s.346 dn.9; Gözde Erkaya, **International Commercial Arbitration Procedural Matters “Autonomy Principle”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2007, s.3; Türkiye’de bir dönem hakemlerin milliyetlerinden hareketle hakem kararlarının niteliklerine karar verilmiştir. Fakat bu dönemde bütün hakem kararları milli hakem kararlarıymış gibi işlem gördüklerinden, yapılan nitelendirmenin pratik bir karşılığı olmamıştır. Turgut Kalpsüz, “Hakem Kararlarının Milliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, C.9 S.3, 1978, s.601-633 (**Milliyet**), s.611; Onur Ergöner, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: “Otorite Kanun Kriterinin Sonu”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.3, S.1, 2014, s.207-245, s.221; Örneğin, İsviçre hukukuna göre bir tahkim yargılamasının milletlerarası niteliğe sahip olabilmesi için taraflarından birinin ikametgahının veya yerleşim yerinin İsviçre dışında olması aranmaktadır. Yani İsviçre hukuku uyarınca tarafların aralarındaki ilişkinin niteliği değil, tarafların niteliği tahkim yargılamasının milletlerarası niteliğinin değerlendirilmesi için dikkate alınmaktadır. Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2. bs., İstanbul, Yetkin, 2010 (**Tahkim**), s.16; Pierre A. Karrer, “Switzerland”, **Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.826-885 (**Switzerland**), s.828; Musa Aygün, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu”, **Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.3, 2007, 661-695, s.676; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem**

unsurunun, taraflar arasındaki uyumsuzlığa sebep olan sözleşmenin ekonomik karakterinden hareketle tespit edildiği kimi devlet düzenlemeleri de (bkz. Fransız Usul Kanunu)¹⁶ bulunmaktadır¹⁷. Türk hukuku açısından MTK'da tahkimde milletlerarası niteliğin yabancılık unsuru ile kazanıldığı kabul edildikten sonra, hangi hallerin yabancılık unsuru teşkil ettiği Kanunun 2. maddesinde tek tek sayılmıştır¹⁸. Sayılan yabancılık unsurlarına bakıldığında, hem taraflara ilişkin hususların (tarafların yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri gibi hususların) hem de tarafların arasındaki uyumsuzluğun yabancılık niteliği içerip içermediğine ilişkin

Kararları ve Tenfizi, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994 (Tenfiz), s.9.

¹⁶ Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Editörler Emmanuel Gaillard, John Savage, Lahey, Boston, Kluwer Law, 1999, s.56; Fransız Usul Kanunun ilgili maddesi uyarınca bir tahkim anlaşmasının milletlerarası olması için milletlerarası ticarete ilişkin olması aranmıştır. Kanun maddesinin İngilizce çevirisi şu şekildedir: “(a)n arbitration agreement is international when international trade interests are at stake”. Nadia Ramzy Salama, **Nature, Extent, and Role of Parties’ Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements**, Manchester Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, s.75; Emmanuel Gaillard/ Coralie Darrigade, “France”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.450-502, s.452; Akıncı, **Tenfiz**, s.26; Konu hakkında Fransa Temyiz Mahkemesine konu olan bir uyumsuzlukta, Fransız şirket ile Amerikalı şirket arasında fıstık alımı üzerine bir anlaşma bulunmaktadır. Taraflar arasında çıkan uyumsuzluk sonucunda başlatılan, Belçika İthal Gıda Meslek Birliği (Belgian Food Import Professional Association) tarafından Belçika’da üç hakem ile yürütülen tahkim yargılamasında Amerikalı şirket lehine karar verilmiştir. Amerikalı taraf kararı Fransa’da tenfiz ettirmek istediğinde, Fransız taraf kararın iptali için Belçika mahkemelerinde dava açtığını, bu sebeple de tenfiz davasının ertelenmesi talep etmiştir. Mahkeme, Belçika hakem kararının “milletlerarası ticari ilişkilere” ilişkin olduğu ve “Belçika legal sistemi ile entegre olmadığı” gerekçeleriyle, kararın geçerliliğinin Belçika mahkemelerince verilecek iptal kararına bağlı olmadığına karar vermiştir. *Bargues Agro Industrie SA (France) v. Young Pecan Company (US)*, Court of Appeal, Paris, Fransa, 2003/09894, 10 Haziran 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXX, 2005, s.499-504, p.2.

¹⁷ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1986 (**Esasa Uygulanacak Hukuk**), s.29; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.814; Tanrıbilir/Şit, **a.g.e.**, s.820; Erkaya, **a.g.e.**, s.4; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.58; Tahkim yargılamalarının milletlerarası niteliğinin tespitinde tarafların arasındaki uyumsuzluğun ekonomik karakterinden hareket edildiği için Fransız taraflar arasındaki bir tahkim, milletlerarası olabileceği gibi tarafları Fransız olmayan ve yabancı hukukun uygulandığı bir yargılamanın da milletlerarası tahkim niteliğine sahip olmaması ihtimali bulunmaktadır. Petrochilos, **a.g.e.**, s.4 dn.10.

¹⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.653; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. bs., İstanbul, Beta, 2017 (**Devletler Hususi**), s.585; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.73; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.818; Nevhis Deren-Yıldırım, **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkım, 2004, s.18; Kanun kapsamında sayılan hususların yargılamaların milletlerarası özelliklerinin tespitinden öte MTK uygulama kapsamını belirleme amacı taşıdığı da söylenmektedir. Kalpsüz, **Tahkim**, s.19. MTK, yabancılık unsurunu ve tahkim yargılamalarının milletlerarası niteliğe sahip olmalarını “eş anlamda” kullanmıştır. Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 23, S.1-2, 2003, s.295-338 (**Değerlendirme**), s.302.

hususların değerlendirildiği görülmektedir¹⁹. MTK, her iki yöntemi de bir araya getirdiği bir sistem ile yabancılık unsurlarını belirlemektedir²⁰.

Yabancı tahkim veya yabancı hakem kararı ile de bütünüyle yabancı bir devlet veya hukuk ile ilgili olup, tenfizi veya iptali talep edilen ülke ile alakalı milli hiçbir unsur içermeyen tahkim yargılamaları ve hakem kararları kastedilmektedir²¹. Doktrinde, yabancı tahkim ile milletlerarası tahkim kavramlarının örtüştüğü de söylenmektedir²². Fakat bir hakem kararının yabancı hakem kararı olarak değerlendirilmesi için söz konusu hakem kararının, milli veya milletlerarası hakem kararı olarak kabul edilememesi gerekmektedir.

¹⁹ Doktrinde, tarafların arasındaki uyuşmazlık ile tahkim yargılamasının niteliklerinin birbirlerinden tamamen farklı olduğu ve bu sebeple tahkim yargılamalarının milletlerarası niteliği değerlendirilirken uyuşmazlığa ilişkin unsurlara bakılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir. Kalpsüz, **Tahkim**, s.3.

²⁰ 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Sözleşmesi I(1)(a) uyarınca da hem sübjektif kriterlerin hem de uyuşmazlığın ekonomik kriterinin milletlerarası nitelik taşıması gerekmektedir ki tahkim, milletlerarası tahkim olarak adlandırılabilir. Hüküm uyarınca “(i)şbu Sözleşme Hükümleri: a) Milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların halli için aktolunan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları ... hakkında uygulanır”; UNCITRAL Model Kanun 1(3) hükmü uyarınca da tahkim yargılamalarında milletlerarası niteliğe, tarafların veya uyuşmazlığın birden fazla hukuk ile alakalı olup olmadığının değerlendirildiği objektif kriterler ile karar verilmektedir. Ayrıca hüküm uyarınca taraflar, tahkimin milletlerarası niteliğine, aralarındaki uyuşmazlığın birden fazla hukuk ile ilgili olduğu konusunda anlaşarak da karar verebilmektedirler. Peter Binder, **International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, 4. bs., Kluwer Law International, 2019, s.37 vd.; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.61.

²¹ Turgut Kalpsüz, “Yabancı Hakem Kararı Kavramı”, **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.35-53 (**Yabancı Karar**), s.42; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.331; Smit, **A-National**, s.630; Doktrinde, tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının ancak milli veya yabancı olabileceği ileri sürülmüştür. Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.33; Bununla birlikte, yabancı hakem kararı ile hakem kararlarına milliyet atfedilmesinin aslında tahkim yargılamasının akdi niteliği ile örtüşmediği, milli-yabancı kriteri yerine milli-milletlerarası kavramlarının kullanılması gerektiği de doktrinde savunulmuştur. Koral, **Anlam.**, s.24; Akıncı, **Tenfiz**, s.37; Zaten “*Milletlerarası tahkim*” kavramının, “*yabancı tahkim*” kavramından ayrılmasında, hakem kararlarının bir milliyetinin olması gerekliliğinin ortadan kaldırılması ve tenfiz davalarında aranılan karşılıklılık ilkesinin aranmamasına olanak sağlanmasının amaçlandığı da söylenmiştir. Mahmut T. Birsal/Alı Cem Budak, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar (11 Nisan 1997)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s.171-262, s.207; Fakat yabancı tahkim veya hakem kararı kavramları, hem uygulamada hem de doktrinde kullanılan ve kullanılmaya devam edilen kavramlardır. 1958 tarihli New York Anlaşmasında “*yabancı*” tabirinin kullanılması da bir başarısızlık olarak görülse de kavram, günümüz doktrin ve uygulamasında varlığını sürdürmektedir. Jan Paulsson, **The Idea of Arbitration**, Oxford University Press, 2014 (**Idea**), s.175.

²² Park, **Procedural Integrity**, s.664.

Bu hususta özellikle vurgulanmalıdır ki; yabancı hakem kararları olarak ifade edilen hakem kararlarının, ülke içinde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için bir tanıma tenfiz kararına ihtiyaçları vardır. Oysaki; milletlerarası hakem kararları olarak ifade edilen kararlar, her ne kadar ismen yanıltıcı olsa da yabancı bir hakem kadarı değil, milli bir hakem kararı olarak görüldüklerinden, ülke içinde hüküm ve sonuçlarını doğurmak için bir tanıma tenfiz kararına ihtiyaç duymazlar. Nitekim MTK ya tabi bir hakem kararı yabancılık unsuru içerir ve fakat Türkiye’de hüküm ve sonuçlarını doğurması için bir tanıma tenfiz kararına ihtiyaç duymaz, çünkü bu karar milli bir hakem kararıdır.

Tahkim yargılamaları ve tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararlarının, farklı hukuki niteliklere sahip olup olamayacakları da tartışma konusudur. Bir başka ifadeyle, tahkim yargılaması ve hakem kararlarının farklı milli, milletlerarası veya yabancı niteliklere sahip olup olamayacakları sorusu problem teşkil etmektedir. Doktrinde, tahkim yargılamalarının milliyetlerinin olamayacağı yani milli, milletlerarası veya yabancı tahkim yargılamalarından bahsedilemeyeceği; bu değerlendirmenin sadece yargılama sonunda verilecek olan hakem kararları için yapılabileceği; tahkim yargılamalarının nitelikleri ile hakem kararlarının nitelikleri arasında zorunlu bir bağlantının olmadığı; tahkim yargılamaları hakkında yapılacak olan bir değerlendirmenin, hakem kararlarının niteliğini değiştirmeyeceği ileri sürülmüştür²³. Görüş uyarınca, tahkim yargılamasının yargılamanın tarafları veya uyumsuzluk sebebi ile sahip olabileceği milliyet, hakem kararının tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk sebebiyle sahip olacağı milliyetten farklı olabilecektir²⁴. Tahkim yargılamaları ile hakem kararlarının milliyetlerinin bu şekilde farklı kriterlere tabi tutulmasının nasıl bir amaca hizmet edeceğini tespit etmek oldukça zordur²⁵. Milletlerarası tahkim yargılamasında verilen bir kararın, milli bir hakem kararı olması veya milli bir tahkim yargılaması sonucu verilen kararın, milletlerarası hakem kararı olması pratik bir sonuç ihtiva etmemektedir. Böyle bir ayrımın birbiri ile çelişen hakem ve mahkeme kararlarının ortaya

²³ Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.32.

²⁴ Tanrıbilir/Şit, **a.g.e.**, s.824.

²⁵ Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.135.

çıkmasına sebep olma ihtimali oldukça yüksektir. Tahkim yargılamaları ve hakem kararları arasında yapılan bu ayrımın tanıma tenfiz davalarında da bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu sebeplerle tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının nitelikleri, bir bütün olarak, aşağıda açıklanacak unsurlar dikkate alınarak *lex arbitri*ye tabi olarak tespit edilmelidir.

Günümüzde, tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının milliyetinin tespitinde gerek milli düzenlemelerde gerekse de milletlerarası alanda yer alan düzenlemelerde, *lex arbitri* yani tahkimin tabi olduğu hukuk dikkate alınmaktadır. *Lex arbitri* genel olarak tahkim yargılamalarının hangi hukuka tabi olacağına ve günün sonunda hakem kararının nasıl nitelendireceğine karar vermektedir. *Lex arbitri*nin belirlenmesinde iki temel görüşten bahsedilmektedir. Bunlar; tahkim yargılamasının tabi olduğu usul kanunun/hukukun esas alındığı otorite kanun teorisi veya tahkim yerinin dikkate alındığı mülkilik teorisidir. Bu iki temel görüş, gerek iç hukuk düzenlemelerinde gerekse milletlerarası düzenlemelerde tek başlarına veya birlikte kullanılarak tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının niteliklerini belirlemektedirler²⁶. Fakat milletlerarası doktrin ve uygulamada ağırlıklı olarak mülkilik teorisi uyarınca, tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının milliyetinin belirlenmesinde tahkim yeri dikkate alınmaktadır²⁷.

Bir tahkim yargılamasının veya hakem kararının; öncelikle tabi olduğu hukuk, *lex arbitri*, tespit edildikten sonra, belirlenen hukukun içerisinde düzenlenen yabancılık unsurlarına bakılarak milli, milletlerarası ve yabancılık niteliğine sahip olup olmadığı tespit edilecektir. Örneğin, bir mahkeme, önüne gelen hakem kararı hakkında değerlendirme yaparken, *lex arbitri* olarak öncelikle tahkim yeri hukukunu tespit edecek, ardından o tahkim yeri hukukunda hangi kriterlerin yabancılık unsuru olarak düzenlendiğine bakacak ve buna göre kararın milli, milletlerarası veya yabancı bir hakem kararı olup olmadığına karar verecektir.

²⁶ Kalpsüz, **Yabancı Karar**, s.43; Üstündağ, **a.g.e.**, s.4. vd.; Ergönen, **a.g.e.**, s.211; Kaplan, **a.g.e.**, s.27.

²⁷ *Lex arbitri* ve ilgili teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Birinci Bölüm-II-(A)(B)(C))

3. “Ticari” Kavramı

Milletlerarası tahkim, yabancılık unsuru taşıyan birçok farklı tahkim türünü de kapsayan genel bir kavramdır²⁸. Milletlerarası alanda yer alan, devletlerin birbirleri arasında yer alan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik gerçekleştirilen tahkim yargılamaları²⁹ veya bir devlet vatandaşının başka bir devlette yaptığı yatırımlarla ilgili ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarına yönelik tahkim yargılamaları³⁰ da milletlerarası tahkim kavramı içinde değerlendirilmektedir. Tahkim yargılaması bakımından hangi uyuşmazlıkların ticari nitelik taşıdıkları milletlerarası ve milli düzenlemelerde, çoğunlukla, hususiyetle düzenlenmemiştir³¹. Her bir somut uyuşmazlık için, ilgili kurumca özel bir değerlendirme yapılması gerekmektedir³². Fakat milletlerarası ticari tahkim yargılaması ile kastedilenin, genel olarak, yabancılık unsuru içeren ticari ve ekonomik faaliyetten doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim yargılamaları olduğu söylenebilecektir³³.

²⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.648.

²⁹ Bkz. Birleşmiş Milletler kapsamında yer alan Daimî Hakem Mahkemesi (The Permanent Court of Arbitration) Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.647.

³⁰ Bkz. Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma (ICSID); Faruk Kerem Giray, “Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 17, S.1-2, 1997, s.217-228 (**Yatırım**), s.222; Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, İstanbul, Beta, 2013, s.1; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.647; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.56; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.839.

³¹ “*Ticari*” kavramının ortak bir tanıma sahip olmamasının birleştirici değil, ayırıcı bir nitelik taşıdığı; bu sebeple, ticari tahkim yerine “*iktisadi tahkim*” kavramının kullanılmasının daha yararlı olabileceği doktrinde savunulmuştur. Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.17. Fakat iktisadi veya ekonomik tahkim kavramlarının, ticari tahkim yargılamasının kapsamını çok genişlettiği ve ekonomik tahkim kavramının milletlerarası ekonomi hukuku “*international economic law*” kavramı ile karıştırılabileceği doktrinde haklı olarak ileri sürülmektedir. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.50.

³² Milletlerarası alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların en geniş şekilde yorumlanarak Model Kanun kapsamında değerlendirilmesine olanak sağlaması amacıyla, ticari iş kavramının tanımının yapılmadığı kabul edilmektedir. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.53.

³³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.303; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.648; Kenneth S. Carlston, “Theory of the Arbitration Process”, **Law and Contemporary Problems**, vol.17, S.4, 1952, s.631-651, s.649; İlias Bantekas, **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge University Press, 2015, s.24; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal, 2008, s.19; Öztekın Gelgel, **Tahkim Kanunu**, s.1081; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.51; Fakat bu tabirin, yatırım tahkimini de kapsayacak şekilde yorumlanabileceğini söyleyen yazarlar da bulunmaktadır. Hans Smit, “The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?”, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol.25, 1986, s.9-34 (**The Future**), s.9 dn.1.

Milletlerarası düzenlemelerde, ticari kavramını kullanıp, tanımını yapmayan düzenlemeler olduğu gibi (bkz. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşması, 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Konvansiyonu), “*ticari*” kavramı ile nelerin anlaşılması gerektiğini hususi olarak belirleyen düzenlemeler de (bkz. UNCITRAL Model Kanunu) bulunmaktadır³⁴. Model Kanun, sözleşmesel bir temele sahip olsun veya olmasın ticari bir ilişkiden kaynaklanan bütün hususların ticari sayılacağını söyledikten sonra hangi uyuşmazlıkların ticari sayılabileceğine dair, örnek olması için, kimi unsurları saymıştır. Mal ve hizmet tedarikine veya değişimine, distribütörlüğe, acenteye, faktöringe, leasinge, inşaata, danışmanlığa, mühendisliğe, lisansa, yatırıma, finansa, bankaya, sigortaya, imtiyaz sözleşmelerine, ortak girişime (“*joint venture*”) veya kara, deniz ve hava taşımacılığına ilişkin işlemlerin, ticari işe örnek olarak gösterilebileceği Kanunun 1(1) hükmünün dipnotunda sayılmıştır. Fakat bu belirtilen işlemler, sınırlı sayıda değildirler³⁵. Devletler kendi iç hukuklarında Model Kanunu dikkate alarak düzenleme yaparken bu hususlara kanun içinde veya kanun ekinde yer verebilmektedirler³⁶.

Model Kanun kapsamında örnek olması amacıyla sayılan unsurlardan da anlaşılacağı üzere bir uyuşmazlığın ticari olup olmadığının değerlendirilmesinde tarafların amaçları veya tarafların uyuşmazlığı nasıl değerlendirdiğinden öte, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kaynağı olan ilişki değerlendirilecektir³⁷.

³⁴ Her ne kadar New York Anlaşmasında ticari sayılan uyuşmazlıkların hangisi olduğu tanımlanmamışsa da taraf devletlere Anlaşmanın uygulama alanını ticari uyuşmazlıklar ile sınırlandırma imkânı tanınmıştır. New York Anlaşması 1(3) hükmü uyarınca “(b)unun gibi her devlet sözleşmenin tatbikini, akti veya akti olmayan hukuki münasebetlerden mütevellit ihtilaflar arasında kendi milli kanununa nazaran münhasıran ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini açıklayabilir”. Anlaşmayı bu çekince ile kabul edilen devletlerde ticari uyuşmazlıkların, o devlet hukukunca tanımlanacağı düzenlenmiştir. Türkiye de bu çekince ile Anlaşmayı imzaladığı için Anlaşmanın uygulama kapsamına Türk hukukunca ticari olarak kabul edilen uyuşmazlıklar girecektir. Şanlı, **Ticari Akitler**, s.391.

³⁵ Binder, **a.g.e.**, s.32; Salama, **a.g.e.**, s.74.

³⁶ Binder, **a.g.e.**, s.32; Özel, **a.g.e.**, s.20; Örneğin, Mısır Medeni ve Ticari Konularda Tahkime İlişkin Kanun 2. hükmünde, Avusturya Tahkim Kanunu 1. bölümünde, British Columbia Milletlerarası Ticaret Kanunu 1(6) hükmünde, Bulgaristan Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu 1(2) hükmünde, İrlanda Tahkim Kanunu 3(1) hükmünde ticari kavramı, Model Kanuna benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.53 dn.15.

³⁷ Petrochilos, **a.g.e.**, s.5; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.53.

Türk hukuku bakımından MTK kapsamında ticari işin tanımı yapılmadığı gibi MTK hükümlerinin uygulanması için tahkim yargılamasının ticari bir işe ilişkin olması şartı da aranmamıştır³⁸. Kanunun uygulama alanının bu sebeple oldukça geniş olduğu söylenebilir. MTK uyarınca hangi uyuşmazlığın ticari olduğunda ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında iç hukuk hükümleri (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁹, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁴⁰ gibi ilgili mevzuat) değerlendirilmek suretiyle bir karar verilecektir⁴¹.

Çalışmamız kapsamında aksi belirtilmediği müddetçe “milletlerarası tahkim” veya “tahkim” ifadeleri ile “milletlerarası ticari tahkim” yargılamaları veya kararları kastedilecektir.

4. “Tahkim” Kavramı

Tahkim, en basit tanımıyla, tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek sorunlarını mahkemeler yerine, kesin ve bağlayıcı olarak çözüme kavuşturmak üzere hususi olarak yetkilendirdikleri hakeme veya hakem kuruluna götürdükleri alternatif uyuşmazlık yöntemine verilen addır⁴². Tanımdan da anlaşılabileceği tahkimin varlık

³⁸ Özel, **a.g.e.**, s.21.

³⁹ RG 14.02.2011/27846.

⁴⁰ RG 17.06.2003/25141.

⁴¹ Akıncı, **Tenfiz**, s.23; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.678.

⁴² Nomer, **Devletler Hususi**, s.554; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.644; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.298; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.5; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.801; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.17; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.2; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.1; Philippe R. Baert, **The Potential of Online Arbitration (OARB) in Resolving Disputes at the Lower End of Value**, Yayınlanmamış Tez, Gent Üniversitesi, 2017, s.17; Carlston, **a.g.e.**, s.631; Jamshed Ansari, “Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis”, **Researcher**, vol.6, S.6, 2014, s.47-53, s.48; Özel, **a.g.e.**, s.17; Petrochilos, **a.g.e.**, s.3; Sarah Rudolph Cole, “Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution”, **Hastings Law Journal**, vol.5, S.6, 2000, s.1199-1263, s.1233; Ekin Hacıbekiroğlu, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On iki Levha, 2012, s.28; Milletlerarası ticari tahkimin, alternatif bir uyuşmazlık yöntemi olarak adlandırılmasının doğru olmadığı, çünkü milletlerarası alanda ticari uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yargılamasının tek gerçekçi çözüm olduğu savunulmaktadır. Paulsson, **Idea**, s.176; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.40; Ayrıca, tahkim yargılamasının adaletin dağıtılmasında mahkeme yargısına alternatif değil, yardımcı ve destek olduğu da söylenmektedir. Y. 15. HD. 26.09.2019 T., 2019/2474 E., 2019/3640 K. “*Aslında tahkim, bir yargılama faaliyeti olmasına karşın, devletin yargı organının faaliyetine alternatif olmayıp, sahip olduğu birtakım avantajlarla ona destek olan ve onu rahatlatan bir kurumdur*”, (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net.

sebebi, tarafların konu hakkında tahkim yargılamasının gerçekleşmesi için irade beyanında bulunmuş olmalarıdır.

Milletlerarası tahkim yargılamalarının hukuki niteliğine ilişkin doktrin ve uygulamada çok uzun yılladır devam eden bir tartışma söz konusudur. Bir görüş uyarınca, tahkim yargılamalarının temeli sözleşmesel niteliğe; yani, taraflar arasında yapılan sözleşmeye dayanmaktadır. Sözleşmesel teori olarak adlandırılan bu görüş uyarınca tahkimin özü, kamusal nitelikte değildir ve özel tahkim anlaşmasına dayanmaktadır⁴³. Bu görüşe karşı yargısal teoriyi savunanlara göre ise tahkim yargılamaları sadece sözleşmesel temelde nitelendirilemez, zira tahkim yargılamalarının mümkün olmasının esas sebebi, devletlerin tahkim yargılamalarına müsamaha göstermesidir. Görüş uyarınca taraflar kendi iradeleri ile mahkemelerin yetkilerini kaldırıp hakemlere özel bir yetki tanırsalar da tarafların bu tercihlerinin milli bir hukukun izin vermesi ile geçerli olacağı savunulmaktadır⁴⁴. Konu hakkında var olan tartışma halen geçerliliğini sürdürse de günümüzde tahkim yargılamalarının kendine has bir niteliği olduğu, her ne kadar tahkim yargılamalarının ortaya çıkma sebebinin tarafların iradeleri olduğu kabul edilse de tahkim yargılamalarının devletin egemenlik yetkisinden tamamen bağımsız bir niteliğe sahip olduğunun söylenemeyeceği kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız bu hibrit teori uyarınca, tahkim yargılaması tarafların iradesinden kaynaklanmaktadır ve fakat bu irade, mahkemelerin yardım ve denetimine tabi olmak zorundadır⁴⁵. Bununla birlikte otonom (özerk, özgün veya bağımsız) isimli bir teori de doktrinde savunulmaktadır. Bu teoriye göre, tahkim yargılamasının niteliğinin sözleşmesel veya yargısal olarak

⁴³ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.29; Koral, **Otorite**, s.171; Kalpsüz, **Milliyet**, s.603; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.807; Andrew Barraclough/Jeff Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", **The Melbourne Journal of International Law**, vol.6, 2005, s.205-244, s.209; Hong-Lin Yu, "Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime", **Journal of International Arbitration**, vol.15, S.2, 1998, s.145-166, s.149; Mann-Long Chang, **Harmonisation of Procedural Law in International Commercial Arbitration**, Yayınlanmamış doktora tezi, Stirling Üniversitesi, 2009, s.8.

⁴⁴ Kalpsüz, **Milliyet**, s.605; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.807; Bantekas, **a.g.e.**, s.2; Özel, **a.g.e.**, s.32; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.75; Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.210; Yu, **a.g.e.**, s.149; Chang, **a.g.e.**, s.8; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.25; Hazal Köse, "Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Özgürlüğünün Eleştirel İncelemesi", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.7, S.2, 2018, s.317-382, s.340.

⁴⁵ Koral, **Anlam**, s.20; Kalpsüz, **Milliyet**, s.605; Ali Yeşilırmak, **Doğudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim**, İstanbul, On iki Levha, 2011, s.78; Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.210; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.80; Yu, **a.g.e.**, s.152; Chang, **a.g.e.**, s.8; Köse, **a.g.e.**, s.340.

değerlendirilemeyeceği; milletlerarası tahkimin tamamen kendine has nitelikleri ve milletlerarası toplumun ihtiyaçları kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶. Otonom teori ile milli hukukların ve mahkemelerin tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin azaltılması sağlanmak istense de günümüzde, uygulamada ve birçok düzenlemede hibrit teori, yani tahkim yargılamalarının tarafların arasındaki anlaşmaya tabi olduğu ve fakat yargılamaların üzerinde mahkemelerin kısıtlı bir yardım ve denetleme etkisine sahip oldukları kabul edilmektedir⁴⁷.

Tahkim yargılamasının hukuki niteliği hakkında verilecek karar, tahkim yargılamasının pratiği açısından önem arz etmektedir. Özellikle mahkemelerin tahkim yargılaması üzerindeki etkisi ve hakem kararlarının mahkemelerce nasıl tanınıp tenfiz edileceği, tahkim yargılamalarına atfedilecek hukuki nitelik ile doğrudan bağlantılıdır. Fakat yukarıda bahsedilen tartışmalar ışığında tahkim yargılamasının niteliğinin tespiti çok kolay değildir. Nasıl ki bir kişinin karakterinin anlaşılabilmesi için, kişinin sosyal ortamında izlenmesi gerekmektedir; tahkim yargılamalarının niteliklerinin değerlendirilmesi için de bu kural geçerlidir⁴⁸. Tahkim yargılamalarının uygulamada hem sözleşmesel özellikler hem de yargısal özellikler sergilediği ve aynı kararın farklı durumlar için farklı nitelendirmelere sahip olduğu gözlenmektedir.

5. Tahkim Yargılamasında “Usuli Konu” Kavramı

Milletlerarası alanda bir konunun, usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ilişkin olacağına dair yeknesak bir düzenleme yoktur. Bu sebeple farklı hukuk sistemlerinin aynı hukuki uyumsuzluğu farklı nitelendirdikleri durumlar

⁴⁶ Julian D. M. Lew, “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, **Arbitration International**, vol.22, S.2, 2006, s.179-203 (**Autonomous**), s.181; Rabi Koral, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XLVIII-XLIX, S.1-4, 1983, s.75-98 (**İzlenim**), s.86; Özel, **a.g.e.**, s.34; Akıncı, **Tenfiz**, s.51; Süheyla Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, On iki Levha, 2016, s.32; Yu, **a.g.e.**, s.149; Köse, **a.g.e.**, s.346.

⁴⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.81; Özel, **a.g.e.**, s.35.

⁴⁸ Carlston, **a.g.e.**, s.636.

bulunabilmektedir. Milletlerarası alanda bu soruna, *vasıflandırma sorunu/problemi* denmektedir. Örneğin, genel olarak, takas ve zamanaşımı, konusu Kıta Avrupası hukukunda maddi hukuka ait bir konu iken Anglo-sakson hukukunda usul hukukunu ilgilendiren bir konudur⁴⁹.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında da hangi konuların usule ilişkin oldukları konusunda tam bir kesinlik bulunmamaktadır⁵⁰. Hangi konuların maddi hukuka ilişkin olduklarının ve hangi konuların usule ilişkin olduklarının, her bir tahkim yargılamasında, gerek tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk gerekse tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Hakemlerin önlerine gelen uyuşmazlıkta, her bir problem için ayrı bir vasıflandırma yapmaları gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, usuli konular hakkında vasıflandırma yaparken, hakimler gibi uygulamakla yükümlü oldukları temel bir kaynak, *lex forileri* olmadığından işleri daha zordur⁵¹. Bir uyuşmazlık hakkında değerlendirme yapan hakemlerin esas olarak tahkimin tabi olduğu hukuku, yani *lex arbitriyi*, dikkate almaları gerektiği söylenebilecekse de yapılacak değerlendirmenin, tahkime uygulanacak hukuktan, yardım veya denetimine tabi olunan mahkemelerden bağımsız bir değerlendirme olması oldukça zordur.

En basit tanımıyla esasa ilişkin hususlar, uyuşmazlığın esasını ilgilendiren hususlar, usule ilişkin hususlar, bir hakem kurulunun nasıl karar verdiğine ilişkin hususlardır⁵². Her ne kadar tahkim yargılamalarında hangi konuların usule ilişkin olduklarının ayrımı net olarak yapılamasa da kimi hususların usule ilişkin oldukları

⁴⁹ İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas**, İstanbul, Vedat, 2015 (**Takas**), s.142; Yavuz Kaplan, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2002 (**Usul**), s.33.

⁵⁰ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.522; Matti S. Kurkela/Santtu Turunen, **Due Process in International Commercial Arbitration**, 2. bs., Oxford, Oxford University Press, 2010, s.16; Jeff Waincymer, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012, s.8; Fernando Mantilla-Serrano, "Towards a Transnational Procedural Public Policy", **Arbitration International**, vol.20, S.4, 2004, s.333-354, s.335.

⁵¹ Mahkemeler tarafından vasıflandırma genel olarak *lex foriye* göre yapılır. Nomer, **Usul**, s.38.

⁵² Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.522; Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.335; Chang, **a.g.e.**, s.30.

milletlerarası uygulama ve düzenlemelerde genel olarak kabul edilmiştir. Tarafların yargılamayı takiplerine ve yargılama hakkında bilgilendirilmelerine ilişkin hususlar, hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin hususlar, delillere ve ispata ilişkin hususlar, tarafların temsiline ilişkin hususlar, ihtiyati tedbirlere ilişkin hususlar, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin hususlar (tahkim yeri, dili vs.), hakem kararın yazılmasına ilişkin hususlar, tahkim ücretlerine ilişkin hususlar, tahkim yargılamasında usule ilişkin hususlar olarak sıralanabilecektir⁵³. Yine uyuşmazlık, tahkim yargılanmasının yürütülmesine, hakem kararın nasıl verilmesi gerektiğine veya hakemlerin tahkim yargılaması sırasında nasıl bir tavır takınmaları gerektiğine ilişkin ise uyuşmazlığın usule ilişkin olduğu söylenebilecektir⁵⁴.

6. “İrade Serbestisi” Kavramı

İrade serbestisi ilkesi, günümüzde gerek milli gerekse milletlerarası düzenlemelerde yer alan ve genel kabul görmüş bir prensiptir⁵⁵. Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi uyarınca taraflar, “sözleşme özgürlüğü” veya “akit

⁵³ Nomer, **Devletler Hususi**, s.556; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.644; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.231; Petrochilos, **a.g.e.**, s.14; Chang, **a.g.e.**, s.32; Karrer, **Switzerland**, s.846. Konu hakkında düzenleme yapan hukuklar da bulunmaktadır. Örneğin 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu 34(2) hükmünde hangi hususların usule ilişkin olabileceğine dair bir düzenleme yapılmıştır. Hüküm uyarınca; duruşmaların nerede ve ne zaman yapılacağı, tahkim yargılamasında kullanılacak dil, tarafların iddia ve savunmayı nasıl ve ne zaman yapacakları ve bu hususlar üzerindeki değişiklik hakları, tarafların hangi delilleri hangi aşamada ileri sürebilecekleri, taraflarca cevaplanacak sorular ve cevaplanma zamanları, delillerin değerlendirilmesi, hakem kurulunun re’sen hareket etme yetkisinin kapsamı, delillerin ve belgelerin yazılı veya sözlü sunulması gibi hususlar usule ilişkindir. Hükümün İngilizce metni şu şekildedir: “*Procedural and evidential matters include— (a) when and where any part of the proceedings is to be held; (b) the language or languages to be used in the proceedings and whether translations of any relevant documents are to be supplied; (c) whether any and if so what form of written statements of claim and defence are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended; (d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage; (e) whether any and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done; (f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion, and the time, manner and form in which such material should be exchanged and presented; (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law; (h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions*”.

⁵⁴ Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.254.

⁵⁵ Born, **a.g.e.**, s.2130; Moses Oruaze Dickson, “Party Autonomy and Justice in International Commercial Arbitration”, **International Journal of Law & Management**, vol.60, S.1, 2018, s.114-134, s.115; Chang, **a.g.e.**, s.1.

serbestisi” ilkesi kapsamında aralarındaki borç ilişkisinin sözleşmesel niteliklerini serbestçe belirleyebildikleri gibi; “*akit statüsü*” kapsamında sözleşmenin doğumundan sonlandırılmasına kadar bütün unsurlara ilişkin tercihte bulunabilmektedirler⁵⁶.

Milletlerarası tahkim yargılaması tarafların iradeleri ve bu iradelerin hakemlere veya hakem kurullarına tanıdığı yetki üzerine kurulmuştur⁵⁷. Yani irade serbestisi, tahkim yargılamasının bel kemiğini oluşturmaktadır. Taraflar tahkim yargılamasında sahip oldukları serbesti ile tahkim yargılamasının bütün unsurlarına, tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuktan tahkim yargılamasının prosedürüne, kendileri karar verebilmektedirler. Taraflar daha tahkim yargılamasının başında, uyuşmazlıklarının daha uzun sürede çözülmesine sebep olabilecek resmi yargılama usullerinden vazgeçerek, kendi belirledikleri kurallara ve usullere tabi olmak istemektedirler⁵⁸. Bu sebeple tahkimin bir anlaşmadan çok bir metot veya prosedür olduğu da doktrinde söylenmektedir⁵⁹.

Tahkim yargılamasının, milletlerarası ticaret hayatında en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yollarından biri olmasının önemli sebeplerinden bir tanesinin, tahkim yargılamasında tarafların irade serbestisi kapsamında sahip oldukları usuli

⁵⁶ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.103; Kaplan, **Usul**, s.25; Salama, **a.g.e.**, s.70; Şeyda Dursun, “A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, s.161-188, s.163; Milletlerarası alanda irade serbestisi kapsamında uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik her gün yeni bir yöntem ortaya çıkmaktadır. Özellikle teknolojik gelişmelerin, taraflara yeni çözümler sunduğu görülmektedir. Örneğin, Cybersettle isimli bir start-up, “*kör teklif*” (“*blind bidding*” veya “*double blind*”) isimli bir uzlaşma programı ile uyuşmazlık çözüm hizmeti vermektedir. Bu sistem uyarınca taraflar, uyuşmazlık hakkında ödemeye razı oldukları en yüksek ve en düşük rakamları sisteme girmektedirler. İki taraf da karşı tarafın sisteme girdiği rakamları bilmemektedir. Programın algoritması tarafların talepleri doğrultusunda bir orta rakam belirlemektedir. Hatta program, benzer sorunlarda verilmiş tazminatları da göz önüne alarak değerlendirme yapabilmektedir. Bu sayede taraflar, iki tarafı da tatmin eden, genel geçer bir çözüme ulaşabilmektedir. Baert, **a.g.e.**, s.22.

⁵⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s.556; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.644; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.816; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.100; Karl-Heinz Böckstiegel, “Major Criteria for International Arbitrators in Shaping Efficient Procedure”, **Arbitration in the Next Decade, ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 1999, s.49-53 (**Efficient Procedure**), s.49; Lew, **Autonomous**, s.181; Köse, **a.g.e.**, s.322; Dursun, **a.g.e.**, s.163; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.28.

⁵⁸ Klaus Peter Berger, “Party Autonomy in International Economic Arbitration: A Reappraisal”, **The American Review of International Arbitration**, vol.4, 1993, S.1, s.1-36 (**Autonomy**), s.3; Kaplan, **Usul**, s.26; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.28.

⁵⁹ Carlston, **a.g.e.**, s.632.

esneklik olduğu kabul edilmektedir⁶⁰. Bu esneklik ile taraflar, tahkim yargılamasını kendi tercihleri doğrultusunda şekillendirerek tarafsız, adil yargılanma haklarına saygılı, hızlı bir yargılama ve yargılama sonunda etkili hakem kararları elde etmek istemektedirler. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak taraflarca tercih edilmesinin esas sebebinin; tahkim yargılamalarının hızlı veya ekonomik olması gibi unsurların değil, tarafların tahkim yargılamalarını irade serbestisi kapsamında şekillendirebilme yetkileri olduğu söylenilebilecektir.

Tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin, milletlerarası alanda ve iç hukuklarda getirilen düzenlemelerle en üst seviyede korunmaya çalışıldığı söylenebilecektir. Tahkim yargılamasında hakemlere, özellikle usuli konularda, hakimlere kıyasla milli hukuklarda yer alan kurallardan ve kamu düzeninden bağımsız karar verebilme yetkisi tanınmaktadır ki; hakemler bu sayede, tarafların iradelerine uygun ve dolaylı olarak günümüz ticaret hayatı ihtiyaçları ile daha uyumlu kararlar verebilsinler ve tahkim yargılaması mahkeme yargılaması haricinde başarılı bir uyuşmazlık yöntemi olarak kalabilsin⁶¹. Fakat, tarafların usuli irade serbestilerine, tahkim yargılamalarının etkili bir şekilde sürdürülebilmesi, tarafların temel yargısal haklarının korunabilmesi ve tahkim yargısına karşı olan güvenin zedelenmemesi için milli ve milletlerarası düzenlemelerde yer alan kurallar ile kısıtlamalar getirilmektedir. Bu kısıtlamalar genel olarak sınırlı sayıda olmakla birlikte, adil yargılanamaya ilişkin temel ilkeleri koruyan milletlerarası özel hukukun temel ilkelerinden gelmektedirler⁶². Tarafların irade serbestileri ve tahkim prosedürleri hakkında düzenlenen bu kısıtlamalar, hakem kararlarının, hakemler

⁶⁰ Born, **a.g.e.**, s.2125; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.30; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.7; Kalpsüz, **Milliyet**, s.606; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.644; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.11; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.816; Andrea Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.1-37, s.2; Franz Schwarz, “Limits of Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, **Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences**, Editörler Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger, August Reinisch, Eleven International Publishing, 2010, s.73-95, s.73; Özel, **a.g.e.**, s.26; Köse, **a.g.e.**, s.325; Dursun, **a.g.e.**, s.161; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.28.

⁶¹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.293.

⁶² Tahkim yargılamalarında irade serbestisine getirilen kısıtlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (İkinci Bölüm-IV)

tarafından verilen keyfi kararlar olmamalarını ve devlet mahkemeleri tarafından icra edilebilen kararlar olmalarını sağlamaktadır.

B. Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Serbestisinin Kısa Tarihçesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında irade serbestisinin kaynağının açıklanmasına geçilmeden önce, irade serbestisinin ve tahkim yargılamasında irade serbestisine uygulanan kısıtlamaların tarihsel sürecinin incelenmesi, konunun daha net anlaşılması için önem arz etmektedir. İrade serbestisi ilkesinin neden ve nasıl ortaya çıktığı ve süreç içinde neden ve nasıl kısıtlandığı, çalışmamız kapsamında tahkim yargılamasına getirilen kısıtlamaların anlaşılmasında da yardımcı olacaktır.

Tahkim yargılaması, bir fikir olarak ortaya çıktığı ilk andan itibaren, mevcut kurulu hukuki düzen içerisinde kendi sistemini oluşturan, mevcut sisteme başkaldıran ve hatta bu kurduğu yeni hukuk düzeninde kendine has bir sosyal müessese olmuştur⁶³. Tahkim yargılaması sanıldığığının aksine yeni bir kavram değil, antik Mısır, Yunan ve Roma dönemlerinden itibaren uyuşmazlıkların çözümlenmesinde kullanılan aktif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁶⁴. Hatta, Yunan mitolojisinde yer alan Truva prensi Paris'in hakemlik yaptığı ve Hera, Atina ve Venüs'ün katıldığı ilk güzellik yarışmasının bir tahkim yargılaması olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Tahkim yargılamasının ve irade serbestisinin tarihsel gelişimi göz önüne alındığında üç ana dönemin, süreci şekillendirdiği görülmektedir.

⁶³ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.81; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.3; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.264; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.59.

⁶⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.6; Fabricio Fortese/Lotta, Hemmi, "Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration", **Groningen Journal of International Law**, vol.3, S.1, 2015, s.110-124, s.111; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.59; Chang, **a.g.e.**, s.2; Dickson Oruaze Moses/Chrispas Nyombi/Tom Mortimer, "The Practicalities of Delocalisation in International Commercial Arbitration", **International Business Law Journal**, S.5, 2017, s.461-496, s.467.

⁶⁵ Carlston, **a.g.e.**, s.632.

Tahkimin kendine has, mevcut düzene karşı çıkan ve adaleti arayan taraflar arasında kullanılmasına ilişkin ilk görüşler oldukça eskiye dayanmaktadır. Aristo, sitenin kurallarına ve bu kuralların getirdiği katı yargılama ve adalete karşı, hakemler tarafından yapılacak yargılamaların daha adil olacağını ileri sürmüştür⁶⁶. Antik çağdan itibaren tahkim yargılamasının, tarafların iradeleri ile belirledikleri normlara uygun olarak yürütülebilmesi; yani, tarafların mevcut kuralların aksini kararlaştırabilecekleri kabul edilmiştir⁶⁷.

Tahkim yargılamasının en ilkel şeklinin kodifiye edildiği dönemin, Roma dönemi olduğu ve bu düzenlemelerin de medeni usul hukukunun temelini oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Tahkim yargılamasında ikinci dönem olarak anılan 19. yüzyılın başlarına kadar geçen bu süreçte tahkim, tarafların ticari ilişkilerinde ortaya çıkan sorunların çözülmesinde aktif olarak kullanılmıştır. Günümüzde anlaşıldığı manasıyla tahkim yargılamalarının ise orta çağda batı Avrupa’da tacirler arasında geliştiği kabul edilmektedir. Bu dönemde tacirler, mal ticaretini sürdürebilmek için sürekli hareket halindeydiler. Tacirler gittikleri yerlerde karşılaştıkları sorunların, hızlı ve adil bir şekilde çözülmesini isterken aynı zamanda kendi bildikleri hukuktan ve mahkemelerden oldukça uzaktı. Bu sebeple tacirler, uyuşmazlıklarının hızlı ve konu hakkında bilgili, bağımsız bir kişi tarafından çözümlendiği tahkim yargılamalarını kullanmaya başladılar⁶⁹. Hatta bu dönemde İngiliz mahkemelerinin, taraflar arasında var olan problemlerin zaten hakem kurullarınca çözümlendiği için uyuşmazlık hakkında yargı yetkilerinin bulunmadığına veya ticari konularda yeterli bilgiye sahip olmadıklarına dair kararları bulunmaktadır⁷⁰. Bu dönem, tahkim yargılamasında irade serbestisinin kapsamının en geniş olarak kabul edildiği dönemdir. Çünkü hakem kararları, tacirler tarafından re’sen yerine getirilmekteydi ve mahkemeler tahkim yargılamalarına müdahale etmekten çekinmekteydi.

⁶⁶ Dickson, **a.g.e.**, s.114; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.264.

⁶⁷ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.265.

⁶⁸ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.13; Cole, **a.g.e.**, s.1235 dn.160.

⁶⁹ Lew, **Autonomous**, s.183; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.5; Cole, **a.g.e.**, s.1235; Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.468.

⁷⁰ Cole, **a.g.e.**, s.1236 dn.167; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.266 dn.12.

İlerleyen süreçte, irade serbestisinin her şeyin üzerinde bir üstün bir öge olup olmadığı gerek felsefe alanında gerekse hukuk alanında tartışma konusu olmuştur. Kimi düşünürler, irade serbestisinin korunmasının, tarafların arzularının en net şekilde ortaya çıkması ve yerine getirilmesi için önemli olduğunu vurgularken; kimi düşünürler, adaletin etkilendiği durumlarda, irade serbestisine müdahale edilmesi gerektiğini savunmuşlardır⁷¹.

Tahkim yargılamasında taraflar, irade serbestisi ile sahip oldukları özgürlüğü, ikinci dönemde, devletlerin katı düzenlemeleri ile kaybetmişlerdir⁷². 20. yüzyılın ortalarına kadar süren bu dönemde; tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede aynı uyuşmazlık hakkında bir dava açıldığında, mahkemenin konu hakkında takdir hakkına sahip olması veya tahkim yargılamasında verilen kararların mahkemelerde hakimlerce denetlenebilmesi gibi hususlar kabul edilerek, tahkim yargılaması ve irade serbestisi sıkı bir baskı altına girmiştir. Getirilen kısıtlamalardan da anlaşılabilceği üzere devletler, tarafların sahip oldukları irade serbestisini kendi mevcut düzenlerine karşı bir başkaldırı olarak algılamaya başlamış ve getirdikleri sıkı düzenlemeler ile tahkim yargılamasını kontrol altına almaya çalışmışlardır⁷³. Bu duruma, devletlerin arasında gelişen ticari ilişkiler ve devletlerin kendi çıkarlarını koruma refleksleri de sebep olarak gösterilmektedir. Şöyle ki; devletlerin irade serbestisine sağlamış olduğu özgürlük ve az sayıda düzenleme, devletlerin kendi vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklarda tatminkâr sonuçlar verirken, artan ve karmaşıklaşan ticari ilişkiler sonucunda gerek vatandaşlar gerekse de yabancı kişilerin sorunları hakkında yeterli olamamaya ve tatminkâr sonuçlar verememeye başlamıştır⁷⁴. Bu durumda devletler de katı kurallarla hem ticaret hayatlarını hem de tahkimin taraflarını korumak amaçlı düzenlemeler yapma suretiyle çözüm arayışlarına girmişlerdir. Fakat tahkim yargılamasının bel kemiğini oluşturan irade serbestisi hakkında getirilen düzenlemeler, tahkim yargılamalarının da kısıtlanmasına sebep olmuştur.

⁷¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.5; Dickson, **a.g.e.**, s.119.

⁷² Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001(**Kurallar**), s.97; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.266; Cole, **a.g.e.**, s.1240.

⁷³ Lew, **Autonomous**, s.183.

⁷⁴ Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.470; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.267 dn.15.

Üçüncü ve günümüze kadar gelen dönem ise devletlerin kendilerini korumak için yaptıkları düzenlemelerin, daha doğrusu tahkim yargılamasına ve irade serbestisine yapılan müdahalelerin, milletlerarası ticaretin yaygınlaşması ve müdahalelerin her ülkede farklılık arz etmesi sebebiyle, tahkim yargılaması ve tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararlarına zarar vermeye başladığı dönemdir. Bu dönemde, milletlerarası anlaşmalar ve kodifikasyon çalışmaları ile devletlerin iç hukuk düzenlemeleri arasında yeknesaklaştırma sağlanarak, ortak düzenlemelere sahip olmak ve irade serbestisi ve bu serbestinin sonuçları hakkında ortak bir tutum elde edilmeye çalışılmaktadır⁷⁵. Özellikle, Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların giderilmesiyle, tahkim yargılamasının pratiğinde ortaya çıkan problemlerin önüne geçecek ortak düzenlemeler getirilmeye çalışılmaktadır⁷⁶. Bu çalışmaların özellikle usuli konularda olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Çünkü, maddi hukuka ilişkin konularda ortak bir yaklaşım elde etmektense usuli olarak ortak noktaların bulunması daha kolaydır. Bu sebeple usule uygulanacak kurallar hakkında milletlerarası anlaşmalar veya model düzenlemeler ile yeknesaklaştırma çalışmaları devam etmektedir.

Günümüzde milletlerarası alanda tahkim yargılamasına ilişkin sınırlamaların ortak bir paydada buluşmasına yönelik çalışmalar, kimi devletlerin iç tahkim kuralları ile milletlerarası tahkime uyguladıkları kuralları da birleştirme yoluna gitmelerine sebep olmaktadır⁷⁷. Milletlerarası alanda tahkim yargılamasında irade serbestisi üzerindeki sınırlamaların azaltılması ve getirilen sınırlamaların da sadece usuli adaletin sağlanmasına yönelik kısıtlamalar oluşu, milletlerarası alanda yapılan düzenlemeler ile milli düzenlemeler arasında bir fark yaratma gereksinimi de yavaş yavaş ortadan kaldırmaktadır.

⁷⁵ Birsal/Budak, **a.g.e.**, s.185; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.268; Waincymer, **a.g.e.**, s.175; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.60.

⁷⁶ Musa Aygül, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. bs., İstanbul, On iki Levha, 2014, s.18.

⁷⁷ Waincymer, **a.g.e.**, s.176.

Fakat, milletlerarası alanda usuli konularda yeknesaklaştırma çalışmaları devam ederken hukuk sistemleri arasındaki temel farklılıklar ve kimi zaman bu hukuklar arasındaki keskin farklar, çalışmalardan istenilen sonuçların alınmasına engel olmaktadır⁷⁸. Bu sebeple usuli konuların yeknesaklaştırılmasındansa özelleştirilmesine ilişkin çalışmalara da ağırlık verilmiştir. Yani tarafların irade serbestisi kapsamında yapmış oldukları usuli tercihlerin gerek milletlerarası düzenlemelerde gerekse iç hukuk düzenlemelerinde kabul görmesi ve bu tercihler doğrultusunda yapılan işlemlerin hukuki sonuçlarının kabul edilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Usuli yeknesaklaştırma çoğunlukla devlet hukukları arasında bir uyumlaştırma amaçlarken, usuli özelleştirme tarafların tercihlerinin kabul görmesi ve hukuki sonuçlarının kabul edilmesini amaçlamaktadır⁷⁹.

Günümüzde milletlerarası ticari tahkim yargılamasının, süreç içerisinde yargısallaştığı (“*judicialization*”) ve bu durumun, tahkim yargılamasına getirilen sınırlamalar ve bu sınırlamaların tahkim yargılamasının etkinliğine getirdiği müdahalelerden kaynaklandığı savunulmaktadır⁸⁰. Tahkim yargılamasının mahkeme yargılaması karşısında sahip olduğu avantajların, getirilen düzenlemeler ile yavaş yavaş yok olduğu, hatta bu sebeple tarafların tahkim yargılaması harici farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin arayışta olduğu söylenmektedir. Bu sebeple, tahkim yargılamasında irade serbestisine getirilen sınırlamaların ve bu sınırlamaların tahkim yargılaması üzerindeki etkilerinin dikkatli değerlendirilmesi ve yargılamayı baltalayacak gereksiz düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir⁸¹.

Özellikle tahkim yargılamasında irade serbestisine ilişkin devletlerin düzenleme yapmaması tahkim yargılamasını daha özgür bir kurum haline getirecekken, milletlerarası alanda yer alan tahkim kurumları veya milletlerarası

⁷⁸ S. I. Strong, “Limits of Procedural Choice of Law”, **Brooklyn Journal of International Law**, vol.39, 2014, s.1027-1121, s.1032.

⁷⁹ Strong, **a.g.e.**, s.1032 dn.21.

⁸⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.33; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.34; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.75; Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.111.

⁸¹ Andreas Bucher, “Court Intervention in Arbitration”, **International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?**, Twelfth Sokol Colloquium, Editörler Richard B. Lillich ve Charles N. Brower, New York, Transnational Publishers, 1994, s.29-44, s.43.

anlaşmalar ile bağlayıcı olmayan bir sürü kural (“*soft law*”) ile tahkim yargılaması düzenlenmekte ve kısıtlanmaktadır. Bir anlamda tahkim yargılaması, kendi kendini kısıtlamaktadır. Bu durumun tahkim yargılamasının kendi sonunu getirdiğini savunanlar olduğu gibi, tahkim yargılamasında esneklik ve öngörülebilirlik kattığını savunanlar da bulunmaktadır.

Bugün hala bu yeknesaklaşma sürecinin nasıl ilerlediğini günbegün izlemekteyiz. Gerek mevcut çalışmamızda gerekse milletlerarası alanda getirilen düzenlemelerde, milletlerarası alanda irade serbestisine sağlanan özgürlüğün maksimum seviyede sağlanması, tahkim yargılamasına duyulan güvenin milletlerarası arenada artması ve tahkim yargılamasına giden tarafların bütün devletlerde tanınıp tenfiz edilebilen hakem kararları elde ederek menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır.

II. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN KAYNAĞI

A. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasının, taraf iradeleri üzerine kurulu olduğu ve yine bu taraf iradelerinin tahkimin yapı taşıını oluşturduğu kabul edilmektedir. Peki tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları bu serbestinin hukuki kaynağı nedir? Tarafların irade serbestisinin dayandığı kaynağın tespiti; tahkim yargılamasının ve tahkim yargılamasında kullanılan hakların bir hukuki zemin üzerine oturtulması, irade serbestisi ile yapılan eylemlerin ve sonuçlarının geçerliliğinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir⁸².

Tahkim yargılamasında, tahkim yargılamasına ilişkin irade serbestisinin kaynağını oluşturan hukuk, *lex arbitri* (“*curial law, the procedural law of the*

⁸² Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.111; Aygöl, **a.g.e.**, s.27.

arbitration, law of procedure, the law governing the arbitration”) olarak adlandırılmaktadır⁸³. Türk doktrininde de *lex arbitri*, tahkime uygulanacak hukuk, otorite kanun, tahkimin tabi olduğu hukuk, kararın otoritesi altında verildiği kanun tabirleri ile ifade edilmektedir⁸⁴.

Lex arbitri, en genel ifadesi ile tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olarak tanımlanabilse de bundan çok daha fazlasıdır. Esas olarak, *lex arbitri*, tahkim yargılamasının temelini oluşturan, tahkimi bir bütün olarak kapsayan hukuktur. *Lex arbitri* kural olarak, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden tahkim yargılama usulüne, uyuşmazlığa uygulanacak hukuktan hakem kararlarının nasıl denetleneceğine kadar, tahkim yargılamasının bütün unsurları hakkında düzenleme yapan hukuktur⁸⁵. *Lex arbitri* tahkim yargılamasının başından, hatta kimi durumlarda daha tahkim yargılaması başlamadan, tahkim yargılamasının sonuna kadar bütün usuli evrelere hâkim olan hukuktur⁸⁶. Yani *lex arbitri*, tahkimin iç işleyişini ilgilendiren konular (tahkimde izlenilecek usul, tanıklar, duruşmalar, hakemlerin yetki ve sorumlulukları vb.) ile tahkimin dış ilişkilerini ilgilendiren konuları (mahkemelerin yardımı, mahkemelerin kontrolü vb.) kapsayan ve düzenleyen hukuktur⁸⁷.

Lex arbitri, hakkında özellikle vurgulanmalıdır ki, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk veya tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk ile tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar aynı anlama gelmemektedir⁸⁸. *Lex arbitri*;

⁸³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.167; Bu tabirlerin *lex arbitriyi* tam olarak yansıtmadıkları, hatta *lex arbitrinin* içeriği hakkında yanlış bir algı yarattığına yönelik doktrinde eleştiriler bulunmaktadır. Born, **a.g.e.**, s.1599; Aygül, **a.g.e.**, s.26.

⁸⁴ Aygül, **a.g.e.**, s.29; Özel, **a.g.e.**, s.59.

⁸⁵ Jean-François Poudret/Sébastien, Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, 2. bs., Sweet&Maxwell, 2007, p.112; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.275; Aygül, **a.g.e.**, s.27; Gonzalo Vial, “Influence of The Arbitral Seat in The Outcome of an International Commercial Arbitration”, **International Lawyer**, vol.50, 2017, s.329-346, s.334; Özel, **a.g.e.**, s.59.

⁸⁶ Jonathan Hill, “Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements”, **International and Comparative Law Quarterly**, vol.63, 2014, s.517-534, s.518; Aygül, **a.g.e.**, s.6.

⁸⁷ Born, **a.g.e.**, s.1533; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.112; *Lex arbitri* kapsamında esas olarak tahkimin dış ilişkilerinin, yani mahkemelerin tahkim yargılamasını nasıl denetleyebilecekleri ve tahkim yargılamasına nasıl yardım edebileceklerinin değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde savunulmuştur. Hatta bu sebeple *lex arbitri* tabiri yerine *forum arbitri* tabirinin kullanılması da teklif edilmiştir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.20.

⁸⁸ Alain Hirsch, “The Place of Arbitration and the Lex Arbitri”, **The Arbitration Journal**, vol.34, S.3, 1979, s.43-48, s.43; Doktrinde de tahkim yargılamalarında tespit edilmesi gereken üç farklı

tahkim yargılamasının tabi olduğu esas kuralları, hakem kararlarının bağlayıcı gücünü ve mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesini belirleyen bir üst kurumken, tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar tahkime uygulanacak hukukun bir parçası olabilecekleri gibi o hukuktan farklı kurallar da olabileceklerdir. *Lex arbitri*, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olabileceği gibi, içerdiği kanunlar ihtilafı kuralları ile uygulanacak hukukun nasıl belirlenebileceğini gösteren hukuk da olabilecektir. Yani sonuç olarak *lex arbitri*, tahkim yargılamasına uygulanacak usul kurallarından fazlasıdır⁸⁹.

Lex arbitrinin en temel işlevleri, bu sayılanlarla sınırlı olmadığı vurgulanarak, şu maddeler altından sıralanabilir:

- *Lex arbitri* en başta tahkim yargılamasının varlık ve geçerliliğinin kaynağını teşkil eden hukuktur⁹⁰.
- *Lex arbitri*, tahkim yargılamasında tarafların irade serbestisinin kaynağını oluşturduğu gibi sınırlarını da oluşturmaktadır⁹¹.
- Uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına *lex arbitri* karar verecektir⁹².
- *Lex arbitri*, tahkim yargılamasında gerek esasa gerekse de usule uygulanacak hukuk konusunda yol gösteren hukuktur. *Lex arbitri*, uygulanacak hukuka ilişkin doğrudan düzenleme yapabileceği gibi uygulanacak hukukun tespit edileceği yolu da gösterebilecektir⁹³.

hukukun bulunduğu ve bu hukukların; yargılamasının esasına uygulanacak hukuk "*lex causae*", yargılamanın usulüne uygulanacak hukuk "*lex proceduralis*" ve tahkim prosedürünün tabi olduğu hukuk "*lex arbitri*" olduğu ileri sürülmektedir. Tolga Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2011, s.108.

⁸⁹ Özel, **a.g.e.**, s.59; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.112; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.175; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.112; Aygül, **a.g.e.**, s.43; Dursun, **a.g.e.**, s.172.

⁹⁰ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.168; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.286; Aygül, **a.g.e.**, s.27; Tahkim yargılamasının bir hukuki temele oturtulması gerektiği, tahkim yargılamalarının herhangi bir hukuktan bağımsız olarak var olamayacağı ve bu hukukun *lex arbitri* olduğu kabul edilmiştir. Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.245.

⁹¹ *Lex arbitrinin* irade serbestisi ile ilişkisinin bir paradoks içerdiği de söylenebilecektir. Şöyle ki, her ne kadar *lex arbitrinin* tahkim yargılamasında irade serbestisinin kaynağını ve sınırlarını belirlediği kabul edilse de irade serbestisi ile belirlenen unsurlar da *lex arbitrinin* bir parçasını oluşturmaktadır. Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.291; Özel, **a.g.e.**, s.96; Dursun, **a.g.e.**, s.171; Erkaya, **a.g.e.**, s.65.

⁹² Hirsch, **a.g.e.**, s.44; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.168; Aygül, **a.g.e.**, s.27; Waincymer, **a.g.e.**, s.173; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.109; Erkaya, **a.g.e.**, s.65.

⁹³ Hirsch, **a.g.e.**, s.45.

- *Lex arbitri* tahkim yargılamasında izlenecek prosedürler hakkında (hakem kurulunun oluşturulması, duruşmalar, hakem kararının şekline ilişkin unsurlar vb.) özel düzenlemeler içerebilir⁹⁴.
- *Lex arbitri* tahkim yargılamasında hakemlerin yetkilerinin de kaynağını oluşturmaktadır. *Lex arbitri* sayesinde hakemlerin kararları, bağlayıcılık gücüne sahip olacaktır⁹⁵. Tarafların hakemlere verdikleri yargılama yetkisinin sınırını da *lex arbitri* belirleyecektir⁹⁶.
- Hakem kararlarının milliyetleri, yani bir kararın milletlerarası veya yabancı hakem kararı olarak kabul edilmesi, *lex arbitrinin* değerlendirilmesi suretiyle ortaya çıkacaktır⁹⁷.
- *Lex arbitri* mahkemelerin, tahkim yargılaması üzerindeki etkisini belirler. *Lex arbitrinin* tespiti ile gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse hakem kararı verildikten sonra yetkili olan hukukun ve yetkili mahkemelerin tespiti yapılabilecektir⁹⁸. Mahkemelerin tahkim yargılamasına yardımda bulunma veya tahkim yargılamalarını denetlemeye ilişkin sahip oldukları yetkinin sınırlarını *lex arbitri* belirleyecektir⁹⁹. Hakem kararlarının, iptal veya tanıma tenfiz davalarına konu olmalarına ilişkin uyuşmazlıklar *lex arbitri* tarafından belirlenecektir¹⁰⁰.

Lex arbitrinin, tahkim yargılamasına hâkim olan hukuk olduğu ve tahkim yargılamasının selameti için hayati öneme sahip olduğu kabul edilmesine rağmen, bu hukukun nasıl belirleneceği veya belirlenen hukukunun tahkim yargılaması üzerinde etkisini nasıl göstereceği maalesef tartışmalıdır.

⁹⁴ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.169; Aygöl, **a.g.e.**, s.27; Bantekas, **a.g.e.**, s.16; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.109; Erkaya, **a.g.e.**, s.65; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.94.

⁹⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.169; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.271 dn.29; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.109.

⁹⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.342; Köse, **a.g.e.**, s.337; Erkaya, **a.g.e.**, s.65.

⁹⁷ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.94; Aygöl, **a.g.e.**, s.27; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.109.

⁹⁸ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.286; Waincymer, **a.g.e.**, s.174; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.94; Dursun, **a.g.e.**, s.172.

⁹⁹ Hirsch, **a.g.e.**, s.45; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.169; Aygöl, **a.g.e.**, s.27; Erkaya, **a.g.e.**, s.65.

¹⁰⁰ Hirsch, **a.g.e.**, s.45.

Lex arbitrinin tespiti hakkında iki temel görüşten bahsedilebilecektir. Bu görüşler, *lex arbitrinin*, tahkim yeri hukukuna tabi olması ve taraflarca irade serbestisi ile belirlenen hukuka tabi olmasıdır¹⁰¹. *Lex arbitrinin* irade serbestisi ile taraflarca belirlenen hukuka tabi olması gerektiğine ilişkin görüş de *lex arbitrinin* milli bir hukuka tabi olmasının gerekip gerekmediğine dair iki farklı görüş kapsamında değerlendirilmektedir.

B. Lex Arbitri Olarak Tahkim Yeri Hukukunun Dikkate Alınması

1. Genel Bilgi

Ünlü hukukçu Geny “*iradenin dayanağı kendiliğinden iradenin içinde değil; ona destek olan kanunda bulunur*” diyerek, irade serbestisinin kaynağının irade serbestisinden gelmesinin mümkün olmadığını ve irade serbestisinin kaynağının bir milli hukuka tabi kılınması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰². Tahkim yargılamasının hukuki niteliğinin tamamen sözleşmesel olmadığı ve tahkim yargılamasının devletin egemenlik yetkisinden tamamen bağımsız olamayacağını kabul eden hibrit teori uyarınca *lex arbitrinin*, tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukuku olması

¹⁰¹ Her ne kadar *lex arbitrinin* belirlenmesinde, tahkim yeri hukukuna veya tarafların seçtikleri hukuka bakılması gerektiği genel olarak kabul edilse de kimi farklı unsurların da dikkate alınabileceği doktrinde ileri sürülmüştür. Tahkimin sözleşmesel niteliğinden dolayı, tahkim anlaşmasına tabi esas uyuşmazlığa uygulanacak hukukun değerlendirilebileceği, doktrinde savunulan görüşlerden bir tanesidir. Görüş, birçok noktada problemler çıkarsa da esas olarak, sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilirken kullanılan bağlama noktalarının, tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun tespit edilmesi için elverişli olmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Ayrıca, bu yöntemde tespit edilen hukukun, usule uygulanacak hukuktan çok esasa uygulanacak hukuk olması, ilgili hukukun *lex arbitri* olarak kabul edilmesini de zorlaştırmaktadır. Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.252; Petrochilos, **a.g.e.**, s.33; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.309. Tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun, tahkim anlaşması olmasaydı veya geçerli olmasaydı, uygulanacak milli hukuk olduğu da ileri sürülen görüşlerden bir tanesidir. Yani, tahkim anlaşması olmasaydı veya geçerli olmasaydı yetkili olacak milli hukukunun, tahkim anlaşmasının olmaması veya geçersiz olması halinde zaten uygulanacak olan hukuk olması sebebiyle, *lex arbitri* olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Fakat görüş, tahkim anlaşması olmasaydı veya geçerli olmasaydı tek bir hukukun geçerli olacağı yanılsamasına düşmektedir. Tahkim anlaşmalarına konu uyuşmazlıkların milletlerarası nitelikleri göz önüne alındığında, birden fazla hukukun uyuşmazlığa uygulanabilme ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu belirsizlik de tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun tespitini zorlaştıracak ve karmaşık hale getirecektir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.34; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.310.

¹⁰² Naklen Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.58 dn.144.

gereklidir¹⁰³. Bu görüş kapsamında, tahkim yargılaması kaynağını münhasıran milli bir hukuktan almaktadır ve bu milli hukuk da tahkim yeri hukuku olarak *lex loci arbitridir*. Yani *lex arbitri*, *lex loci arbitriye* eşitlenmektedir¹⁰⁴.

Tahkim yargılamasının tahkim yerine tabi olduğunu kabul eden bu görüş uyarınca; taraflar, tahkim yargılaması hakkında irade serbestisi ile bir tercihte bulunmuşlarsa dahi bu tercih, ancak bir milli hukukun, teori kapsamında tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer milli hukukunun, tarafların bir tercih yapabilecekleri yönünde düzenleme yapmış olması halinde geçerlidir. Yani tarafların irade serbestisine ilişkin ana kaynağın, tahkim yeri hukuku olduğu savunulmaktadır.

Tahkim yeri hukukunun *lex arbitri* olarak kabul edilmesi ile tahkim yargılamasının bir merkeze oturtulduğu ve bu merkezin tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin kabul edildiği teori; mülkilik teorisi (mülkilik ilkesi, mülkilik prensibi, mülkilik kriteri), toprak teorisi, toprak ilkesi, territorialism veya localization olarak adlandırılmaktadır.

Günümüzde tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin, daha doğrusu *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukunun dikkate alınmasının, teorinin ilk ortaya çıktığı dönemden daha farklı bir anlama geldiği kabul edilebilecektir.

¹⁰³ Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.245; Born, **a.g.e.**, s.1584; Hirsch, **a.g.e.**, s.46; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.172; Michael Pryles, “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, **Journal of International Arbitration**, vol.24, S., 2007, s.327-339., s.329; Petrochilos, **a.g.e.**, s.20; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.293; Waincymer, **a.g.e.**, s.169; Aygöl, **a.g.e.**, s.30; Park, **Procedural Integrity**, s.657; Özel, **a.g.e.**, s.59; İnci Ataman-Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, S.2, 2011, s.35-81 (**Mükerrer Kontrol**), s.42; Sébastien Besson, “Is There a Real Need for Transcending National Legal Orders in International Arbitration? Some Reflections Concerning Abusive Interference From The Courts at the Seat of the Arbitration”, **International Arbitration: The Coming of a New Age?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.17, Kluwer Law International, 2013, s.378-388, s.379; Eric A. Schwartz, “Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of Recent ICC Award”, **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, Editörler G Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi ve Anne Marie Whitesell, ICC, 2005, s.795-813, s.796; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.94; Köse, **a.g.e.**, s.340; Dursun, **a.g.e.**, s.171; Erkaya, **a.g.e.**, s.64.

¹⁰⁴ Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.245; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.109.

Güncel düzenleme ve uygulamalarda tahkim yeri hukuku, tahkim yargılamasına ilişkin unsurların belirlendiği bir hukuktan çok, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale ve desteğinin kaynağının belirlenmesinde kullanılan en etkin bağlama noktası olarak kabul edilmektedir. Hatta doktrinde, tahkim yargılamasının, tarafların iradelerine uygun olarak sürdürülmesi gerektiği ve tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukunun, sadece tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan dış bağına ilişkin hususlarda etkili olması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁵. Modern *lex loci arbitri* olarak adlandırılabilen bu görüş, yargısal temel hakların ve tahkime taraf olmayan üçüncü tarafların haklarının korunduğu bir *lex arbitri* olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶.

Uygulamada tahkim yeri hukukunun, taraflarca belirlenen hukuktan önce dikkate alındığı, yani *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde etkisinin kabul edildiği birçok hakem kararı bulunmaktadır¹⁰⁷. Örneğin, Fransız bir danışman ile Mısır devleti arasındaki 1990 tarihli ICC kararına konu uyuşmazlıkta, Fransız danışman bir inşaat ihalesine hazırlık için Mısır Devleti ile anlaşmış ve sözleşmede, İsviçre’de yapılacak ICC tahkimine uygulanacak hukuk olarak Mısır hukuku seçilmiştir. Mısır devlet yetkilileri tarafından Fransız danışmanın ücretinin ödenmemesi sebebiyle, Fransız danışman tahkim yargılamasına başvurmuştur. Mısır devleti, Mısır hukukuna göre sözleşmenin geçersiz olduğunu ve sözleşmeye konu uyuşmazlığın Mısır hukuku uyarınca tahkime elverişli olmadığını ileri sürmüştür. Davacı taraf ise Mısır devletinin dürüstlük kuralına uygun davranmadığını bu sebeple, uyuşmazlık Mısır hukukuna göre tahkime elverişli olmasa bile, hakem kurulunun uyuşmazlık hakkında yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Hakem kurulu, tarafların Mısır hukukunu esasa uygulanacak hukuk olarak seçtiklerinden ve tahkim yeri olarak İsviçre’nin belirlendiğinden, İsviçre hukukunun

¹⁰⁵ Petrochilos, *a.g.e.*, s.20; Yeşilova, *Lex Arbitri*, s.298 dn.107.

¹⁰⁶ Yeşilova, *Tahkim Yeri*, s.121.

¹⁰⁷ Kimi ICC kararlarında hakem kurulları, açıkça, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olacağını belirtmektedirler. *Nigerian Company v. Canadian Company*, ICC No. 12297, 22.8.2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.47-56, s.49.

lex arbitri olarak uygulanmasına ve tahkime elverişliliğin İsviçre hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁸.

2. Lex Arbitri Olarak Tahkim Yeri Hukukunun Uygulanma Sebepleri

Tahkim yargılamasında tahkim yeri hukukunun, *lex arbitri* olarak kabul edilecek ilk kriter olmasının bazı teorik ve pratik sebepleri vardır. Bu sebepleri, şu paragraflar altında incelememiz mümkündür:

Tahkim yeri hukukunun *lex arbitri* olarak uygulanmasına dayanak olarak, tahkim yargılamasının hukuki niteliğini yargısal teoriye göre açıklayan görüş gösterilebilecektir. Bu teoriye göre, kendi toprakları üzerinde yargılama yetkisi, devletlerin tekelindedir ve bir ülke üzerinde yapılan bütün yargılamaların, bu yargılamalar ister tahkim heyetlerince isterse mahkemelerce gerçekleştirilsin, o ülke hukukuna tabi olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁹. Yani devletlerin, kendi toprakları üzerinde gerçekleşen bütün yargılamalar üzerinde koruyucu ve denetleyici bir güce sahip olduğu ve her türlü yargılamada adaletin tecellisini sağlamakla yükümlü oldukları fikrinden, tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukuku milli kurallarının da milletlerarası tahkime etki etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu sebeple, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olması olağandır ve tahkim yeri hukuku tahkim yargılamasında zorunlu olarak *lex arbitri* olarak kabul edilmelidir¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Consultant v Egyptian Local Authority*, ICC No. 6162, 1990, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XVII, 1992, s.153-163, p.13-14.

¹⁰⁹ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.42; Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.174; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.288; Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Globalization of Arbitral Procedure”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol.36, 2003, s.1313-1333 (**Globalization**), s.1315; William W. Park, “Judicial Controls in the Arbitral Process”, **Arbitration International**, vol.5, S.3, 1989, s.230–279 (**Judicial Control**), s.237.

¹¹⁰ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.43.

Tahkim yeri hukuku ve tahkim yeri mahkemeleri, tahkim yargılamasının denetlenmesi ve desteklenmesi açısından en pratik, en doğal, en elverişli hukuk ve mahkemelerdir¹¹¹. Tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinden başka hiçbir hukuk ve mahkemenin, tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri kadar tahkim yargılaması ile bağlantısı yoktur¹¹².

Hakemlerin yargılama yetkilerini tahkim yeri hukukundan aldıkları kabul edildiğinde tahkim yargılamasının, hakimler gibi yargılama işlemini gerçekleştirdikleri yer hukukuna tabi olması veya en azından tahkim yeri emredici kuralları ile kısıtlanması gerektiği söylenebilecektir¹¹³.

Hakem kararlarının bağlayıcı gücünü, tahkim yeri hukukundan almaları gerektiği kabul edilmektedir. Eğer tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde etkili olmadığı kabul edilirse, kararın bağlayıcı gücünün her bir tenfiz yeri ülkesinde tekrardan değerlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda da tahkim yargılamasından beklenen, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kesin olarak sonlandıran ve icra edilebilme kabiliyetine sahip bağlayıcı hakem kararlarına ulaşmak zorlaşacaktır¹¹⁴.

Taraflar aralarında yapacakları tahkim anlaşması ile tahkim yargılamasına uygulanacak usul hukukuna veya tahkim kurallarına karar verebilseler de bu hukukta veya kurallarda yer alan boşlukların doldurulması için en pratik olan hukukun ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde en az sorun çıkaracak hukukun tahkim yeri hukuku olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Aksi halde yargılamada ortaya çıkan boşluklar, her seferinde taraflara sorulmak zorunda kalınacak ve yargılama tarafların müdahaleleri ile uzayabilecektir¹¹⁶.

¹¹¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.65.

¹¹² Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.246.

¹¹³ Giulia Carbone, “The Interference of the Court of The Seat with International Arbitration”, **The Journal of Dispute Resolution**, vol.2012, 2012, s.217-244, s.220; Waincymmer, **a.g.e.**, s.182; Köse, **a.g.e.**, s.368.

¹¹⁴ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.60; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.299; Kaplan, **Usul**, s.48.

¹¹⁵ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.60.

¹¹⁶ Berger, **Autonomy**, s.12.

Taraflar bir tahkim yeri belirlediklerinde, tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargılaması üzerinde yardım ve denetleme gücünü de kabul etmiş oldukları kabul edilebilecektir. Nasıl ki taraflar bir mahkeme seçtiklerinde o mahkemenin *lex foris*ine tabi olmayı kabul ediyorlarsa, bir tahkim yeri belirlediklerinde de o tahkim yerinin *lex loci arbitris*ine tabi olmayı kabul ettikleri söylenebilecektir.

Tahkim yargılamasında uygulanmak üzere tahkim yeri hukukundan farklı bir milli hukukun uygulanması veya bir tahkim merkezinin kurallarının uygulanması, ancak tahkim yeri hukukunun buna izin vermesi ve bu durumun, tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmemesi halinde mümkündür. Yani önemli olan, taraflarca irade serbestisi kapsamında belirlenen hukukun tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmemesidir. Eğer seçilen hukuk, tahkim yeri hukuku ile çatışır, devletin tahkim yargılamasına müdahale hakkının doğduğu söylenebilecektir. Bu durum, bir İngiliz'in direksiyonu sağda olan arabası ile trafiği soldan akan Paris şehrinde trafiğe çıkmasına benzetilmektedir. İngiliz sürücü, Paris'in araç trafik akışına ve trafik kurallarına uymak zorundadır. Aksi halde trafik kazalarına sebebiyet vermesi kaçınılmazdır¹¹⁷.

3. Tahkim Yeri Kavramı

Lex arbitri olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin görüşlerde veya tahkim yerinin bağlayıcı unsur olarak kabul edildiği düzenlemelerde, tahkim yeri kavramı ile fiziksel bir yerin mi kastedildiği yoksa hukuki bir bağlama noktasının mı kastedildiği konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır.

Genel kabul edilen görüş, tahkim yargılamasında tahkim yeri kavramının, esas olarak coğrafi bir kavramı ifade ediyor gibi görünse de aslında *lex arbitrinin*

¹¹⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, *a.g.e.*, s.176; Yeşilova, *Lex Arbitri*, s.292.

belirlenmesi açısından bir hukuki bir kavramı ifade ettiğidir¹¹⁸. Tahkim yargılamasında belirlenen tahkim yeri, tahkim yargılamasının hukuki yer çekimini belirleyen, bir bağlama noktası olarak kullanılmaktadır¹¹⁹. Bu sebeple tahkim yerinin, şekli bir ikametgâh kavramından ibaret olduğu da söylenmektedir¹²⁰. Hatta doktrinde tahkim yeri, *sanal tahkim yeri* olarak da ifade edilmektedir¹²¹.

Tahkim yeri tabirinin, hukuki bir kavram olduğu ve tahkime ilişkin usuli işlemlerin yapıldığı yerden farklı bir anlama geldiği kimi tahkim kurumu kurallarında açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, Londra Tahkim Kurumu LCIA Kuralları 16(3) maddesi, tahkim yargılamasına ilişkin duruşmaların herhangi bir (coğrafi) yerde yapılabileceğini, bu yerin tahkim yeri olarak belirlenen yerden farklı olmasının, tahkim yargılamasının tahkim yeri olarak belirlenen yer hukukuna tabi olmasını değiştirmeyeceğini açıkça düzenlemiştir¹²². Fakat genel olarak milletlerarası düzenlemelerde, kavramların dikkatli seçilmemesinin konu hakkında karışıklıklara yol açtığı söylenebilecektir¹²³.

Sonuç olarak taraflar veya hakem kurulu, tahkim yeri olarak bir yeri tamamen sanal olarak belirlerler. Yani belirlenen tahkim yeri tamamen hukuki bir kurgudur. Tahkim yeri, tahkim yargılamasını bir ülkeye ve tahkim yargılamasını bir hukuka bağlayan çapadır. Hakemler, bütün tahkim yargılamasını tahkim yeri olarak

¹¹⁸ Born, **a.g.e.**, s.1538; Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration”, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.9, Kluwer Law International, 1999, s.336-365 (**Place**), s.344; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.173; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.237; Ergönen, **a.g.e.**, s.215; Aygöl, **a.g.e.**, s.30; Hill, **a.g.e.**, s.520; Vial, **a.g.e.**, s.332; Dursun, **a.g.e.**, s.172.

¹¹⁹ Nomer, **Devletler Hususi**, s.585; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.173; Birsnel Mahmut Tevfik, **Yasal Düzenleme**, s.42.

¹²⁰ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.94.

¹²¹ Ergönen, **a.g.e.**, s.215; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1318.

¹²² 2014 tarihli Londra Tahkim Kurumu LCIA Kuralları 16(3) maddesi İngilizce hükmü şu şekildedir: “*The Arbitral Tribunal may hold any hearing at any convenient **geographical place** in consultation with the parties and hold its deliberations at any **geographical place** of its own choice; and if such place(s) should be elsewhere than the **seat of the arbitration**, the arbitration shall nonetheless be treated for all purposes as an arbitration conducted at **the arbitral seat** and any order or award as having been made at that **seat***”. Doktrinde, LCIA kurallarında tahkim yerinin hukuki bağlayıcılığının açıklaması için “*seat*” tabiri kullanılırken, duruşmaların yapıldığı yerlerin “*place*” olarak ifade edilmesinin kafa karışıklığına sebep olduğu vurgulanmaktadır. Hill, **a.g.e.**, s.520.

¹²³ Hill, **a.g.e.**, s.521.

belirlenen yere bir kere bile uğramadan başlatıp, sonuçlandırabilirler. Fakat unutulmamalıdır ki belirlenen bu yer gerek tahkimin iç işleyişi gerekse tahkim yargılaması ile mahkemeler arasındaki dış ilişkiler üzerinde önemli etkilere sahiptir. Bu sebeple tahkim yerinin belirlenmesi sırasında, azami özenin gösterilmesi gerekmektedir.

4. Tahkim Yerinin Taraflarca Belirlenmesi

Tarafların irade serbestisi kapsamında tahkim yerini belirleme hakları genel olarak kabul edilmiştir¹²⁴. Bu tercihlerin, tahkim yargılaması üzerinde farklı hukuki sonuçları bulunmaktadır. Burada unutulmamalıdır ki; tarafların seçtikleri tahkim yeri hukuku aynı zamanda tarafların tahkim yerini seçmelerine izin veren hukuk olacaktır. Yani irade serbestisinin kaynağı olan hukuku, taraflar açık veya zımni tercihleri ile kendileri belirleyeceklerdir.

Taraflar irade serbestisi kapsamında açık olarak bir tahkim yeri belirleyebilirler. Taraflarca bir tahkim yeri belirlendiğinde de tahkim yeri hukukunun tarafların tercihi doğrultusunda uygulanması doğaldır¹²⁵. Zaten tarafların tercihlerine aykırı olarak tahkim yargılamasının taraflarca tercih edilen yerden başka bir yerde gerçekleştirilmesi, kararın iptal edilmesine veya tanınıp tenfiz edilememesine sebep olabilecektir.

Tahkim yeri hukukun, tahkim yargılaması üzerindeki etkisi göz önüne alındığında tarafların, tahkim yargılamasına daha çok özgürlük tanıyan veya tahkim

¹²⁴ Tarafların, tahkim yeri hukukunu seçmede sahip oldukları irade serbestisi kapsamında, siber alemi (*cyberspace*) bile tahkim yeri olarak belirleyebilecekleri mahkeme kararlarında vurgulanmaktadır. *Dell Computer Corporation (Canada) v. Union des consommateurs (Canada)*, Olivier Dumoulin (Canada), Supreme Court of Canada, Kanada, 13 Temmuz 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.446-463, p.23. Fakat böyle bir tercih, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı üzere tahkim yargılamasında birçok problemin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir.

¹²⁵ Born, **a.g.e.**, s.1538; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.172; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.238; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.303; Hill, **a.g.e.**, s.518; Dursun, **a.g.e.**, s.170.

yargılamasına mahkeme ile daha az müdahale eden bir yeri tahkim yeri olarak belirlemek amaçlı tahkim yerleri arasında bir tercih yapmaları doğaldır¹²⁶.

Taraflar tahkim anlaşmasında, bir tahkim yeri belirleyebilecekleri gibi birden fazla tahkim yeri belirlemek suretiyle içinden bir tanesine tahkim yargılaması başladıktan sonra bir tarafça veya hakemlerce karar verilmesi konusunda anlaşabilirler. Bu durumun, tahkimin aynı anda birden fazla yerde başlatılması sorununu veya tahkim anlaşmasının geçerliliği gibi tahkime ilişkin hususlarda sorunlar çıkartabileceği göz ardı edilmemelidir¹²⁷.

Taraflar, tahkim yerini seçerken farklı kriterleri değerlendirirler. Fakat genel olarak tahkim yeri belirlenirken belirli hususların öne çıktığını söylemek mümkündür. Tahkim yerinin; mahkeme müdahalesini kısıtlayan modern bir tahkim düzenlemeye sahip olması, bağımsız ve tarafsız mahkemelere sahip olması, liyakatli mahkemelere sahip olması, tarafların tahkim iradesine saygı duyması, deneyimli hakimlere sahip olması, gerektiğine tahkim yargılamasına yardım edebilecek mahkemelere sahip olması, tahkim yargılamalarına ilişkin gelişmiş içtihatı sahip olması, güvenli olması, yargılamaya uygulanacak etik kurallarının gelişmiş olması, yabancı hakem kararının tanınmasına ve tenfizine ilişkin milletlerarası sözleşmelere taraf olması, hakemleri dürüst hareketlerine karşı sorumlu tutmaması, taraflarla kültürel veya yine kişisel bir yakınlık içinde olması, milletlerarası tahkim yargılamalarında bir yerin tahkim yeri olarak belirlenmesine örnek sebepler olarak sayılabilecektir¹²⁸. Taraflar tahkim yerini seçerlerken aynı zamanda, devletin New York Anlaşmasına taraf olup olmadığına, hakem kararına karşı yapılacak bir itirazda mahkemelerin uyuşmazlığın esasına girip girmediğine, kararlar hakkında açılacak

¹²⁶ Bu durum doktrinde “*shopping for the place of arbitration*” olarak adlandırılmaktadır. Filip De Ly, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, vol.12, S.1, 1991, s.48-85 (**The Place of Arbitration**), s.80.

¹²⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.238.

¹²⁸ Vial, **a.g.e.**, s.334; Anibal Sabater, “When Arbitration Begins Without a Seat”, **Journal of International Arbitration**, vol.27, S.5, 2010, s.443-472, s.465 vd.

iptal davalarının sonuçlandırılmasının veya kararlar hakkında icra edilebilirlik belgelerinin alınmasının süratli gerçekleşip gerçekleşmediğine de bakmaktadırlar¹²⁹.

Taraflarca belirlenen tahkim yerinin, uyuşmazlık veya tahkim yargılaması ile organik bir bağ taşımaya gerek olmadığı kabul edilmektedir¹³⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yerini belirlerken farklı ifadeler kullanabilmektedirler. Doktrinde tahkim yerini ifade etmek için kullanılan; “*seat of arbitration*”, “*place of arbitration*”, “*situs of arbitraion*” veya “*forum of arbitration*”, ifadelerinin farklı anlamlar içerdiği ileri sürülmektedir¹³¹. Fakat günümüz uygulamasında, bütün bu kavramların, taraflarca özel bir anlam yüklenmediği sürece, aynı anlama geldiği kabul edilmektedir. Bu sebeple taraflarca farklı tabirler kullanılarak tahkim yerine ilişkin yapılan tercihlerin, tarafların niyetleri göz önüne alınarak hakem kurullarınca veya mahkemelerce değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir tahkim anlaşmasında taraflar tahkim yeri belirlemişlerse, bu tahkim yerinin, sadece duruşmaların gerçekleştirilmesinin istendiği yer olarak mı yoksa tahkim yargılamasının tabi olunmasının istendiği yer olarak mı tercih edildiğinin tespitinde, tarafların niyetlerinin değerlendirilmesi gerekebilecektir. Bu duruma, *Shashoua v Sharma* davası örnek olarak gösterilebilecektir. Uyuşmazlığa konu tahkim yargılaması, iki tarafın da Hintli olduğu ve Hindistan hukukunun uygulandığı bir ICC tahkim yargılamasına ilişkindir. Tahkim anlaşması uyarınca taraflar, “*venue of arbitration shall be London, United Kingdom*” demek suretiyle tahkim yerinin Londra olduğuna karar vermişlerdir. Taraflardan biri tahkim yargılaması devam ederken, İngiliz mahkemelerinden *anti-suit injunction kararı* (dava açmama emri) vermesi istediğinde diğer taraf, tahkim

¹²⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.45.

¹³⁰ Kaufmann-Kohler, **Place**, s.344; Ne kadar organik bağa gerek olmadığı kabul edilse de hakem kararı verildikten sonra açılacak iptal veya tenfiz davalarında sorun çıkmaması için her ihtimale karşı birkaç usuli işlemin tahkim yeri olarak belirlenen yerde yapılması önerilmektedir. Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.134; Aygül, **a.g.e.**, s.37; Mahkemelerin kendileri ile hiçbir organik bağı olmayan hakem kararlarını kabul etmemeleri halinde, hakem kararlarının boşlukta kalma ihtimalleri ortaya çıkabilecektir.

¹³¹ Born, **a.g.e.**, s.1540; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.134; Waincymer, **a.g.e.**, s.167; Hill, **a.g.e.**, s.519 dn.12. Örneğin, “*seat of arbitration*” tabirinin tahkim yargılamasını bir tahkim yerine bağlayan hukuki tabiri, “*place of arbitration*” tabirinin ise tahkim yerini değiştirmeden hakemlerin tahkim yargılamasını yürüttükleri yeri işaret ettiği ileri sürülmektedir. Kalpsüz, **Tahkim**, s.40.

yerinin aslında Hindistan olduğunu, Londra'nın sadece duruşmalar için belirlendiğini ve İngiliz mahkemelerinin yetkili olmadığını iddia etmiştir. Bu davada mahkemenin karara bağlaması gereken esas sorun, tarafların “venue” tabiri ile neyi kastettiğidir. “Venue” tabiri “place” ve “seat” tabirlerinin aksine hukuki bir tabir değildir, bu sebeple de farklı anlamlara gelebilecektir. Mahkeme bu uyuşmazlıkta, “venue” tabiri ile bir tahkim yeri değil de duruşmaların gerçekleştirileceği yer belirlenseydi bu yerin taraflar için pratik bir yer olması gerektiğine, iki taraf da Hintli ve dava konusu uyuşmazlık tamamen Hindistan'da ortaya çıkmışken taraflarca belirlenen Londra'nın tahkim yeri olarak kabul edilmesi gerektiğine ve İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir¹³².

Tarafların tahkim yargılamasında tahkim yerini zımnen seçebilecekleri de kabul edilmektedir¹³³. Taraflar tahkim anlaşmalarında doğrudan bir tahkim yeri belirlemeseler de yani anlaşmalarında, “tahkim yeri”, “place” veya “seat” gibi kavramları açık bir şekilde kullanmasalar da anlaşmada yer alan fiziksel veya coğrafi yerin, tahkim yeri olduğu kabul edilebilmektedir. Örneğin, yargılama usulüne ilişkin işlemlerin Londra'da gerçekleştirilmesine karar verilmesi halinde, tahkim yeri olarak İngiltere'nin seçildiği düşünülebilir¹³⁴.

Taraflar tahkim yargılamasına uygulanacak hukuka (*lex arbitri*) tahkim yargılamasının nerede gerçekleşeceğini belirlemeden de karar verebilirler. Bu durumda tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukuku olduğu zımnen kabul edilebilecektir¹³⁵. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku seçerken, zımni olarak tahkim yerini de seçmek isteyip

¹³² *Shashoua v. Sharma*, İngiltere, 2 All ER (Comm) 477, 2009, naklen Hill, **a.g.e.**, s.523.

¹³³ Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.248; Devika Khanna, “England”, **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.371-449, s.396.

¹³⁴ Hill, **a.g.e.**, s.522.

¹³⁵ Hirsch, **a.g.e.**, s.46; Petrochilos, **a.g.e.**, s.70; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.143; *The Bay Hotel and Resort Ltd v Cavalier Construction Co Ltd*. davasında, Turks and Caicos Adalarında yapılacak olan bir inşaat sözleşmesinde çıkan uyuşmazlık sonucu tahkime gidilmiş ve tahkim Florida'da gerçekleşmiştir. Kurul, taraflar arasında yer alan sözleşme uyarınca sözleşmenin; Turks and Caicos Adaları hukukuna tabi kılındığını, bu tercihin hem esasa ilişkin hukuku hem de usuli hukuku kapsadığını, bu sebeple de tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun da Turks and Caicos Adaları hukuk olduğu ve tahkim yerinin de Turks and Caicos Adaları olduğuna karar vermiştir. *The Bay Hotel and Resort Ltd v Cavalier Construction Co Ltd.*, İngiltere, UKPC 34, 2001, naklen Hill, **a.g.e.**, s.525.

istemediklerine dair tarafların niyetlerinin dikkate alınması gerekmektedir¹³⁶. Örneğin, tahkim yargılamasına uygulanması için 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun seçildiği bir tahkim yargılamasında tarafların tahkim yargılamasının Türkiye'de yürütülmesini veya tahkim yeri olarak Türkiye'yi talep ettikleri sonucuna varılabilecektir¹³⁷. İngiliz hukukuna göre de, ters bir mantıkla, eğer taraflar yabancı bir usul hukukunun uygulanmasını talep ederlerse, İngiltere'nin tahkim yeri olarak seçilmediği anlamına gelebileceği kabul edilmektedir¹³⁸.

Tarafların tahkim yargılaması için hem tahkim yeri hem de tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku belirledikleri durumlarda ise; şayet tarafların tahkim yeri olarak belirledikleri yeri sadece tahkim duruşmalarının gerçekleşmesi için seçtikleri tespit edilirse yani tahkim yeri olarak aslında tercihte bulunulmadığı tarafların irade beyanından anlaşılabilirse, tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için hukuku seçilen devlet, tahkim yeri ve *lex arbitri* olarak kabul edilebilecektir¹³⁹. Eğer tarafların belirledikleri yer tahkim yeri olarak belirlenmiş ise de tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için belirledikleri hukuk, tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmediği müddetçe uygulanabilecektir. Yani bu durumda, tarafların tahkim anlaşmasında ilgili tercihleri nasıl dile getirdikleri ve tarafların niyetleri değerlendirilerek gerek hakemlerin gerekse de hakimlerin, tarafların *lex arbitrinin* belirlenmesine yönelik iradeleri hakkında bir karar vermeleri gerekecektir¹⁴⁰.

Taraflar tahkim yargılamasını yürütmek üzere bir tahkim kurumunu veya tahkim kurallarını seçer ve bu kurum kurallarında veya tahkim kurallarında bir tahkim yeri belirlenmişse, tarafların zımni olarak bu tahkim yerini seçtikleri kabul edilebilecektir¹⁴¹. Özellikle bir meslek birliğine veya ticaret örgütüne ait tahkim kurumunun seçilmesi halinde, kurumun merkezinin bulunduğu yerin tahkim yeri

¹³⁶ Waincymer, **a.g.e.**, s.169.

¹³⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.239; Özel, **a.g.e.**, s.62.

¹³⁸ Özel, **a.g.e.**, s.98.

¹³⁹ Born, **a.g.e.**, s.1621.

¹⁴⁰ Hill, **a.g.e.**, s.533.

¹⁴¹ De Ly, **The Place of Arbitration**, s.57; Hill, **a.g.e.**, s.521.

olarak kabul edildiği söylenebilecektir¹⁴². Fakat kurum kurallarında böyle bir düzenleme yok ise sadece bir tahkim kurumunun seçilmiş olması, o kurumun idari merkezinin tahkim yeri olarak belirlendiğine dair zımni bir iradenin ortaya çıktığına işaret olarak kabul edilemez¹⁴³.

İngiliz hukukunda tahkim yeri tespit edilirken; öncelikle tarafların açık bir tercihlerin olup olmadığına (tahkim anlaşmasında “*place*” veya “*seat*” tabirleriyle bir yer belirleyip belirlemediklerine); ikinci olarak, tarafların duruşmaların gerçekleşmesi için bir yer tercihleri olup olmadığına (tahkim anlaşmasında “*venue*” tabirleriyle bir yer belirleyip belirlemediklerine) ve son olarak tarafların usule uygulanacak hukuk veya yetkili bir mahkeme belirleyip belirlemediklerine bakılmaktadır¹⁴⁴. Tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihlerin en etkin şekilde ortaya çıkartılabilmesi için bu sıra ile bir değerlendirme yapılabilecektir.

Eğer taraflarca bir tahkim yeri belirlenmez ise tahkim yeri, tahkim yargılamasının tabi olduğu düzenlemeye uygun olarak hakem kurulunca, taraflarca belirlenen tahkim kurumunca veya mahkemelerce belirlenecektir¹⁴⁵. Taraflarca tahkim yeri belirlenmese de tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk belirlenmiş ise bu hukuk uyarınca, hem uygulanacak hukuk hem de bir devlet hukuku belirlenmiş ise ve belirlenen devlet hukuku *lex arbitri* olarak kabul edilebiliyor ve seçilen hukuk bu devlet hukukuna aykırılık teşkil etmediği müddetçe seçilen hukuk kurallarınca tahkim yeri belirlenecektir¹⁴⁶. İlgili kurumca tahkim yeri belirlenirken birçok farklı husus dikkate alınabilecektir. Tahkim yeri ile hakem kararının imzalandığı yer veya tahkim yargılamasının ağırlıklı olarak gerçekleştiği yerin kastedildiği veya bu kriterlerin kullanılarak tahkim yerinin tespit edilebileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Fakat bu kriterlerin çoğu zaman tahkim yargılaması ile alakasız yerler olabilmeleri, sadece

¹⁴² De Ly, **The Place of Arbitration**, s.60.

¹⁴³ Bantekas, **a.g.e.**, s.13 dn.33.

¹⁴⁴ Hill, **a.g.e.**, s.526.

¹⁴⁵ Born, **a.g.e.**, s.1538; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.58; Hirsch, **a.g.e.**, s.47; Model Kanun m.20(1) ve MTK'nın 9. maddesi uyarınca da taraflar tahkim yeri hakkında bir tercihte bulunmazlarsa, hakem veya hakem kurulu somut olayın özelliklerine göre tahkim yerini belirleme yetkisine sahiptir.

¹⁴⁶ Sabater, **a.g.e.**, s.448.

¹⁴⁷ Born, **a.g.e.**, s.1540 dn.86; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.53; Chang, **a.g.e.**, s.54.

bu kriterlerin tahkim yerinin belirlenmesi için dikkate alınmasını önlemektedir¹⁴⁸. Keza hakemlerin tahkime ilişkin işlemleri tahkim yeri haricinde yapabilmeleri de tahkim yargılamasına tabi işlemlerin yapıldığı yerlerin doğrudan tahkim yeri olarak kabul edilmesini zorlaştırmaktadır¹⁴⁹. Bu sebeple, ilgili kurumlarca tahkim yeri belirlenirken öncelikle varsa tarafların yaptıkları diğer tercihler ve tahkim yargılamasına ilişkin diğer unsurların ağırlığını taşıdığı yerler değerlendirilmek suretiyle tahkim yerine karar verilmesi gerekmektedir.

Hakemlerin, tahkim yargılamasına ilişkin duruşma, keşif ve tanık dinleme gibi faaliyetlerini ekonomik, siyasi veya fiziki sebeplerle tahkim yeri haricinde gerçekleştirebilecekleri genel olarak kabul edilmiştir. Bu durumun, tahkim yargılamasının yerini ve dolaylı olarak *lex arbitrisini* değiştirmeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁰. Örneğin, tahkim yargılaması sırasında duruşmaların farklı bir yerde yapılması, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça, tahkim yerini değiştirmeyecektir¹⁵¹. Fakat bu durumda, her ne kadar yargılamaya ilişkin faaliyet farklı bir yerde gerçekleştirilse de hakem kararında, tahkim yeri olarak belirlenen yerin gösterilmesi gerekmektedir¹⁵².

¹⁴⁸ Ergöner, **a.g.e.**, s.233.

¹⁴⁹ De Ly, **The Place of Arbitration**, s.54.

¹⁵⁰ Francis A. Mann, "Where is an Award 'made'?", **Arbitration International**, vol.1, S.1, 1985, s.107-108 (**Made**), s.108; Hirsch, **a.g.e.**, s.46; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.134; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.174; Bantekas, **a.g.e.**, s.170; Özel, **a.g.e.**, s.61; *PT Garuda Indonesia v Birgen Air*²³ davasına konu uyuşmazlıkta, taraflar tahkim anlaşmasında tahkim yeri olarak Endonezya'yı belirlenmiştir. Fakat Endonezya'daki siyasi kargaşa sebebi ile duruşmaların Singapur'da gerçekleştirilmesine karar verilmiştir. Singapur Temyiz Mahkemesi, yapılan tahkim yargılamasında, Endonezya'nın tahkim yeri olarak geçerliliğini devam ettirmesi sebebiyle hakem kararının, Singapur mahkemeleri tarafından iptal edilemeyeceğine karar vermiştir. *PT Garuda Indonesia v Birgen Air*, Singapur, 5 LRC 560, 2002, naklen Hill, **a.g.e.**, s.520; Petrochilos, **a.g.e.**, s.73; Uygulamada çok istisnai de olsa tahkim yeri olarak belirlenen yer haricinde yapılan usuli işlemlerde, işlemin yapıldığı yer hukuku, ilgili usuli işlemler hakkında emredici düzenlemelere sahip olabilmektedir. Yani, tahkime ilişkin usuli işlemin gerçekleştiği yer hukuku, her ne kadar tahkim yeri olarak belirlenmese de emredici kurallar ile yapılan işlemleri kısıtlayabilmektedir. Tahkim yargılaması illegal veya cezai bir nitelik taşıyorsa, duruşmalar veya tanıklara ilişkin hususlarda işlemin yapıldığı yer hukuku, emredici hükümler ile tahkim yargılamasına müdahale edebilmektedir. Born, **a.g.e.**, s.1597.

¹⁵¹ Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.248.

¹⁵² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.241.

Hakemler tahkim yargılamasında duruşma ve keşif yapma haricinde, kendi aralarında toplanma imkânına da sahiptirler. Kural olarak bu toplantılar da tahkim yerini değiştirmeyecektir¹⁵³.

Günümüzde, tahkim yargılamaları teknolojik mecralarda yapılabilmektedir. Bu sayede hakemler, tahkim yargılamalarını yürütmek üzere bir araya gelmeden karar verebilmektedirler. İnternet üzerinden yapılabilen bu online tahkim yargılamalarında fiziksel bir tahkim yerinin olmaması sorunlara sebebiyet verebilmektedir¹⁵⁴. Online tahkim yargılamalarında, tarafların veya hakemlerin internet bağlantısını sağladıkları noktaların, yargılamanın yürütüldüğü bilgisayarın bağlı olduğu IP adresinin, sunucuların (“*server*”) olduğu yerin, hakemlerin e-mailleri aldıkları ve attıkları yerin, online tahkim yargılaması sağlayıcısının bulunduğu yerin, tahkim yeri olarak kabul edilebileceği ileri sürülmektedir. Fakat bu çözümler, tahkim yargılamasında tahkim yeri hukukunun işlevi ve hukuki sonuçları göz önüne alınca birçok farklı probleme sebebiyet verebilmektedir¹⁵⁵. Bu sebeple online tahkim yargılamalarında, her ne kadar tahkim yargılaması fiziki olarak bir yerde gerçekleşmemiş olsa da hakem kararında bir tahkim yeri belirlenmelidir. Tahkim yeri hukukuna bağlı hukuki hususların hayata geçirilebilmesi için kararda bir tahkim yerinin belirlenmiş olması önem arz etmektedir¹⁵⁶. Online tahkim yargılamalarında tahkim yerinin tespiti hakkında ortaya bir sorun çıktığında da diğer tahkim yargılamalarda olduğu gibi hakem kurullarının ve mahkemelerin yukarıda belirtilen hususları dikkate alarak bir değerlendirme yapmak suretiyle tahkim yerini belirlemeleri gerekmektedir. Konu hakkında özel düzenleme yapan farklı tahkim kurum kuralları da bulunmaktadır. Bu kurallar uyarınca, genel olarak, öncelikle tarafların tercihleri değerlendirilirken taraflarca bir tercihte bulunulmamış veya hakemlere özel bir yetki verilmemişse, kurum merkezlerinin tahkim yeri olacağı düzenlenmiştir. Örneğin 2009 tarihli Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu (CIETAC) Online Tahkim Kuralları 8. maddesi uyarınca, taraflara

¹⁵³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.240.

¹⁵⁴ Kaufmann-Kohler, **Place**, s.352; Baert, **a.g.e.**, s.76.

¹⁵⁵ Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1318.

¹⁵⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.241.

tahkim yerini belirleme hakkı tanındıktan sonra taraflarca bir tahkim yeri belirlenmemişse tahkim yerinin kurum merkezi olan Pekin olacağı düzenlenmiştir¹⁵⁷.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim anlaşması yapıldıktan sonra hatta yargılama devam ederken de tahkim yerini değiştirebilecekleri kabul edilmektedir¹⁵⁸. Fakat, tahkim yerinin değiştirilmesi, usuli işlemler bakımından zamanlar arası kanunlar ihtilafı uyuşmazlıklarına veya *lex arbitrinin* hukuki sonuçlarına ilişkin problemlere sebebiyet verebilecektir. Değişiklik yapıldıktan sonra, tarafların bu konuda bir anlaşması yok ise, tahkim usulünün hangi hukuka tabi olacağı sorunu ortaya çıkabilecektir¹⁵⁹. Bu sebeple taraflarca tahkim anlaşmasında kararlaştırılan tahkim yerinin değiştirilmemesi, çok elzem değilse önerilmektedir¹⁶⁰. Çok sıra dışı hallerde dahi tahkim yerinin değiştirilmesinin, yapılan ilk tahkim anlaşmasının taraflarca bağlayıcı olduğu gerekçesiyle ICC tarafından kabul edilmediği kararlar bulunmaktadır¹⁶¹.

¹⁵⁷ CIETAC Online Tahkim Kuralları için bkz. (Çevrimiçi, 2020) <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2770&l=en>. Benzer bir yaklaşım ISTAC Tahkim Kurallarında da görülebilecektir. ISTAC Tahkim Kurallarının uygulandığı ve ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının dikkate alındığı bir tahkim yargılamasında da eğer taraflar farklı bir tahkim yeri belirlememişlerse, ISTAC Tahkim Kurallarının 23(1) “(t)taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yeri İstanbul’dur” hükmü uyarınca tahkim yeri İstanbul olarak kabul edilecektir.

¹⁵⁸ Waincymer, **a.g.e.**, s.171. Örneğin, tarafların tahkim yeri haricinde ikinci bir yer hukukunu belirlemeleri halinde, bu hukukun artık tarafların tahkim yerini değiştirmek istedikleri anlamına gelebileceği ve tahkim yeri hukuku olarak ikinci seçilen yerin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.303.

¹⁵⁹ Örneğin, tahkim yerinin tahkim yargılaması sırasında değiştirilmesi halinde tamamlanmış usuli işlemler hakkında, geçmiş tahkim yeri hukuku, tamamlanmamış veya devam eden usuli işlemler için ise yeni belirlenen tahkim yeri hukukunun etkili olacağı söylenebilecektir. Fakat bu çözüm de daha karmaşık farklı usuli sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir.

¹⁶⁰ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.144; Waincymer, **a.g.e.**, s.171.

¹⁶¹ Örneğin, Amerikalı şirket ve Sırbistan devletinin de arasında olduğu Sırp tarafların arasındaki 1990 tarihli tahkim anlaşmasında Belgrad’ın tahkim yeri olarak belirlendiği ICC tahkime karar verilmiştir. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine 2000 yılında Amerikalı şirket tahkim yargılamasını başlatmak istemiştir. Amerikalı şirket, tahkim anlaşmasının yapıldığı tarihten 10 yıl sonra Belgrad’da şartların tamamen değiştiğini, Miloseviç’in bir diktatörlük rejimi ile mahkeme yargısını tamamen kontrol altına aldığını, Amerika ve Sırbistan devletleri arasında ihtilafların olduğunu, Amerikalı şirketin açıkça Miloseviç’e muhalif olduğunu, hakem kararı hakkında ortaya çıkabilecek her hangi bir sorunun tamamen Miloseviç rejimi tarafından kontrol edilen yargı tarafından karara bağlanacağını ve tarafların ve tanıkların güvenliklerinin olmadığını ileri sürerek tahkim yerinin Belgrad’dan Cenevre gibi daha tarafsız bir yere taşınmasını istemiştir. ICC Tahkim Divan ise tahkim anlaşmasının geçerli ve bağlayıcı olduğuna, konu hakkında hakem kurulunun karar vermesi gerektiğine karar vermiştir. Kararlar yayınlanmamışlardır. *Not indicated v. Not indicated*, ICC No. 10373 ve 10439, naklen “The Place or ‘Seat’ of Arbitration (Possibility, and/or Sometimes Necessity of its Transfer?) – Some Remarks on the Award in ICC Arbitration no 10623”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.21, S.1, 2003, s.112-119, s.117.

5. Tahkim Yeri Hukukunun Kapsamı

Lex arbitri olarak tahkim yeri hukukunun kabul edilmesi halinde, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde nasıl bir etki doğuracağının tespiti oldukça önemlidir. Tahkim yeri ile tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk arasında, *lex fori* ile mahkemeler arasında var olan ilişkiye benzer bir ilişki olduğu düşünülebilir. Bir ülkenin mahkemelerinin taraflarca yetkili kılınması halinde o mahkemelerin usuli kurallarının da kabul edildiği varsayılır¹⁶². Taraflar, bir ülke mahkemesini yetkili kıldıktan sonra başka bir ülke hukukunun usul hukuku kurallarının uygulanması konusunda anlaşma yapamazlar¹⁶³. Peki, tahkim anlaşmasında tahkim yerini belirleyen tarafların, tahkim yeri hukuku ile tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk arasında bu şekilde bir bağ kurduklarının söylenmesi mümkün müdür? Bu sorunun cevabı gerek tahkim yargılamasının gerekse tahkim yargılaması sonrası verilen hakem kararı hakkında açılacak iptal veya tanıma tenfiz davasının sonucu üzerinde etkili olacaktır.

Lex fori ile *lex loci arbitri* birbirleri ile benzer işlevleri olan kavramlardır. *Lex fori* esas olarak bir hükmün nasıl verileceğine dair unsurları belirler¹⁶⁴. *Lex arbitri* de çoğunlukla uyuşmazlığın esası hakkında bir hüküm içermez, hükmün nasıl ve hangi hukuka göre verileceğine ilişkin hükümler içerir¹⁶⁵. Bu bakımdan *lex fori* ve *lex loci arbitri*nin birbirlerine benzediklerinin söylenmesi mümkündür¹⁶⁶.

Lex loci arbitri ile *lex fori* arasında var olan benzerliklerinden ötürü, hakemlerin *lex loci arbitri*yi, hakimlerin *lex fori*yi değerlendirdikleri gibi değerlendirmeleri önerilebilecektir. Hatta *lex loci arbitri*nin hakemlerin *lex fori*si

¹⁶² Nomer, *Usul*, s.18; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s.666; Aygül, *a.g.e.*, s.5; Strong, *a.g.e.*, s.1030.

¹⁶³ Aygül, *a.g.e.*, s.5.

¹⁶⁴ Nomer, *Usul*, s.17; Petrochilos, *a.g.e.*, s.6.

¹⁶⁵ Yeşilova, *Lex Arbitri*, s.276 dn.43.

¹⁶⁶ Hirsch, *a.g.e.*, s.43 dn.1; Gerek milletlerarası düzenlemelerin gerekse milletlerarası düzenlemeler örnek alınarak yapılan milli düzenlemelerin, tahkim yargılaması için emredici hükümler ile birçok sınırlama getirdiği; bu sebeple de milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelerin tahkim yargılaması üzerinde *lex fori*ye çok benzer bir etki yarattığı söylenmektedir. Born, *a.g.e.*, s.1538.

olduğu bile söylenebilecektir. Fakat bu yorum birçok sakınca ve problemlere sebebiyet verebilecektir. Öncelikle, hakimler yargılama yetkilerini devletin yargılama yetkisinden aldıklarından *lex fori*yi uygulamaları zorunludur; fakat hakemler yargılama yetkilerini taraf tercihlerinden ve tahkim yerinden aldıklarından *lex loci arbitri*yi uygulanmaları *lex fori* gibi bir zorunluluk içermemektedir¹⁶⁷. Tahkim yargılamaları birden fazla ülkede gerçekleşebileceğinden, *lex loci arbitri*, *lex fori* gibi her tahkim yargılamasına basitçe uygulanamayacaktır¹⁶⁸. *Lex loci arbitri*, *lex fori* kadar ayrıntılı düzenleme içermediğinden hakemlerin, hakimlere oranla daha geniş yetki ve takdir haklarına sahip olmaları gerekmektedir¹⁶⁹. *Lex fori*nin amacı esas olarak mahkemelerin iç işleyişini düzenlemektir ve yetki alanı, ilgili mahkemenin egemenlik alanı içindedir. Oysa milletlerarası tahkim yargılamaları, birden fazla mahkeme veya ülke ile ilişki halindedir. Bu sebeple *lex loci arbitri*nin *lex fori* gibi uygulanması demek, *lex loci arbitri*nin uygulanmasının kısıtlanması anlamına gelecektir. Ayrıca, *lex loci arbitri*nin *lex fori* olarak kabulü halinde, tarafların iradelerinden öte tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde etkisi esas alınacaktır ki bu durum, günümüz milletlerarası tahkim yargılamasında ulaşılmaya çalışan, irade serbestisinin esas alındığı sistem ile çatışacaktır¹⁷⁰. Bu sebeplerle, tahkim yargılamasında hakemlerin, uygulaması gereken bir *lex fori*lerinin olmadığı ve uygulamaları gereken hukuku da hakimlerin *lex fori*yi uyguladıkları gibi uygulamalarının doğru olmayacağı söylenebilecektir¹⁷¹.

Yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü, *lex loci arbitri*nin tahkim yargılamaları üzerinde, *lex fori*nin mahkemeler üzerinde sahip olduğu gibi bir etkisinin olduğundan bahsetmek oldukça zordur. *Lex loci arbitri*nin tahkim yargılaması üzerinde *lex fori* gibi bir etkisinin olmadığı kabul edildiğinde, tahkim

¹⁶⁷ Özel, **a.g.e.**, s.96.

¹⁶⁸ Aygül, **a.g.e.**, s.1.

¹⁶⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.9.

¹⁷⁰ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.61; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.272.

¹⁷¹ Born, **a.g.e.**, s.1537; Hakemlerin bir *lex fori*si olmadığı ve bu sebeple tahkim yeri hukukunun *lex fori* olarak kabul edilemeyeceği ICC kararlarında da vurgulanmıştır. Örneğin, bir ICC kararında tahkim yerinin İsviçre olmasının hakemlerin doğrudan İsviçre usul hukukunu veya İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalarını zorunlu kılmayacağı açıkça belirtilmiştir. *Nigerian Company v. Canadian Company*, ICC No. 12297, 22.8.2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.47-56, s.50.

yeri hukukun tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Konu hakkında tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisi hakkında farklı görüşler bulunsa da bazı temel hususlar, şu paragraflar altında toplanabilecektir:

Lex arbitrinin uygulanma kapsamını tahkim yeri hukuku belirleyecektir¹⁷². Yani *lex arbitri* ile *lex loci arbitri*, bir olacaktır.

Tarafların irade serbestilerinin kapsamı *lex loci arbitri* tarafından belirlenecektir¹⁷³. Tarafların sahip oldukları irade serbestisi *lex loci arbitrinin*, emredici kuralları ile sınırlandırılacaktır¹⁷⁴. Taraflar tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukunda değişiklik yapmak istiyorlarsa, bu tercihlerini tahkim yeri hukukunun kendilerine tanıdığı yetki çerçevesinde yapabileceklerdir¹⁷⁵.

Taraflar iradeleri kapsamında tahkim yargılamasına uygulanacak hukuka karar vererek tahkim yargılamasının, tahkim yeri hukukundan yani *lex loci arbitriden* farklı bir hukuka tabi kılınmasına karar veremezler¹⁷⁶.

Tahkim yeri hukuku, *lex loci arbitri*, tahkim yargılamasına uygulanacak usuli kuralları veya usuli kurallara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını belirleyecektir¹⁷⁷.

¹⁷² Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.115; Aygöl, **a.g.e.**, s.42; Vial, **a.g.e.**, s.340.

¹⁷³ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.43; Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.175.

¹⁷⁴ Carbone, **a.g.e.**, s.220; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.293 dn.87; Waincymer, **a.g.e.**, s.51; Vial, **a.g.e.**, s.344; Fakat tahkim yeri hukukunda yer alan ve irade serbestisini kısıtladığı kabul edilen unsurların, kesinlikle emredici nitelikte olması gerektiği; aksi takdirde irade serbestisinin aşırı kısıtlanacağı ve bu durumun tahkim yargılamasına zarar vereceği vurgulanmaktadır. Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.116; Tahkim yargılamasının usulünün, tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukunun emredici kuralları ile sınırlandırıldığı ICC'nin 5029 numaralı kararında “*the mandatory provisions of the arbitration law of the place of arbitration govern the arbitration*” denilerek vurgulanmıştır. *French contractor v Egyptian employer*, ICC No. 5029, 16 Haziran 1986, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XII, 1987, s.113-123, p.6.

¹⁷⁵ Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.120; Günümüzde, milletlerarası ticari tahkimde usuli konularda irade serbestisine ilişkin var olan problemler de *lex loci arbitri* olarak tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuklarda yer alan irade serbestisine ilişkin emredici düzenlemeler arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

¹⁷⁶ Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.248.

Tahkim yeri hukuku doğrudan ya da tahkim yargılamasının tabi olacağı hukukunun tahkim yerince belirlemesi sebebiyle dolaylı olarak hakem kararlarının milliyetini belirleyecektir¹⁷⁸.

Mahkemelerin tahkim yargılaması ve hakem kararlarının üzerindeki yardım ve denetleme etkilerine *lex loci arbitri* karar verecektir¹⁷⁹. Yani tahkim yargılamalarına yardım amaçlı mahkemelerden tedbir talebinde bulunulup bulunulamayacağı veya hakem kararı hakkında iptal veya tenfiz davası açılıp açılmayacağı *lex loci arbitri* uyarınca belirlenecektir.

C. Lex Arbitri Olarak Taraflarca Seçilen Hukukun Dikkate Alınması

1. Genel Bilgi

Lex arbitrinin, tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği görüşüne karşı, tahkim yargılamalarının, tarafların seçtikleri bir milli hukuka tabi olabileceği hatta hiçbir milli hukuka tabi olmadan da var olabileceği savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca *lex arbitri* ve *lex arbitrinin* hükümleri tahkim yeri hukukuna değil, tarafların tahkim yargılamasında uygulanmasını tercih ettikleri hukuka tabidir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Born, **a.g.e.**, s.1541; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1319; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.135; Vial, **a.g.e.**, s.333; Hill, **a.g.e.**, s.521; Bozkurt, **a.g.e.**, s.23; Aakruti Vakharia, “Splitting Procedural Law: Examining the Implications of Union of India v. McDonnell Douglas”, **Dispute Resolution Journal**, vol.73, No.4, 2018, s.89-105, s.91; Sabater, **a.g.e.**, s.443.

¹⁷⁸ Loukas Mistelis, “Setting Aside of Arbitral Awards and Forum Shopping in International Arbitration: Delocalization, Party Autonomy and National Courts in Post-Award Review”, **Forum Shopping in The International Commercial Arbitration Context**, Editör Franco Ferrari, Münih, Sellier European Law Publisher, 2013, s.277-295, s.278; Chang, **a.g.e.**, s.58.

¹⁷⁹ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.115; Mistelis, **a.g.e.**, s.278; Vakharia, **a.g.e.**, s.95; Sabater, **a.g.e.**, s.443; Vial, **a.g.e.**, s.335.

¹⁸⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.31; Jan Paulsson, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin”, **International and Comparative Law Quarterly**, vol.30, 1981, 358-387 (Unbound), s.369; Kalpsüz, **Tahkim**, s.102; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.811; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.561; Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.461; Doktrinde bu durumu, tahkim yargılamasının *lex arbitriden* kopması olarak ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Hirsch, **a.g.e.**, s.45.

Tahkim yargılamasının kaynağının sözleşmeye dayandığı sözleşmesel teorinin sonucu olan bu görüşe göre, tarafların irade serbestileri ile oluşturdukları tahkim anlaşması, aynı zamanda tahkim yargılamasının kaynağını da teşkil edebilecektir¹⁸¹. Bu görüş uyarınca, tahkim yargılamasının kaynağının “*pacta sunt servanda*” prensibinden geldiği kabul edilebilecektir¹⁸².

Tahkim yargılamaları, tahkim yargılamasının bir milli hukuka veya tahkim yeri hukukuna bağlanması gerekmediğini savunan görüş uyarınca, *milliyetsiz* (“*a-national*”), *vatansız* (“*denationalized*”), *tabiiyetsiz* (“*delocalized arbitration without law*”), *yüzer* (“*floating arbitration*”); bir milli hukuka tabi olsa bile bu hukukun tahkim yeri hukuku olması gerekmediğini savunan bu görüş uyarınca da *mahalden ayrılan* (“*geographical delocalization*”) tabirleri ile ifade edilmektedir¹⁸³. Fakat bu ifadelerin tam olarak ne anlama geldiği bir kesinlik içermemekte, doktrinde tartışılmaktadır.

Görüş uyarınca tarafların sahip oldukları irade serbestisi ve *lex arbitri*, mutlaka bir milli hukuka dayanmak zorunda değildir. Tahkim yargılamasının esasını oluşturan tarafların iradelerinin kaynağı olarak da milletlerarası hukuk, milletlerarası özel hukukun ve usul hukukunun genel prensipleri veya milletlerarası ticaret hukukunun genel prensipleri kabul edilebilecektir¹⁸⁴.

¹⁸¹ Koral, **İzlenim**, s.88 dn.21a; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.44; Aygül, **a.g.e.**, s.32; Görüşün tamamen sözleşmesel teoriye dayanmadığı, bu yargılama yönteminde hakemlerin hakimlere alternatif olmadan, milletlerarası alanda tacirlerin adına yargılama yapan bir hâkime dönüştüğü doktrinde ileri sürülmektedir. Pierre Mayer, “The Trend Towards Delocalization in The Last 100 Years”, **Internationalization of International Arbitration: The LCIA Centenary Conference**, Editörler Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V. Veeder, Graham&Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, s.37-46 (eds., 1995) (**Delocalization**), s.41. Tahkim yargılamasının otonom niteliğe sahip olduğunu savunan görüş uyarınca da *lex arbitri*, hiçbir hukuka tabi olmadan var olabilecektir. Köse, **a.g.e.**, s.346.

¹⁸² Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.45.

¹⁸³ Born, **a.g.e.**, s.1587; Carbone, **a.g.e.**, s.220; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.287; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.120; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.180; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.65; Dickson, **a.g.e.**, s.120; Aygül, **a.g.e.**, s.32; Bernard Hanotiau, “International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future”, **Kluwer Law International**, vol.28, S.2, 2011, s.89-103, s.90; Smit, **A-National**, s.629; Giuditta Cordero Moss, **International Commercial Arbitration Party Autonomy and Mandatory Rules**, Tano Aschehoug, 1999 (**Mandatory Rules**), s.208; Özel, **a.g.e.**, s.60; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.109; Türk doktrininde bu durum tahkim yargılamalarının “*milletlerarasılaştırılması*” olarak da adlandırılmaktadır. Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.176.

¹⁸⁴ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.59; Dickson, **a.g.e.**, s.120.

Lex arbitri olarak tarafların seçtikleri hukukun dikkate alınmasının gerektiğini savunan görüş esas olarak, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması hakkında verebilecekleri ve tahkim yargılamasının işleyişini etkileyebilecek kararlardan kaçınmak amacıyla, tahkim yargılamasını tahkim yeri hukukunun etkisi altından kurtarmaya çalışmaktadır¹⁸⁵. Bu sayede, tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargılaması üzerindeki denetleme yetkisi azaltılabilecek veya hakem kararları hakkında verilebilecek iptal kararlarının diğer devlet mahkemeleri açısından bir anlam ifade etmemesi sağlanabilecektir¹⁸⁶. Yani, görüş uyarınca tahkim yeri mahkemelerince verilen iptal kararlarının sadece tahkim yeri ülkesini ilgilendirmesi ve tahkim yeri mahkemesince verilen kararların diğer hukuklarda geçerli olmaması amaçlanmaktadır¹⁸⁷. Teori, *lex arbitri* olarak tahkim yerinin kontrolünü kaldırılıp sadece tanıma tenfiz yeri hukukunca yapılacak kontrolün kalmasını sağlayarak, normalde var olan ikili kontrol sistemini de kaldırmaya çalışmaktadır¹⁸⁸.

Tahkim yargılamasının tahkim yeri hukuku ve tahkim yeri mahkemelerinden uzaklaştırılmaya çalışılması, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukunun etkisinden tamamen koparılması, bu hukuktan gizlenmesi ve tahkim yargılamasının hukuksuzlaştırılmaya çalışıldığı anlamına gelmemektedir¹⁸⁹. Zaten gerek tahkim yeri mahkemesi gerekse diğer mahkemelerden tamamen koparılmış bir tahkim yargılamasının düşünülmesi pratik açıdan oldukça zordur¹⁹⁰. Esas amaç, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerinde sahip olduğu kabul edilen yetkinin ekseriyetle günümüz milletlerarası tahkim yargılamasına uygun olmaması ve bu durumun farklı uygulamalar ile dengelenmeye çalışılmasıdır¹⁹¹.

¹⁸⁵ Mayer, **Delocalization**, s.43; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.279; Köse, **a.g.e.**, s.347.

¹⁸⁶ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.278.

¹⁸⁷ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.312; Smit, **A-National**, s.630.

¹⁸⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.180; Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.179; Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.65.

¹⁸⁹ Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.119.

¹⁹⁰ Jan Paulsson, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters", **International and Comparative Law Quarterly**, vol.32, S.1, 1983, s.53-61 (**Delocalisation**), s.54.

¹⁹¹ Köse, **a.g.e.**, s.338.

İlk başta sadece tahkim yeri hukukunun, tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin azaltılması amacıyla ortaya çıkan bu görüş, günümüzde doktrince de destek görmüştür. Tahkim yargılamasında, klasik kanunlar ihtilafı kuralları haricinde milli bir hukuka bağlanma ihtiyacı duymadan uygulanacak hukukların aranması, devletlerin kendi iç hukuk düzenlemelerini de şekillendiren bir görüş haline gelmiştir¹⁹².

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin yapılan yeni düzenlemelerin, tahkim yargılamasında taraf iradelerine, tahkim yerinden daha çok önem verdiği de gözlenmektedir. Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kurallarının aksine ICC Tahkim Kurallarının delocalization teorisine daha uygun olduğu ve tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisini azaltmaya yönelik düzenlemeler getirdiği ileri sürülmektedir¹⁹³. UNCITRAL Tahkim Kurallarında milli hukukların taraflarca seçilebilecekleri veya tahkim yargılaması üzerinde etkili olabilecekleri kabul edilirken, ICC Tahkim Kurallarında esas olarak tarafların irade serbestileri ve bu serbesti kapsamında seçilen hukukların etkili olacağı kabul edilmektedir. Bu duruma örnek olarak iki ICC hakem kararı gösterilebilecektir. ICC tahkimine konu, tarafları Pakistanlı Banka (National Bank of Pakistan) ve çimento üreten Hintli firma (Dalmia Dairy Industries) olan uyuşmazlıkta banka, Pakistanlı bir çimento üreticisinin Hintli şirkete yapacağı ödemeyi garanti altına almıştır. 1964 yılında yapılan sözleşmede, uygulanacak hukuk olarak Hindistan hukuku seçilmiştir. Pakistan ile Hindistan arasında 1965-1966 yılları arasında yaşanan siyasi gerilim sonucu iki devlet makamları da diğer devlet makamları ile işlem yapılmasına ilişkin sınırlamalar getirmişlerdir. Bu sorunlar sebebiyle Pakistanlı çimento üreticisi Hintli firmaya borcunu ödeyememiş, Pakistan bankası da Hintli şirkete karşı garanti yükümlülüğünü yerine getirememiştir. Hintli şirket, bunun üzerine ICC tahkim sürecini başlatmıştır. Yapılan yargılamada hakem, taraflar bir kere tahkim yargılamasında uygulanacak hukuku belirlediklerinde, diğer hukukların artık dikkate alınamayacağını; tarafların ICC Tahkim Kurallarını seçmeleri sebebiyle, bu kurallar

¹⁹² Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.321; Görüşün iç hukuk düzenlemeleri üzerindeki etkisine ilişkin için bkz. (Birinci Bölüm-II-(D)-(2)-(e))

¹⁹³ Moss, **Mandatory Rules**, s.212.

harici Pakistan veya Hint hukuklarının dikkate alınmasının mümkün olmadığını kabul etmiştir. Her ne kadar ICC Tahkim Kuralları, Hint veya Pakistan hukukuna üstün gelecek milletlerarası alanda kabul edilmiş bir üstün hukuk olarak kabul edilemese veya seçilen hukuk tamamen tarafların iradelerine dayansa da bu durum, seçilen kuralların bağlayıcı niteliğini ve diğer hukuklara karşı öncelikli halini değiştirmemektedir. Milletlerarası alanda gelişen teamül olarak kabul edilebilen ve birçok devlet tarafından kabul edilen bu kurallar ile tahkim yargılamasının bir yerel hukuktan koparılması mümkün olduğu hakemce kabul edilmiştir. Sonuç olarak hakem, uyuşmazlığın sadece tarafların seçtikleri hukuk ile, yani bu davada ICC Tahkim Kuralları ile, karara bağlanmasına hükmetmiştir¹⁹⁴. 12124 numaralı 23 Kasım 2004 tarihli *French And Mexican Companies v. US Companies* ICC kararında da davacı taraf, davalı tarafın bilirkişi tanıklarının ifadelerinin, uyuşmazlık hakkında karar verilirken dikkate alınmaması gerektiğini iddia etmiştir. Davalı taraf da ilgili ifadelerin dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin ne tahkim yargılamasına uygulanacak hukukta ne de tahkim yeri hukukunda yer olmadığını ileri sürmüştür. Hakem kurulu tahkim yargılamasında, ne tahkim yeri hukukunun ne de taraflarca karar verilmedikçe farklı bir milli hukukun uygulanmasının zorunlu olmadığı yönünde görüş bildirmiş ve tanık ifadelerinin karar verilirken değerlendirileceğine hükmetmiştir¹⁹⁵.

Tahkim yargılamasında tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk hakkındaki tercihlerinin, yani tarafların belirleyecekleri *lex arbitrinin*, iki şekilde ortaya çıkabileceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Taraflar, tahkim yeri hukukundan başka bir milli hukuku seçerek bu hukukun tahkim yargılamalarına uygulanmasını isteyebilecekleri gibi, hiçbir milli hukuk tercihinde bulunmadan milletlerarası alanda yer alan kuralların tahkim yargılamalarına uygulanmasını talep edebilirler. Tarafların belirleyebilecekleri bu farklı *lex arbitrilerin* tahkim yargılamaları üzerinde nasıl bir etkiye sahip olabileceğinin değerlendirilmesine

¹⁹⁴ *an Indian cement Company v a Pakistani bank*, ICC No. 1512, 1971, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. V, 1980, s.170.

¹⁹⁵ *French and Mexican Companies v. US Companies* ICC No. 12124, 23 Kasım 2004, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.32-33, s.32.

geçmeden önce; tahkim yargılamalarının neden *lex loci arbitri* yerine, yani tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olması yerine, tarafların belirleyecekleri hukuka tabi olması ihtiyacı doğduğunun incelenmesi konunun anlaşılması için önem arz etmektedir.

2. Lex Arbitri Olarak Taraflarca Seçilen Hukukun Uygulanma Sebepleri

Tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna veya bir milli hukuka bağlanmaması gerektiğini savunan görüşlerin ileri sundukları savlar, şu paragraflar altında toplanabilecektir:

Günümüzde, tahkim yargılamasının gücünü ve bağlayıcılığını esas olarak tahkim yeri hukukundan değil, milletlerarası kaynaklardan aldığı iddia edilmektedir¹⁹⁶. Tahkim yargılamasının kaynağının bir milli hukuk olmasının, tahkim yargılamasından beklenen hukuki güvenlik ve kesinliği bertaraf ettiği savunulmaktadır. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkimin kaynağı bir milli hukuk ile değil, milletlerarası bir hukuk kavramı ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Milletlerarası tahkim yargılamasının, kendi niteliğine uygun olarak milletlerarası ilke ve prensiplere tabi olması gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁷. Hatta günümüzde milletlerarası ticaret hukukunun, bir milli hukuka dayanmadan var olmak için ihtiyacı olan gerekli düzenlemeleri ve teşkilatı sağladığı da ileri sürülmektedir¹⁹⁸.

Tahkim yargılamasının kaynağı, tahkim yeri hukuku değil taraflar arasında yapılan anlaşmadır. Hakemler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek üzere özel olarak yetkilendirilmiş kişileridir. Hakemler yargılama yetkilerini tahkim

¹⁹⁶ Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.176; Carbone, **a.g.e.**, s.220; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.283; Ugo Draetta, "The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization", **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.33, S.2, 2015, s.327-342, s.328.

¹⁹⁷ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.288.

¹⁹⁸ Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.176.

yeri hukukundan almadıkları için de hakimlerden farklı olarak, tahkim yerine karşı bir sorumlulukları veya tahkim yeri hukukunun hakemlerin kararlarından dolayı bir sorumlulukları bulunmadığı söylenebilecektir¹⁹⁹.

Tahkim yargılamasının tahkim yerine bağlı olduğunun kabulü, doğası gereği hareketli olan milletlerarası tahkim yargılamasına aykırılık teşkil edecektir²⁰⁰. Milletlerarası tahkim yargılamalarının sahip olduğu mobilize karakter, tahkim yargılamasını milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda başarılı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline getirmektedir. Tahkim yargılamasını bir hukuka ve özellikle tahkim yeri hukukuna bağlamak, tahkim yargılamalarının sahip olduğu esnekliği kaybetmesine sebep olacaktır.

Tahkim yargılamasının tek bir milli hukuka ve özellikle tahkim yeri hukukuna mahkûm edilmesinin, tahkim kurumunun mantığı ile çatıştığı da iddia edilmiştir. Bu görüş uyarınca tahkim yargılamasının, uyuşmazlık konusu ile çoğu zaman alakası olmayan ve sadece pratik sebeplerle seçilen tahkim yerine bağlanmasının haklı bir hukuki sebebi olmadığı savunulmaktadır²⁰¹. Çoğu zaman tahkim yargılaması ile tahkim yargılamasının yürütüldüğü yer arasında organik bir bağ bulunmamaktadır. Taraflar tahkim yerini tahkim yargılaması ile olan sıkı bağından öte, tamamen pratik sebepler ile belirlemektedirler²⁰². Taraflar, tahkim yeri hukukunu düşünmeden başka pratik sebepleri dikkate alarak, tahkim yerine karar vermektedirler²⁰³. Hatta çoğu zaman tahkim yerine karar bile vermemektedirler. Bu durumun tam tersi olarak tahkim yargılamasının birden fazla, farklı yerde yapılması hali de ortaya çıkabilmekte ve bu durum

¹⁹⁹ Paulsson, **Unbound**, s.363-364; Kalpsüz, **Milliyet**, s.607; Petrochilos, **a.g.e.**, s.25.

²⁰⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.25.

²⁰¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.810; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.64; Petrochilos, **a.g.e.**, s.24; Akıncı, **Tenfiz**, s.59; Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.360; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.296; Bozkurt, **a.g.e.**, s.21; Christoph Liebscher, “Non-Binding Award, Article V(1)(e)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.370-393, s.382; Chang, **a.g.e.**, s.69.

²⁰² Kalpsüz, **Milliyet**, s.607; Born, **a.g.e.**, s.1596; Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.177; Carbone, **a.g.e.**, s.220; Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.360; Mistelis, **a.g.e.**, s.289.

²⁰³ Paulsson, **Delocalisation**, s.56; Liebscher, **a.g.e.**, s.382.

karışıklıklara sebep olmaktadır²⁰⁴. Tahkim yargılaması üzerinde etkisi olabilecek hukuklar değerlendirildiğinde; tenfiz yeri hukukunun bile, tahkim yeri hukukundan tahkim yargılaması ile daha çok bağlantısı olduğu söylenebilecektir²⁰⁵. Bu sebeple, tahkim yargılamasının bir yerde gerçekleştiği ve o ülke kurallarının tahkim üzerinde doğal bir egemenlik hakkına sahip olduğu savı gücünü kaybetmektedir²⁰⁶.

Tarafların belirledikleri tahkim yerinin, seçilen tek milli hukuk olarak tahkim yargılaması üzerinde hak sahibi olmasının, aşkın ve zorlama bir yetki olduğu da söylenebilecektir²⁰⁷. Ayrıca, bir tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi halinde, sadece seçilen tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde kontrol sahibi olacağının kabul edilmesi problemlere yol açacaktır²⁰⁸.

Tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna bağlanmasındaki en önemli sorunlardan bir tanesi, tahkimin tahkim yargılamasına ilişkin kuralları geri kalmış, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve genel kabul görmüş değerlerine cevap vermeyen bir yer hukuka tabi bırakılma ihtimalinin olmasıdır²⁰⁹.

Tahkim yargılamasında sadece tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları ile veya taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığında doğrudan tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen hukukun, uyumsuzluğu çözmek için en ideal hukuk olduğu savunulmaktadır. Günümüzde, hakemlere uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tespit etmek üzere uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını doğrudan belirleme yetkisi bile tanınırken, tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının uyumsuzluğun

²⁰⁴ Kalpsüz, **Milliyet**, s.607.

²⁰⁵ Petrochilos, **a.g.e.**, s.24.

²⁰⁶ Paulsson, **Delocalisation**, s.60; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.295; Köse, **a.g.e.**, s.343.

²⁰⁷ Paulsson, **Unbound**, s.363; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.278.

²⁰⁸ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.296.

²⁰⁹ Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1320; Akıncı, **Tenfiz**, s.62; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.277; Bozkurt, **a.g.e.**, s.22.

çözümü için en uygun hukuku göstereceğinin düşünülmesi veya bu kuralların zorunlu tutulmasının, milletlerarası tahkim yargılaması pratiğine aykırılık teşkil ettiği söylenebilecektir²¹⁰.

Taraflar tahkim anlaşması ile uyuşmazlıklarının mahkeme yargısında değil, tarafsız ve milli olmayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yargılamasında çözümlenmesini istemektedirler. Tarafların bu seçimine saygı duyulmalı, neden ilk aşamada mahkeme yargısından vazgeçtikleri düşünülmeli ve taraflar, tekrardan bir milli hukuk kontrolündeki tahkim yargılamasına maruz bırakılmamalıdır²¹¹. *Lex arbitrinin* tespitinde tahkim yeri hukukunun doğrudan, öncelikli olarak dikkate alınması, milletlerarası tahkim yargılamasının mantığına ters düşebilecek ve tarafların irade serbestisi ile yaptıkları tercihlere aykırılık teşkil edebilecektir²¹². Bu sebeple, hakemlerin tahkim yargılaması sırasında uygulayacakları hukuk kuralları hakkında her bir sorun özelinde değerlendirme yapmaları daha sağlıklı sonuçlar verebilecektir²¹³.

Tahkim yargılamasının bir tahkim yeri veya milli hukuk ile ilişkilendirilmesi, hakem kararlarının yetkili mahkemelerin hukukuna uygun verilmediği itirazları ile iptal davalarına konu olmalarına sebep olmaktadır. Hakem kararları tahkim yeri hukukunca iptal edilebilmekte ve dolaylı olarak kararın tanınması ve tenfizi engellenebilmektedir. Yetkili hukuk gereğince iptal edilen bir hakem kararının tenfiz edilebilmesi, tahkim yerinin ve milli hukukların tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin azaltılması ile sağlanabilecektir. Hakem kararlarının birden fazla ülkede tenfiz edilebilme şansı vardır. Fakat tahkim yeri veya tahkimin tabi olduğu milli hukukta yer alan ve milletlerarası tahkim yargılamasının güncel pratiğini desteklemeyen eski düzenlemeler ile kararın iptal edilmiş olması halinde herhangi bir tenfiz

²¹⁰ Mayer, **Delocalization**, s.42.

²¹¹ Born, **a.g.e.**, s.1588; Petrochilos, **a.g.e.**, s.27.

²¹² Kalpsüz, **Milliyet**, s.607.

²¹³ Bu görüş delocalization teorisini doğrudan savunmamakla birlikte, tahkim yargılamalarında tahkim yeri hukukunun öncelikli olarak dikkate alınmasını eleştirmektedir. Smit, **A-National**, s.643.

ülkesinde kararın tanınıp tenfiz edilmesi engellenince, tahkim yargılamaları ile elde edilmeye çalışılan etkili ve etkin çözümlere de ulaşamamaktadır²¹⁴.

Tahkim yargılaması tahkim yerinden kopartılarak, yetkili makamlarca iptal davalarında yapılabilecek inceleme ortadan kaldırılacak ve sadece tenfiz yeri mahkemesi tarafından kararın değerlendirilmesi sağlanacaktır²¹⁵. Yani hakem kararının iki kez değerlendirilebilmesinin önüne geçilerek tahkim yargılamasında sağlanmaya çalışılan hızlı çözüm elde edilmiş olacaktır²¹⁶.

Tahkim yargılamasının adil koşullarda gerçekleşmesi, milletlerarası kamu düzeninden gelen prensipler ile zaten güvence altına alınmıştır. Bu sebeple, ayrıca bir tahkim yeri hukukunun veya mahkemesinin tahkim yargılaması üzerinde denetleme hakkı olduğunu söylemek, tahkim yargılamasında sağlanmaya çalışılan özgür yargılama yöntemine zarar verecektir²¹⁷.

Kıta Avrupası sistemlerinde uygulaması çok olmayan ama Anglo-sakson hukuk sisteminde kullanılan ve mahkemelerin tahkim yargılamasının yürütülmesine müdahale eden *anti-suit injunction* veya *anti-arbitration injunctions* kararlarının, tahkim yerinin tahkim yargılamasına dostça yaklaşmayan bir ülkede olması halinde, tahkim yargılamasına zarar verecek şekilde kullanılabileceği kabul edilmektedir²¹⁸. Bunun önüne geçmek için tahkim yargılamalarının tahkim yeri ile olan bağlarının azaltılması gerekmektedir.

Tahkim yargılamasında taraflardan birinin kamu kuruluşu olduğu ve tahkim yargılamasının kamu kuruluşunun tabiiyetinde olduğu devlette yapılması halinde, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahalelerinin

²¹⁴ Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.178; Carbone, **a.g.e.**, s.220.

²¹⁵ Bucher, **a.g.e.**, s.41.

²¹⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.180; Ataman-Fıganmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.65.

²¹⁷ Born, **a.g.e.**, s.1588 dn.371.

²¹⁸ Tahkim yargılamasına dostça yaklaşmayan ve *anti-suit injunction* veya *anti-arbitration injunctions* kararları ile tahkime müdahale eden tahkim yeri devletlerinin, genellikle, gelişmekte olan ve kendisine yatırım yapılan ülkeler olduğu söylenebilecektir. Carbone, **a.g.e.**, s.229.

arttığı gözlenmektedir²¹⁹. Kamu kuruluşunun gerek yardım gerekse müdahale amacıyla mahkemelere başvurusu halinde hakimlerin kamu kuruluşu lehine karar verme ihtimalleri artmakta ve bu durum da tahkim yargılamasını sekteye uğratmaktadır²²⁰. Bu sebeple milletlerarası ticari tahkimde, tahkim yargılaması ile tahkim yeri arasındaki bağlantı koparılmaya çalışılmaktadır²²¹.

Tahkim yargılamasının tahkim yerine bağlanması günümüzde birçok yeni tahkim yöntemi için de problemlere sebep olmaktadır. Örneğin, online tahkim yargılamalarda bir tahkim yerinin belirlenmesi oldukça zordur. Tahkim yeri belirlenemediği için de yargılamanın ve kararın, tahkim yeri hukuku uyarınca sahip olması gereken nitelikler hakkında belirsizlikler ve kararın tanınıp tenfiz edilmesine ilişkin problemler ortaya çıkmaktadır. Tahkim yerinin tahkim yargılamaları üzerindeki etkisinin kaldırılması, bu tip tahkim yargılamaları hakkında ortaya çıkacak problemlere bir çözüm olarak da ileri sürülmektedir²²².

²¹⁹ Tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukundan ayrılmasını, bireylerden öte tahkim yargılamasına tabi devletler talep etmektedirler. Devletler, başka bir devletin tahkim yargılamasına hâkim olmasını, özellikle yatırım tahkimlerinde, istememektedirler. Zaten bu sebeplerle, en başarılı delocalize olmuş tahkimin ICSD tahkimi olduğu kabul edilmektedir. Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.119 dn.60; Georges R. Delaume, “State Contracts and Transnational Arbitration”, **American Journal of International Law**, vol.75, 1981, s.784-819, s.819.

²²⁰ Carbone, **a.g.e.**, s.232.

²²¹ Delaume, **a.g.e.**, s.796.

²²² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.49; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.66; Mistelis, **a.g.e.**, s.284; Fakat online tahkimlerde ortaya çıkabilecek problemlerin tahkim yargılamalarının tahkim yerinden koparılması ile değil, yargılamalar hakkında hukuki bir tahkim yerinin belirlenmesi ile çözülebileceği hakkında bkz. (Birinci Bölüm-II-(B)-(4))

3. Lex Arbitrinin Taraflarca Seçimi

a) Taraflarca Seçilebilecek Hukuk/Kurallar

(1) Taraflarca Lex Arbitri Olarak Milli Bir Hukukun Seçimi

Tarafların tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuku, tahkim yeri hukukundan kopararak, farklı bir milli hukuka bağlamaları, coğrafi delocalization olarak tanımlanmaktadır²²³. Teori uyarınca *lex arbitrinin* ve tarafların sahip oldukları irade serbestisinin, bir milli hukuka dayanması gerekmekte ve bu milli hukuk tahkim yeri hukuku olabileceği gibi tarafların seçtikleri farklı bir milli hukuk da olabilecektir²²⁴. Bu sebeple teori, mülkilik teorisine karşı özerklik teorisi olarak da adlandırılmaktadır²²⁵.

Teori ile tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukuku ile olan bağımlı kopartmak ve fakat tahkim yargılamasını daha modern, daha tahkim yanlısı, daha tarafsız olduğu düşünülen farklı bir milli hukuka ve o hukukun denetimine ve yardımına tabi kılmak amaçlanmaktadır. Yani taraflar, tahkim yeri hukukuna tabi olmak yerine, kendi belirledikleri milli hukukun tahkim yargılaması üzerinde etki etmesini sağlamaktadırlar. Teori genel olarak, tahkim yargılamasında milli hukukların tahkim yargılamaları üzerinde sahip olduğu etkiyi kabul ederken, tahkim yargılamasının sadece tahkim yeri hukukuna tabi olmasına karşı çıkmakta, tahkim yargılamasının irade serbestisi kapsamında tercih edilen farklı bir milli hukuka tabi olmasına imkân tanımaktadır.

²²³ Mayer, **Delocalization**, s.38; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.121; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.118; Aygül, **a.g.e.**, s.32-38.

²²⁴ Teori kapsamında önemli olan unsurun, seçilen milli hukukun uygulanması değil, o hukukun tahkim için düzenlediği emredici kuralların dikkate alınarak karar verilmesi olduğu da ileri sürülmektedir. Kalpsüz, **Yabancı Karar**, s.50 dn.30.

²²⁵ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.121.

Genel olarak milletlerarası alanda tahkim yargılamasının başka bir milli hukuka tabi kılınmasının, tahkim yeri hukukun izin vereceği ölçüde mümkün olabileceği ileri sürülmektedir²²⁶. Yani, tahkim yeri hukukunun aksinin kararlaştırılmasına yine tahkim yeri hukuku dikkate alınarak müsaade edilmektedir²²⁷. Bu durum, tahkim yeri hukukunun, yani localization teorisinin, delocalization teorisi üzerinde etkili olduğunu göstermektedir.

(2) Taraflarca Lex Arbitri Olarak Milli Hukuk Harici Kuralların Seçimi

Milletlerarası tahkim yargılamalarının milli bir hukuka tabi kılınmasının, tahkimin milletlerarası niteliğine aykırılık teşkil edeceği de söylenmektedir²²⁸. İşte bu görüş kapsamında, *lex arbitrinin* milli bir hukuk olmasının gerekli olmadığını iddia eden görüş ortaya çıkmış ve hukuki delocalization veya legal delocalization olarak tanımlanmıştır²²⁹.

Hukuki delocalization görüşünün iki ana akıma ayrıldığından bahsetmek mümkündür. Birinci görüş, tahkim yargılamasını ve tahkim yargılamasının kaynağını tarafların yaptıkları tahkim anlaşmasına tabi kılarken ikinci görüş tahkim yargılamasını, bütün hukuklardan bağımsız bir temele oturtmaktadır.

Birinci görüş uyarınca tarafların tahkim yargılaması üzerinde sahip oldukları yetki ve tahkim yargılamasının geçerliliği, tamamen tarafların imzalamış olduğu tahkim anlaşmasından kaynaklanmaktadır²³⁰. Bu görüşe göre, tahkim anlaşması veya hakem kararı hiçbir milli hukuka tabi olmadığından, anlaşma ve karar sadece bir tenfiz davasına konu olursa tenfiz yeri ülkesinde değerlendirilebilecektir. Bu durumda birden fazla *lex arbitrinin* olabileceği, her bir tenfiz devleti ülkesinde farklı

²²⁶ Born, **a.g.e.**, s.1590; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.182; Petrochilos, **a.g.e.**, s.31 dn.53; Aygöl, **a.g.e.**, s.32.

²²⁷ Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.118; Chang, **a.g.e.**, s.161.

²²⁸ Lew, **Autonomous**, s.195; Mistelis, **a.g.e.**, s.279; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.815.

²²⁹ Mayer, **Delocalization**, s.38; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.68; Bucher, **a.g.e.**, s.40; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1320; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.121.

²³⁰ Paulsson, **Unbound**, s.364; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.125.

bir değerlendirmenin yapılabileceği söylenebilecektir²³¹. “*Westphalian*” görüşü olarak adlandırılan bu görüş uyarınca tahkim yargılamasının geçerli bir yargılama olup olmadığına veya yargılama sonunda verilen hakem kararının geçerli bir karar olup olmadığına, yargılamanın değerlendirildiği tenfiz yeri hukukunda karar verilecektir. Yani tahkimin kaynağının ağırlığı, tahkim yeri hukukundan alınarak tenfiz yeri hukuklarına daęıtılmıřtır²³².

İkinci görüş uyarınca tahkim yargılaması bütün hukuklardan kopartılarak, gerçek milletlerarası tahkim hukukuna (“*truly international law of arbitration*”) tabi kılınabilecektir²³³. Milletlerarası tahkimde, tarafların irade serbestisi ile tahkim yargılamasını milletlerarası özel hukuka tabi kılacakları kabul edilmiştir. Bu görüş milletlerarası tahkimi hiçbir milli hukuk ile sınırlamamakta, sadece gerçek milletlerarası kamu düzenine ait kuralları (“*truly international public policy*”) bir sınır olarak belirlemektedir²³⁴. Yani hukuki dinlenilme hakkı veya kamu düzenine ait birkaç genel sınır dışında milli hukuklar, tahkim yeri hukuku da dahil olmak üzere bir sınır olarak kabul görmemektedirler²³⁵. Bu görüşün aslında milli hukukları tamamen reddetmediği, tahkim yargılamalarını milli hukuklarca geliştirilen yeknesak hukuk sistemlerine dayandırdığı söylenebilecektir²³⁶. Tahkim yargılamasında hakemlerin belirli bir hukuk düzenine bağlı olmadan, ticari örf ve adetleri ve *lex mercatoria* ile *amiable composition* yetkisini kullanarak veya genel hukuk prensiplerini değerlendirerek karar verdiği bu tahkim yargılamaları da a-national tahkim olarak ifade edilmektedir²³⁷. Tahkim yargılamasında kaynağın, bir milli

²³¹ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.65; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.326.

²³² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.182; Emmanuel Gaillard, “Transcending National Legal Orders for International Arbitration”, **International Arbitration: The Coming of a New Age?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.17, Kluwer Law International, 2013, s.371-377, s.372.

²³³ Paulsson, **Unbound**, s.362; Petrochilos, **a.g.e.**, s.35; Lew, **Autonomous**, s.202; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.68; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.127; Mistelis, **a.g.e.**, s.281; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.287.

²³⁴ Cemal şanlı, “Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk-Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi-Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 3, S.1, 1983, s.23-27 (**Hakem Kararı**), s.26; Akıncı, **Tenfiz**, s.52; Petrochilos, **a.g.e.**, s.36; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.315.

²³⁵ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.320; Gaillard, **a.g.e.**, s.373.

²³⁶ Gaillard, **a.g.e.**, s.373.

²³⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.67-68; Park, **Procedural Integrity**, s.667.

hukuk olmamasının kabul edildiği hallerde, kaynak olarak *lex mercatorianın* kabul edilebileceği de söylenmektedir²³⁸.

b) Taraflarca Yapılacak Seçimin Şekli

Tahkim yargılamasında tarafların, *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukundan farklı bir hukuku seçebileceklerinin kabul edilmesi halinde, bu seçimin nasıl yapılabileceği de bir sorun teşkil etmektedir.

Tarafların irade serbestisi kapsamında tahkim yeri hukuku harici hukuk veya kuralları nasıl seçebilecekleri veya yapılan seçimlerin nasıl değerlendirilecekleri, yapılan tercihin tabi olduğu hukuka veya düzenlemeye göre değerlendirilecektir. Taraflar açıkça *lex arbitri* olarak uygulanacak hukuk veya kuralları belirleyebilecekleri gibi zımnen uygulanacak hukuka karar vererek de *lex arbitriyi* belirleyebileceklerdir²³⁹.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki tarafların, tahkim yargılaması sonunda açabilecekleri iptal davası hakkından feragat etmeleri, tahkim yerinden kopma anlamına gelmemektedir²⁴⁰. Bu durumda tahkim yeri mahkemelerinin yetkisi kabul edilip, sadece tahkim yargılaması sonunda verilen kararın tahkim yeri mahkemesi tarafından denetlenmesi hakkından feragat edilmektedir²⁴¹. Oysa, unutulmamalıdır ki, tahkim yargılamasının tahkim yeri ile olan bağlantısı, yani *lex arbitrinin* tahkim

²³⁸ Petrochilos, **a.g.e.**, s.36; Nomer, **Devletler Hususi**, s.562 dn.340; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.30.

²³⁹ Örneğin, Fransız hukukunda, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukukun tahkim yargılamasının kaynağı olarak esas alındığı dönemde, taraflarca açık hukuk seçimi olmasa dahi tahkim yargılamasının nasıl yürütülmesi gerektiğine dair yaptıkları hukuk seçiminin, zımni bir hukuk seçimi olduğu kabul edilmeydi. Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.307. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.05.1999 tarihli 15-235/273 sayılı kararında: “Taraflar arasındaki sözleşmenin (...) 35. maddesinin 3. paragrafında hakem heyetinin kararlarında yürürlükteki Türk Kanunlarını esas alacağı vurgulanmaktadır. (...) sözü edilen “Yürürlükteki Türk Kanunları” ibaresinin usul kanunlarını da kapsayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır...” diyerek, tarafların yaptıkları hukuk seçiminin zımni olarak usul hukukunu da kapsadığı kararda kabul edilirken ve bu tercihin *lex arbitri* olarak kabul edilebileceği karşı oyda vurgulanmıştır. Karar metni için bkz. (Giriş Bölümü)

²⁴⁰ Bucher, **a.g.e.**, s.40; Fakat bu durumun bir çeşit ılımlı delocalization olduğu da söylenmektedir. Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.127.

²⁴¹ Tarafların iptal davası açma haklarından feragatleri ve bu feragatlerinin sonuçları hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)(b))

yeri üzerindeki etkisi, sadece hakem kararları verildikten sonra kararların denetlenmesi ile sınırlı değildir²⁴².

4. Lex Arbitri Olarak Taraflarca Seçilen Hukukun Uygulanmasının Ortaya Çıkaracağı Problemler ve Eleştiriler

Tarafların tahkim yeri harici bir hukuku veya kuralları *lex arbitri* olarak seçebilmelerinin, milletlerarası ticarete arzu edilen kimi özgürlükleri sağlayabileceği kabul edilse de tahkim yargılamasını tahkim yerinden kopartmak birçok problemi de beraberinde getirmektedir. Problemlerin değerlendirilmesi, tahkim yargılamasının tahkim yerine olan bağlılığının neden önemli olduğunun anlaşılması için gereklidir. Zaten bu problemler sebebiyle günümüzde mülkilik teorisi daha fazla kabul görmekte ve düzenlemelere konu olmaktadır.

Lex arbitri olarak tarafların seçtikleri hukukun uygulanmasının ortaya çıkartacağı problemler ve teoriye ilişkin eleştiriler şu paragraflar altında toplanabilecektir:

Tahkim yargılamasının tahkim yerinden kopartılarak tarafların seçtiği hukuka tabi kılınması, zoraki bir yaklaşımdır²⁴³. Konu teorik olarak mümkün görünse de tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılmasının pratik olarak mümkün olmadığı uygulamada görülmektedir²⁴⁴. Tahkim yeri hukukundan farklı bir hukukun tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere seçilebilmesinin, akademik olarak uydurulmuş bir senaryo olduğu bile söylenmektedir²⁴⁵.

²⁴² Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.128.

²⁴³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.177; Dickson, **a.g.e.**, s.120.

²⁴⁴ Mia Louise Livingstone, "Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact?", **Kluwer Law International**, vol.25, S.5, 2008, s.529-536, s.533.

²⁴⁵ Born, **a.g.e.**, s.1605; Tahkim yeri hukuku yerine başka bir ülkenin tahkim hukukunun seçilmesine ilişkin anlaşmanın istisnai, bilinmez, tamamen akademik bir icat, uygulamada hiç görülmeyen, gerçek olmaktan öte teorik ve kırk yılda bir görülen bir olay olduğu, ABD mahkemeleri tarafından da vurgulanmıştır. *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Amerika

Milletlerarası tahkim yargılamasının her zaman bir hukuk ile bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür. Tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk veya tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukuku esas olmak üzere, tahkim yargılamasının en az bir unsurunun daima bir hukuk ile bağlantısı bulunmaktadır. Bu sebeple a-national tahkimden bahsedilmesi çok mümkün değildir²⁴⁶.

Tahkim yargılamasının bir milli hukuka ve tahkim yeri hukukuna tabi kılınması ile tahkim yargılamasının bir hukuka çapa bırakmış olduğu kabul edilmektedir²⁴⁷. Bu durumun tahkimin mobilize karakterine aykırılık teşkil edeceğinin söylenmesi de çok tutarlı değildir. Günümüz tahkim yeri düzenlemeleri dikkate alındığında, milletlerarası tahkim yargılamalarının bir yere bağlanmasının tahkim yargılamalarını tamamen o yere mahkûm etme anlamına gelmediği rahatlıkla söylenebilecektir. Bu bağlanma tahkim yargılamalarını tahkim yerine bağlamak yargılamalara pranga takmak anlamına gelmeyecektir. Aksine bu durum, yargılamaların uluslararası alanda hukuki tutanağı olmadan savrulması önlenecektir²⁴⁸. Tahkim yargılamalarının bir tahkim yerine bağlanmaması ve savrulmaya bırakılmaları, uygulamada çok daha karışık, öngörülemeyen problemlerin ortaya çıkmasına da sebep olabilecektir. Örneğin, bir tahkim yargılamasına ICC Tahkim Kuralları gibi milli olmayan bir düzenlemenin uygulanması halinde tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun belirli olmaması veya hangi hukukun tahkim yargılamasına yardım ve müdahale edeceğinin kesinlik taşınamaması sorunlara sebep olacaktır. Yine tahkim yargılamasına uygulanmak üzere tarafların

Birleşik Devletleri, 02-20042; 03-20602, 23 Mart 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.1262-1297, p.11.

²⁴⁶ Born, **a.g.e.**, 1590.

²⁴⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.183; Bu görüş paralelinde tahkim yeri, bir bağlama noktası olarak da kabul edilmektedir. Nomer, **Devletler Hususi**, s.585; Birsal Mahmut Tevfik, **Yasal Düzenleme**, s.42.

²⁴⁸ Delocalization teorisi kapsamında tahkim yargılamalarının ve kararlarının, bir tahkim yerine bağlanmadan tenfiz yeri mahkemeleri arasında sürüklenen, “*drift*” yapan, yargılamalar veya kararlar olduğu söylenmektedir. Paulsson, **Unbound**, s.358.

birden fazla hukuk seçtikleri durumlarda hangi hukukun esas alınması gerektiğine dair problemler ortaya çıkabilecektir.

Tahkim yargılamasında yer alan hususların, bir hukuki zemine oturtulma gerekliliği mevcuttur. Tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere farklı bir hukuk seçildiği için tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde yardım ve denetleme yetkisi olmadığına karar vermesi ve seçilen hukukun da tahkim yeri kendi ülkesinde olmadığı için tahkim yargılaması üzerinde etki kurmaması halinde, hakem kararının milliyetsiz ve boşlukta kalması gibi garip bir durum ortaya çıkabilecektir²⁴⁹. Gerek tarafların tahkim yargılamasına ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin, gerekse hakemlerin verecekleri kararlarının pratik hayatta bir karşılıklarının olabilmesi için, yargılamaya ilişkin hususların bir hukuki zemine oturtulmaları gerekmektedir. Pratik olarak, tahkim yargılamasına tabi birçok hususun havada durduğunun söylenmesi mümkün değildir²⁵⁰.

Taraflar, tahkim yargılamasına uygulanacak usuli konular hakkında tercihlerde bulunabilseler de kendilerini kanun koyucu yerine koyarak işlem yapamazlar. Yani, tarafların tercihlerinin bir hukuk sistemi tarafından desteklenmesi gerekmektedir. Tamamen tarafların tercihlerine bağlı bir yargılamanın yapılması ancak bu duruma imkân tanıyan bir hukuka tabi olunarak mümkündür²⁵¹.

Taraflarca seçilen hukukun veya kuralların uygulanmasında, seçilen hukukun veya kuralların her konuyu kapsamaması halinde nasıl bir yol izlenileceği sorusu tahkim yargılamasında tahkim yerine duyulan ihtiyacı desteklemektedir. Milletlerarası tahkim yargılamasının, tabi olacağı hukuk olarak, bir milli hukuka değil, daha çok supranational bir hukuka tabi olmasına ilişkin görüşler, bu sebeple, hukuki güvenliği tehlikeye atan, kendi

²⁴⁹ Moss, **Mandatory Rules**, s.210.

²⁵⁰ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.183; Smit, **A-National**, s.631; Mistelis, **a.g.e.**, s.284.

²⁵¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.38; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.67.

içinde tutarsız görüşlerdir²⁵². Örneğin, a-national tahkim yargılamalarında *lex mercatorianın* bir *lex arbitri* olarak kabul edilmesi halinde usuli boşlukların *lex mercatoria* ile doldurulabileceği iddia edilse de *lex mercatorianın* kapsamının, tahkim yargılamasını ilgilendiren bütün unsurları kapsayacak düzeyde olmaması önemli bir sorun teşkil etmektedir²⁵³. Taraflarca tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için seçilebilecek tahkim kurumları veya kuralları, ayrıntılı bir kapsamda düzenlenseler de bu kuralların sorunsuz bir şekilde uygulanmaları için milli hukuka tabi olmaları gerekmektedir²⁵⁴. Ortaya çıkabilecek mevcut belirsizlikleri gidermek amacıyla mülkilik ilkesi ile tahkim yeri hukukunun uygulanabileceği kabul edilmelidir²⁵⁵.

Tahkim yargılamalarında tahkim yeri hukukun tahkim yargılamaları ile organik bir bağa sahip olmadığı ve bu sebeple tahkim yargılamalarının tahkim yerine tabi olmamaları gerektiğine dair görüş, günümüzde geçerliliğini korumamaktadır. Günümüzde tahkim yerinin, coğrafi bir özellik taşımaktan öte hukuki bir kavram olduğu, genel kabul görmüş bir görüştür. Bu sebeple tahkim yerinin tahkim yargılaması ile organik bağının olması zaten gerekli değildir. Tahkim yargılamalarında tahkim yeri, yargılamaların bir yer ile hukuki bir bağ kurulmasına ilişkindir. Bu doğrultuda günümüzde yeni kullanılan tahkim yöntemlerinde, örneğin online tahkimde, teknik olarak bir tahkim yeri olmadığı ve bir tahkim yeri belirlenemeyeceğinin söylenmesi de geçerli olarak kabul edilemeyecektir. Bu tahkim yargılamalarında da yargılamaların hukuki olarak bir tahkim yerine bağlanmaları gerekmekte ve hukuki olarak belirlenen tahkim yerinin tahkim yargılaması ile herhangi bir organik bağa ihtiyacı bulunmamaktadır.

Tahkim yargılamasına uygulanması için seçilen usul hukuku kuralları ile tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukunun çatışması halinde nasıl bir

²⁵² Mann, **Lex Facit Arbitrum**, s.242.

²⁵³ Nomer, **Devletler Hususi**, s.562 dn.340; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.130; Petrochilos, **a.g.e.**, s.36; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.85.

²⁵⁴ Smit, **A-National**, s.631.

²⁵⁵ Şanlı, **Hakem Kararı**, s.26; Üstündağ, **a.g.e.**, s.15.

yol izlenmesi gerektiğinin kesin olmaması, delocalization teorisinin eleştirilmesine sebep olmuştur²⁵⁶. Bu çatışmanın hakem kararlarının iptal edilmesi ve tenfiz edilmemesi gibi ciddi sonuçları bulunmaktadır. Tahkim yargılamasına giden tarafların, iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyecek kararlar elde etmek için tahkim yargılamasına gitmedikleri göz önüne alındığında, tarafların tahkim yeri hukuku ile çatışan bir hakem kararı istemeyecekleri öngörülebilecektir.

Tahkim yargılamasında amaç, yargılama sonunda etkin ve icra edilebilir bir karara ulaşmaktır. Tahkim yerinden koparılmış ve dolayısıyla bir milliyete sahip olmayan kararların etki gücü, tahkim yeri hukuku ile desteklenmiş kararlara göre daha az olacaktır. Bu sebeple hakem kararlarının tahkim yerine bağlılığının tahkim yargılamasının uygulaması için daha uygun ve müspet olduğu savunulmaktadır²⁵⁷.

Tahkim yargılamalarını tahkim yerinden ayırmak, tahkim kurumunun yozlaşmasına ve tahkim yargılamasına milletlerarası ticaret alanında duyulan güvenin zedelenmesine sebep olabilecektir²⁵⁸. Mahkemelerin, tahkim yargılamaları üzerindeki denetleme yetkisinin tahkim yargılamaları için bir teminat olduğu kabul edilmektedir²⁵⁹. Tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları irade serbestisi ve hakemlerin sahip oldukları geniş takdir yetkisinin, hukuki güvensizliğe sebep olmaması ve tahkimin denetlenebilmesi için yargılamanın bir yer hukukuna tabi olması gerekmektedir²⁶⁰.

Tahkim yargılamasının ticari uyuşmazlıklarda tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasındaki en önemli sebeplerden bir tanesi, tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının öngörülebilir oluşudur. Tahkim yargılamasının sonunda verilecek kararın öngörülebilir olması da hakem

²⁵⁶ Aygöl, **a.g.e.**, s.33.

²⁵⁷ Moss, **Mandatory Rules**, s.216.

²⁵⁸ Park, **Judicial Control**, s.237; Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.179.

²⁵⁹ Park, **Judicial Control**, s.233.

²⁶⁰ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.297.

kararının, öngörülebilir bir mahkemede denetlenmesi ile mümkündür. Bu sebeple hakem kararı hakkında yapılacak denetlenmenin tahkim yargılaması açısından en öngörülebilir hukuk ve mahkeme olan tahkim yeri hukuku ve mahkemelerine tabi olması gerektiği söylenebilecektir. Tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılması halinde, özellikle hakem kararı aleyhine çıkan tarafın sahip olduğu itiraz haklarını hangi mahkemede arayabileceğine ilişkin belirsizlikler hakem kararlarının öngörülebilirliğine zarar verecektir²⁶¹.

Tahkim yargılamasının başında, tahkim yargılaması devam ederken veya hakem kararı verildikten sonra, mahkemelerin sahip olduğu kamu gücüne, tahkim yargılaması ile elde edilmeye çalışılan adil yargılanmanın elde edilmesi için ihtiyaç duyulabilmektedir²⁶². Tahkim yargılamasının delocalize edilmesi halinde taraflar, bu yardımdan mahrum kalabileceklerdir²⁶³. Bu sebeple etkili bir tahkim yargılaması için tarafların tahkim yeri mahkemelerinden bu yardımları talep edebilmeleri gerekmektedir²⁶⁴.

Taraflar, uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile çözümlenmesini talep ederken hiçbir hukuka bağlı olmayan bir yargılama talep etmemektedirler. Tahkim yargılamasının bir milli hukuktan koparılmasının amacının da bütün hukuklardan kopmak veya mahkeme yargılamasından kaçınmak değil, esas olarak, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahalelerini önüne geçmek olduğu söylenmektedir. Tahkim yargılamasının daha özgür olabilmesi için mahkemelerin baskıcı müdahalelerinden kurtulabilmesi gerektiği bir gerçektir ama bunu elde etmeye çalışırken ortaya çok daha büyük problemlerin çıkması da arzu edilen bir sonuç değildir. Bu sebeple tahkim yargılamalarını milli hukuklardan veya tahkim yerinden koparmak yerine, mahkemelerin müdahalelerinin önlenebileceği farklı yöntemler aranmalıdır. Tahkim yeri tercih edilirken, tahkim yargılamalarına ilişkin yeni

²⁶¹ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.313 dn.158.

²⁶² Akıncı, **Tenfiz**, s.71; Aygül, **a.g.e.**, s.31.

²⁶³ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.67; Akıncı, **Tenfiz**, s.69; Bucher, **a.g.e.**, s.41; Köse, **a.g.e.**, s.365.

²⁶⁴ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.169.

ve güncel düzenlemelere sahip tahkim yerleri veya *anti-suit injunction*, *anti-arbitration injunctions* kararları gibi kararlarla tahkim yargılamasına aşırı müdahale etmeyen tahkim yerleri tercih edilmelidir.

Milletlerarası tahkim yargılamasının temelini sözleşmesel olduğu ve hakemlerin yalnızca taraflara karşı sorumluluklarının olduğu söylenmesi, hakemlerin aynı zamanda bir yargılama yaptıklarının ve bağlayıcı karar verebildiklerinin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Hakemlerin sadece taraflara karşı değil, yargılama yetkisini aldığı hukuklara karşı da sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluk adil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli bir unsurdur. Tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukundan ayrı bir hukuka tabi olduğunun kabulü halinde; hakemlerin tahkim yeri mahkemeleri hilafına hareket etme ihtimali ve kişisel olarak eylemlerinden sorumlu olma ihtimalleri de ortaya çıkabilecektir²⁶⁵.

Delocalization teorisi, yetkili olabileceği kabul edilen mahkemelerin arasında çözümlenmesi zor, karmaşık sorunlara sebep olabilmektedir²⁶⁶. Bu sorunların çözümlenmesine ilişkin harcanılan zaman ve masraf, tahkim yargılaması ile elde edilmeye çalışılan hızlı ve ekonomik çözümlere ulaşma amacına aykırılık teşkil etmektedir.

Tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde etkisi olmadığının kabulü, hakem kararın tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilme ihtimalini de ortadan kaldıracaktır. Eğer taraflar hakem kararının iptal davası ile denetlenmesini istemiyorlarsa, tahkim yargılamalarını tahkim yerinden kopartmaları çok radikal bir çözüm olarak görülmektedir. Taraflar tahkim yargılamasını tahkim yerinden koparmadan hakem kararlarının iptal davası ile denetlenmesinin ve iptal edilmesinin önüne geçebilirler. Örneğin doktrinde, hakem kararları hakkında tahkim yeri mahkemelerinde açılacak

²⁶⁵ Park, **Judicial Control**, s.233; Carbone, **a.g.e.**, s.221; Petrochilos, **a.g.e.**, s.11.

²⁶⁶ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.669 vd.; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.124; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.69.

iptal davalarında, doğrudan tahkim yeri hukukun uygulanması yerine, uygulanacak hukukun tespit edilerek karar verilebilmesi teklif edilmiştir²⁶⁷. Bu görüşü kabul eden bir tahkim yerinde gerçekleşen tahkimde, hem hakem kararları üzerinde yer alan tahkim yeri hukukunun doğrudan etkisi ortadan kalkacak, hem de tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılmasına gerek kalmayacaktır. Yine iptal davası hakkında feragat izin veren bir tahkim yerinde tahkim yargılamasının yürütülmesine karar verilmesi de tarafların tahkim yargılamasını tahkim yerinden koparmadan, iptal davalarına ilişkin denetimden sakınmalarını sağlayabilecektir²⁶⁸. Ayrıca tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararlarının, icrasının kesinlikle mümkün olmadığı da söylenemeyecektir. Tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmesine rağmen, hakem kararlarına tenfiz ve icra hakkı tanıyan hukuklar da bulunmaktadır²⁶⁹.

Tahkim yeri mahkemelerince kararların iptal edilmesinin önüne geçilmesi için tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılarak taraflarca seçilen hukuka tabi kılınması halinde; hakem kararının, hem seçilen hukukça iptal edilebilmesine hem de taraflarca seçilen hukukun tahkim yargılaması üzerinde etki sahibi olmadığını düşünen tahkim yeri mahkemesince iptal edilebilmesine, yani kararın iki kez iptal edilebilmesine sebep olunabilecektir²⁷⁰. Bu durumda hakem kararının iptal edilmesi önlenmeye çalışırken, kararın iki kere değerlendirilip, iki kere iptal edilebilme ihtimali ortaya çıkmaktadır. Aynı konu hakkında birden fazla hukukun ve mahkemenin yetkili olması, milletlerarası alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların daha da karmaşık bir hal almasına ve geç çözümlenmesine sebep olabilecektir. Zaten bu sebeple genel yaklaşım, tahkim yeri hukukuna daha fazla hak tanıma ve yetki çatışmalarının azaltılması yönündedir²⁷¹.

²⁶⁷ Smit, **A-National**, s.641.

²⁶⁸ Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların iptal davası açma hakkında feragat edebilmelerine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b))

²⁶⁹ Tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

²⁷⁰ Park, **Procedural Integrity**, s.688.

²⁷¹ Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.117.

Tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılması halinde hakem kararları hakkında iptal davası açılmayacak ve karar aleyhine çıkan tarafın, eğer tenfiz davası açılmaz ise, karar hakkında itiraz edebilme hakkı kalmayacaktır. Eğer hakem kararı hakkında tenfiz davası açılmaz ise aleyhine karar verilen taraf, bir tenfiz davası açamayacaktır çünkü bu taraf için ortada tenfiz edilecek bir karar yoktur²⁷². Aleyhine hakem kararı çıkan tarafın sorunlu karar hakkında elinde kalan tek başvuru yolu, mahkemelerde aynı konu hakkında açılacak yeni bir davadır ki bu durum, tahkim yargılaması ile elde edilmeye çalışılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine aykırılık teşkil edecektir²⁷³.

Milletlerarası ticari tahkimde genel kabul edilen görüş uyarınca, yetkili makam tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfizi de reddedilecektir. Kararda usuli bir ihlal olduğu düşünen taraf, kararı yetkili bir mahkemede iptal ettirdiği zaman diğer tenfiz yeri mahkemeleri bu karar dolayısıyla kararın tenfizini reddedeceklerdir²⁷⁴. Eğer tarafların hakem kararını iptal ettirebilme hakları ellerinden alınırsa iptal ettirilemeyen karar hakkında tenfiz davası açılan her devlette hakem kararında yer alan usuli ihlallerin yeniden ileri sürülmesi gerekebilecektir²⁷⁵.

Tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılması ile tahkim yerinin emredici kurallarından sakınılmaya çalışılırken, tenfiz talep edilen ülkede tenfiz yerinin emredici kurallarına tabi olunmaktadır. Tahkim yargılamasının tarafların arasındaki tahkim anlaşmasına dayandığının kabulü halinde de yargılama ve karar, tenfiz yeri hukukuna tabi olmaktadır. Yani tahkim yargılamasının hiçbir hukuka tabi olmaması, hakem kararlarının bir ülkede tenfizinin istenmesine kadar geçerli bir önermedir. Tenfiz devleti mahkemesi,

²⁷² Park, **Procedural Integrity**, s.653.

²⁷³ Park, **Procedural Integrity**, s.650.

²⁷⁴ Tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

²⁷⁵ Mayer, **Delocalization**, s.45; Park, **Procedural Integrity**, s.653; Bucher, **a.g.e.**, s.41.

günün sonunda, kararın milliyetine veya hangi hukuka tabi olacağına karar verecektir. Tahkim yargılaması başında karar hakkında hangi devlette tenfiz davası açılacağına belli olmamasının yarattığı ciddi hukuki belirsizlik sebebiyle, tahkim yargılamasının belirlenebilir yer hukukuna tabi olması gerektiği söylenebilecektir.

Hakem kararları hakkında tahkim yeri mahkemesinde bir iptal davası açılmaması, tenfiz yeri mahkemesinde daha ayrıntılı bir inceleme yapılmasına sebep olabilecektir. Tahkim yeri mahkemesi tarafından hakem kararının denetlenecek olması, tenfiz yeri mahkemesinin hakem kararına güven duymasını ve tenfiz yargılaması sırasında daha hafif bir denetleme yapmasını sağlayabilecektir²⁷⁶.

Delocalization teorisi uyarınca verilen hakem kararlarının New York Anlaşması kapsamında tenfize tabi olup olmadığı da doktrinde tartışmalıdır²⁷⁷. Anlaşmanın uygulama kapsamının yabancı devletlerde verilen veya devletlerce yabancı kabul edilen hakem kararları olması, özellikle a-national hakem kararlarının anlaşma kapsamına girip girmediğine dair soru işaretleri ortaya çıkarmaktadır²⁷⁸. Bu sebeple, tahkim yerinden koparılan tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararlarının, New York Anlaşmasının sağladığı tenfiz imkânından yararlanamama ihtimali ortaya çıkabilecektir²⁷⁹.

²⁷⁶ Park, **Procedural Integrity**, s.690.

²⁷⁷ Akıncı, **Tenfiz**, s.71.; Sigvard Jarvin, “Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure”, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, Editörler Emmanuel Gaillard ve Domenico Di Pietro, Londra, 2008, s.729-756 (**Procedure**), s.738; Park, **Judicial Control**, s.245.

²⁷⁸ Hirsch, **a.g.e.**, s.46; Paulsson, **Unbound**, s.376: Yine, New York Anlaşması kapsamında bir hakem kararın tenfiz edilebilmesi için karşılıklılık şartı da aranabilmektedir. Tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılması halinde karşılıklılık kriteri sağlanamayacağı için delocalization görüşü sonucu verilen hakem kararlarının Anlaşma kapsamında tenfiz edilememe ihtimali ortaya çıkabilecektir. Delaume, **a.g.e.**, s.813.

²⁷⁹ Uygulamada genel olarak delocalize edilmiş hakem kararlarının New York Anlaşması kapsamında oldukları kabul edilse de aksi yönde mahkeme kararları da bulunmaktadır. Kaufmann-Kohler, **Place**, s.343. Örneğin, *Societe Europenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) v. Republique deYugoslavie* kararında Fransız mahkemesi, Lozan'da iki hakem ile verilen ve Kanton hukukunda hakem sayısının tek olması emredici olarak kabul edildiği için İsviçre Federal Mahkemesi tarafından İsviçre hakem kararı olamadığına hükmedilen hakem kararını, New York Anlaşması kapsamında tenfiz etmiştir.

D. Milletlerarası Düzenlemelerde Lex Arbitrinin Tespiti

1. Milletlerarası Düzenlemelerde Lex Arbitri

a) 1923 Tarihli Cenevre Protokolü ve 1927 Tarihli Cenevre Konvansiyonu

Milletlerarası alanda tahkime ilişkin ilk düzenlemeler olarak kabul edilen 24 Eylül 1923 tarihli Tahkim Şartları Üzerine Cenevre Protokolü (Cenevre Protokolü) ve 26 Eylül 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonu (Cenevre Konvansiyonu), tahkim yerinin tahkim yargılaması üzerindeki etkisini ve tarafların tahkim prosedürü hakkında verebilecekleri kararları düzenlemişlerdir.

1923 tarihli Cenevre Protokolünde tahkim yeri hukukunun, tarafların iradeleri ile birlikte tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku belirleyeceği düzenlenmiştir²⁸⁰. İki unsur arasında bir tercihte bulunulmamış, her iki unsurun da tahkim yargılaması üzerinde etkisi olabileceği kabul edilmiştir²⁸¹. Fakat bu düzenlemenin, tahkim yargılamasında tahkim yerine önem verilmesi gerektiği ve tarafların tercihlerinin tahkim yeri ile uyumlu olması gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiği söylenmiştir²⁸². 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu kapsamında da Cenevre Protokolünde olduğu gibi tahkim yerinin önemi vurgulanmıştır. Konvansiyon uyarınca yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi için tahkim yeri mahkemelerinden onay alınması gerektiği düzenlenmiştir. Tahkim

Societe Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) v. Republique deYugoslavie, Cour d'Appel, Rouen (French Court of Appeal of Rouen), Fransa, 13 Kasım 1984, naklen Jarvin, **Procedure**, s.739; Park, **Judicial Control**, s.244; Oysa aynı hakem kararını Hollanda Yüksek Mahkemesi, geçerli bir hakem kararı olmadığı ve New York Anlaşması V(1)(a), (d) ve (e) hükümlerine göre hakem kararlarının belirli bir devlet hukukunca geçerli sayılması gerektiği sebepleriyle tenfiz etmemiştir. *Société Européenne d'Etudes et d'Enterprises (S.E.E.E.) v. Federal Republic of Yugoslavia*, Supreme Court (Hoge Raad), Hollanda, 7 Kasım 1975, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol.I, 1976, s.195-198, s.198.

²⁸⁰ Born, **a.g.e.**, s.1544; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.172.

²⁸¹ Mayer, **Delocalization**, s.40; Chang, **a.g.e.**, s.35.

²⁸² Born, **a.g.e.**, s.1544.

yargılamasının tahkim yeri hukuku usuli kurallarına uymaması, iki düzenleme kapsamında da tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir²⁸³.

b) 1958 Tarihli New York Anlaşması

1923 tarihli Cenevre Protokolünün ve 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonunun yerine geçen 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşması'nda (New York Anlaşması) her ne kadar doğrudan tahkim yeri kavramından bahsedilmese de tahkim yeri hukukuna ilişkin unsurların hakem kararları üzerindeki etkileri düzenlenmiştir²⁸⁴.

Cenevre Protokolü ve Cenevre Konvansiyonu uyarınca tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukuku ile olan bağları, düzenlemelerin sorunlu alanlarından biri olarak görülmekteydi. Bu sebeple, 1958 tarihli New York Anlaşmasının yapım çalışmaları sırasında, tahkim yargılamalarının tahkim yerinden tamamen koparılması, tahkim yerinden bağımsız “*a-national*” tahkimin ve “*international*” hakem kararlarının kabul edilmesi teklif etmiştir²⁸⁵. Bu teklif uyarınca tahkim yargılamasında esas olarak, tarafların iradelerinin esas alınması gerektiği eğer taraflar konu hakkında anlaşamazlarsa tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukuku hükümlerinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Fakat tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılmasının, tahkim yargılamasının suiistimal edilmesine sebep olabileceği gerekçesiyle tahkim yerine verilen önem New York Anlaşması kapsamında korunmuştur²⁸⁶. Fakat teklif tamamen göz ardı da edilmemiş, kısmi olarak kabul edilmiştir²⁸⁷.

New York Anlaşması 1. maddesi “*(i)şbu Sözleşme ... tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik olunur*” diyerek, hakem kararlarının

²⁸³ Born, **a.g.e.**, s.1545.

²⁸⁴ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.172; Nomer, **Devletler Hususi**, s.556.

²⁸⁵ Born, **a.g.e.**, s.1546.

²⁸⁶ Born, **a.g.e.**, s.1549; Park, **Procedural Integrity**, s.657.

²⁸⁷ Özel, **a.g.e.**, s.60.

yabancı hakem kararları olarak görülmeleri için tanıma tenfiz talep edilen ülke haricinde bir ülkede verilmelerini aramaktadır. Bu madde, Anlaşmanın mülkilik ilkesini kabul ettiği şeklinde yorumlanabilecektir²⁸⁸. Bu hüküm kapsamında tenfiz devleti dışında verilen bir hakem kararı, hangi usulde verildiğine bakılmadan, Anlaşma kapsamında tanıma tenfize tabi olacaktır²⁸⁹.

Fakat hükmün devamında yer alan “(s)özleşme aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli addolunmayan hakem kararları hakkında da tatbik edilir” ifadesi sebebiyle Anlaşmanın, sadece mülkilik teorisine değil otorite kanun teorisine de yer verdiği söylenebilecektir²⁹⁰. Yani, tahkim yeri olarak tanıma tenfiz talep edilen devlet belirlense bile ilgili devlet, tahkim yargılamasının milliyetini tahkim yerine değil de uygulanan hukuka bağlıyor ise, böyle bir yargılama sonunda verilecek hakem kararları da Anlaşma kapsamında tanıma tenfize tabi olabileceklerdir. Bu durum açıkça otorite kanun kriterinin Anlaşma düzenlenirken göz önünde bulundurulduğunu göstermektedir. Anlaşmanın farklı hükümleri de Anlaşmanın mülkilik ilkesini tamamen kabul etmediğine, tarafların irade serbestisine de ağırlık verildiğine işaret etmektedir. Hakem kararlarını iptal edebilecek yetkili makam olarak doğrudan tahkim yeri mahkemelerinin yetkili kılınmaması ve hatta yetkili makam tarafından iptal edilen hakem kararlarının Anlaşma kapsamında tenfiz edilebilme ihtimalinin olması, tahkim yargılamasında tahkim yeri hukukunun etkisinin azaltılmış olduğu veya Anlaşmada delocalization teorisinin etkisi olduğu

²⁸⁸ Nomer, **Devletler Hususi**, s.576; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.700.

²⁸⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.677; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.812; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.452; Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 40, S.1, 2020, s.143-201(**Tenfiz**), s.147.

²⁹⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.48; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.701; Kalpsüz, **Tahkim**, s.202; Fakat hükmün sadece Anlaşmanın kapsamını genişletmek amaçlı konulduğu ve kesinlikle tarafların iradeleri ile yargılamayı tahkim yeri hukukundan ayırabileceklerine dair yorumlanmaması gerektiği de savunulmaktadır. Petrochilos, **a.g.e.**, s.39; Akıncı, **Tenfiz**, s.20; Doktrinde, Anlaşma metninde yer alan bu ifadenin devletlere, toprakları üzerinde yapılan tahkim yargılamalarının nitelikleri hakkında karar verme yetkisi verdiği de savunulmaktadır. Yani bir devlete, kendi toprakları üzerinde ve fakat farklı bir hukukun uygulandığı hakem kararlarını yabancı kabul ederek Anlaşma kapsamında tenfiz kararı verebilme imkânı tanındığı söylenmektedir. Bu görüş uyarınca Anlaşma, mülkilik ilkesini dikkate alarak düzenleme yapmaktadır. Cemal Şanlı, “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Yıl 17-18, S.1-2, 1997-1998, s.393-409. (**Tenfiz**), s.397.

yönünde yorumlanabilecektir²⁹¹. Yine Anlaşmanın hükümleri kapsamında, tarafların tahkimin usulüne ilişkin yapmış oldukları tercihlerin tahkim yeri hukukuna göre öncelikle değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁹².

Her ne kadar Anlaşma kapsamında delocalization teorisi uyarınca kimi hükümlere yer verildiği söylenebilecekse de bu durum, Anlaşmanın esas olarak mülkilik teorisi ile tahkim yerini dikkate aldığı gerçeğini değiştirmemektedir²⁹³. Anlaşma kapsamında, V(I)(d) hükmünde yer alan “*hakem hükmünün verildiği ülke*”, V(I)(a) hükmünde yer alan “*hakem kararının verildiği mahal*” veya V(I)(e) hükmünde yer alan “*bunun verildiği memleket kanunu*” ifadelerinden hareket ederek, Anlaşmanın esas olarak mülkilik ilkesini dikkate aldığı söylenebilecektir. Yani, Anlaşmanın geneline bakıldığında, mülkilik ilkesinin dikkate alındığı ve fakat kimi hususlarda otorite kanun ilkesinin de değerlendirildiği görülecektir. Bu durumun, Anlaşmanın yapım aşamasında doktrinde yeni yeni ortaya çıkmaya başlayan tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılması gerektiğine dair görüşlerin kapsanması amacıyla yerine getirildiği söylenmektedir²⁹⁴. Fakat günümüzde, mülkilik ilkesinin birçok devlet düzenlemesinde esas olarak kabul edildiği göz önüne alındığında 1. madde hükmünün devamında yer alan tarafların seçtikleri hukuka bağlı olarak yabancı kabul edilen kararların tenfizine ilişkin düzenlemenin, kullanım alanının çok dar olduğunu veya hiç olmadığını söylemek mümkündür.

c) 1961 Tarihli Cenevre Sözleşmesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, yargılamanın yürütülmesine ilişkin unsurların düzenlenmesi amacıyla New York Anlaşmasından üç yıl sonra 1961 tarihinde Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Konvansiyonu (Cenevre Sözleşmesi) hazırlanmıştır. New York Anlaşması yabancı

²⁹¹ İptal edilmiş kararların Anlaşma kapsamında nasıl tenfiz edilebileceğine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

²⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.125; Tarafların usuli irade serbestisi ile yaptıkları tercihlerin, tahkim yerine aykırılık teşkil etmesi halinde tarafların tercihlerine neden ve nasıl öncelik verileceğine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(d))

²⁹³ Şanlı, **Tenfiz**, s.397.

²⁹⁴ Chang, **a.g.e.**, s.60.

hakem kararlarının tanıma tenfizine ilişkin hükümleri düzenlerken, Cenevre Sözleşmesi tahkim yargılamasının başlangıcından hakem kararlarının kesinleştiği aşamaya kadar tahkim yargılamasının usulüne ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Bu sebeple de iki düzenlemenin birbirini tamamladığı kabul edilmektedir²⁹⁵.

Cenevre Sözleşmesi, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin hususları düzenlerken mahkemelerin veya kurumların, tahkim yargılamalarına müdahale veya yardım yetkilerini de düzenlemektedir. Bu düzenlemeler incelendiğinde Sözleşmenin sadece mülkilik ilkesi kapsamında düzenlemeler yapmadığı söylenebilecektir. Öncelikle sözleşme, tahkim yargılamalarında yabancılık unsurunu tarafların mutad meskenleri veya muamele merkezlerinin farklı yerde olmasına bağlamaktadır. Sözleşmenin kapsamına, tahkim anlaşması yapıldığı sırada farklı mutad meskenlerde veya muamele merkezlerinde olan taraflar arasında ortaya çıkacak tahkim yargılamaları girmektedir²⁹⁶. Sözleşme uyarınca tahkim yargılamasına müdahale veya yardım edilmesi gerektiğinde, tarafların mutad meskenin veya muamele merkezinin bulunduğu yerdeki veya tarafların belirlediği yerdeki yetkili ticaret odasının başkanına yetki tanınmıştır²⁹⁷. Bu hususlar, Sözleşme kapsamında tahkim yeri ile tahkim yargılaması arasında var olan ilişkinin kabul edildiğine ve Sözleşme kapsamında mülkilik ilkesinin dikkate alındığına yorulabilecektir. Bununla birlikte

²⁹⁵ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.694; Akıncı, **Tenfiz**, s.101. Cenevre Sözleşmesi IX(2) hükmünde yer alan “(i)şbu maddenin linci paragrafının hükmü, New York Sözleşmesine taraf olan Akit Devletler arasındaki münasebetlerde münhasıran yukarıda sayılan iptal sebeplerine hasretmek neticesini doğurur” ifadesinin, New York Anlaşması ile Cenevre Sözleşmesinin birbirini tamamladığını gösterdiği kabul edilmektedir.

²⁹⁶ Cenevre Sözleşmesi I(1)(a) hükmü uyarınca “İşbu sözleşme hükümleri: a) Milletlerarası ticari ameliyelerden doğan ve doğacak olan uyuşmazlıkların halli için aktolunan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları; ... hakkında uygulanır”.

²⁹⁷ Cenevre Sözleşmesi IV(2)(3) hükümleri uyarınca “Taraflar arasındaki ihtilafların halini özel (ad hoc) bir hakemliğe havale etmeği kararlaştırmışlar ve hakemlik talebinin davalıya dermeyan edildiği günden itibaren 30 gün zarfında taraflardan biri kendi hakemini tayin etmemiş bulunursa, bu hakem, hilafına anlaşma yoksa, karşı tarafın isteği üzerine, temerrüt eden tarafların hakemlik talep edildiği andaki mutad meskenin veya muamele merkezinin bulunduğu memleketin ticaret odası başkanı tarafından tayin olunur... davacı, işbu tedbirlerin alınması için ister tarafların tayin ettiği yerin bulunduğu memleketin yetkili ticaret odasının başkanına, ister hakemlik talebinin ileri sürüldüğü anda davalının mutad meskenin veya muamele merkezinin içinde bulunduğu memleketin Ticaret Odası Başkanına başvurabilir, eğer taraflar hakemliğin cereyan edeceği yeri tahkim etmemişler ise, davacı, isterse hakemlik talebinin ileri sürüldüğü anda davalının mutad meskeninin veya muamele merkezinin içinde bulunduğu memleketin yetkili Ticaret Odası Başkanına isterse, teşekkülü şartları ve işleyişi işbu sözleşmeye ek kısımda belirtilen özel komiteye başvurabilir...”

Sözleşmede hakem kararlarını iptal edebilecek yetkili mahkeme olarak, hakem kararının verildiği yer mahkemesinin veya tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk mahkemelerinin kabul edilmesi mülkilik ilkesinden sapma olarak kabul edilebilecektir²⁹⁸. Ayrıca tarafların yargılama kurallarını belirlememeleri halinde hakemlerin, tahkim yerine tabi olmadan uygulanacak kuralları belirleme yetkisi de mülkilik ilkesinden ayrılma olarak görülmektedir²⁹⁹. Yine Sözleşmenin IX hükmü uyarınca, New York Anlaşması V(1)(e) uyarınca tenfiz talebinin reddedilebilmesi için, söz konusu hakem kararının Sözleşmede sayılan sınırlı sebeplerden biri ile iptal edilmiş olması gerekmektedir ve bu sebepler arasında hakem kararının tahkim yeri kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle iptal edilmesi yer almamaktadır³⁰⁰. Bu sebeple Sözleşmenin tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamaları üzerindeki etkisini azaltmaya çalıştığı da söylenilebilecektir³⁰¹.

Sonuç olarak, Cenevre Sözleşmesi kapsamında iki görüşün de dikkate alındığı ve özellikle bir teoriye ağırlık verilmediği söylenebilecektir. Sözleşme, yabancılık unsurunu mutad meskene bağlarken veya tahkim yeri kurumlarının tahkim yargılamasına yardım ve müdahalesini düzenlerken mülkilik ilkesini dikkate alsa da iptal davasında yetkili mahkeme olarak tahkim yargılamasına uygulanan hukuk mahkemelerini dikkate alarak veya iptal sebepleri hakkında tahkim yeri mahkemelerinin etkisini sınırlandırarak mülkilik ilkesinden ayrılmıştır.

²⁹⁸ Akıncı, **Tenfiz**, s.84. Cenevre Sözleşmesi IX(1) hükmü: “İşbu sözleşmeye tabi bir hakem kararının akit bir devlet ülkesinde iptal edilmesi, iptalin karar altına alındığı devlet hakem kararının, ülkesi içinde verildiği veya kanununun hükmüne tebean ittihaaz edildiği devlet olmadıkça, ve iptal kararı aşağıda yazılı sebeplerden birine dayanılarak verilmedikçe, hakem kararını diğer bir akit devlet ülkesinde tanımadan veya icradan çekinme sebebi teşkil etmeyecektir”.

²⁹⁹ Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.360 dn.46; Cenevre Sözleşmesi IV(4)(d) hükmü: “Taraflar arasında anlaşma olmaz ve hakemler takip edecekleri usul kaidelerini tespit etmezler ise bunların riayet edeceği usul kaidelerinin, doğrudan doğruya veya daimi bir hakemlik müessesinin yönetmeliğine atıfta bulunmak suretiyle tespiti”.

³⁰⁰ New York Anlaşması V(1)(e) hükmü uyarınca, yetkili mahkeme tarafından iptal edilen hakem kararlarına ilişkin tenfiz engelleri hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

³⁰¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s143.

d) UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu esas olarak mülkilik teorisini kabul etmiş ve tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamasının usulü üzerinde etkisi olduğunu kabul etmiştir. Tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan yardım ve müdahale ilişkisini de Kanun hükümleri uyarınca tahkim yeri hukuku belirlemektedir³⁰². Model Kanun temel alınarak yapılan milli düzenlemelerde de eğer model üzerinde bir değişiklik yapılmazsa mülkilik ilkesi takip edilmektedir³⁰³.

Model Kanun 1(2) maddesi açıkça, Kanun hükümlerinin, tahkim yeri ilgili ülkede ise uygulanacağını düzenlemektedir³⁰⁴. Bu sebeple Model Kanun uyarınca tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan ilişkisinin ve iç işleyişinin tahkim yerine göre belirlendiğinin söylenmesi mümkündür. Kanun uyarınca tarafların tahkim yerine ve tahkim yargılamasına uygulanacak prosedüre karar verebilmeleri kabul edilmişken; tarafların tahkim yeri harici bir hukukun usul hukukuna ilişkin karar verip veremeyecekleri hakkında açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, Model Kanun kapsamında tahkim yeri hukuku ile tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun birbirine eşitlendiği, tarafların tahkim yeri hukuku harici bir hukuk seçerek,

³⁰² Born, **a.g.e.**, s.1567; Mistelis, **a.g.e.**, s.288; Binder, **a.g.e.**, s.35-347; Kaufmann-Kohler, **Place**, s.338.

³⁰³ Born, **a.g.e.**, s.1567; Vladimir Pavic, “Annulment of Arbitral Awards in International Commercial”, **Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences**, Editörler Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger, August Reinisch, Eleven International Publishing, 2010, s.131-152, s.134; Chang, **a.g.e.**, s.157; Fakat Model Kanun hükümlerini temel alıp hem mülkilik ilkesi hem de otorite kanunu kriterini dikkate alarak düzenleme yapan ülkeler de bulunmaktadır. Bu ülkelere örnek olarak Mısır, Tunus ve Türk hukukları gösterilmektedirler. Aygül, **a.g.e.**, s.31; Petrochilos, **a.g.e.**, s.75.

³⁰⁴ Model Kanun İngilizce 1(2) hükmü: “*The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State*”. Model Kanun 1(2) hükmünde, hangi hükümlerin tahkim yeri olarak ilgili ülke olmasa da uygulanacağını açıkça saymıştır. Bu hükümler arasında, tarafların tahkim yerini, irade serbestisi kapsamında seçmelerine imkân tanıyan 20(1) hükmü sayılmamıştır. Model Kanun İngilizce 20(1) hükmü: “*The parties are free to agree on the place of arbitration...*” Bu sebeple tahkim yeri olarak ilgili ülkenin seçilmemiş olduğu bir tahkim yargılamasında Model Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı söylenebilecektir. Fakat bu yorum, Model Kanunun taraf iradesine önem veren yapısına aykırılık teşkil edecektir. 20(1) hükmü yalnızca tarafların tahkim yerine ilişkin sahip olduğu irade serbestisini vurgulamak amaçlı düzenlenmiştir. Hükmün, Kanunun uygulanma alanını belirleyen 1(2) hükmünü kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Binder, **a.g.e.**, s.347.

tahkim yargılamasını o hukuka tabi kılmasının Kanun kapsamında mümkün olmadığı söylenebilecektir³⁰⁵.

2. Devletlerin Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

a) Alman Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

1998 öncesi Alman Hukukunda hakem kararlarının milliyeti, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuka göre tespit edilmekteydi³⁰⁶. Alman usul hukukunun uygulandığı hakem kararları, Alman hakem kararları olarak kabul edilmekteydiler³⁰⁷. Taraflar tahkim yerinin Almanya olduğu tahkim yargılamalarında, farklı bir hukukun tahkim yargılanmasına uygulanması konusunda karar verebilmekteydi; bu durumda, Alman emredici kuralları veya kamu düzeni tahkim yargılamasına uygulanamamakta ve hakem kararı, yabancı bir hakem kararı olarak kabul edilmekteydi³⁰⁸. Fakat uygulamada, Alman mahkemelerinin, tahkim yeri hukukunu dikkate alarak hakem kararlarını yabancı hakem kararı saydığı veya tahkim yeri Almanya olarak belirlenen tahkim yargılamalarının Alman hukukuna tabi olacağına dair verdiği kararlar da bulunmaktaydı³⁰⁹.

³⁰⁵ Born, **a.g.e.**, s.1569.

³⁰⁶ 1998 yılında yapılan düzenleme ile Model Kanunun örnek alındığı tahkim düzenlemesi, Alman Usul Kanuna (ZPO) bir parça olarak eklenmiştir. Inka Hanefeld/Nils Schmidt-Ahrendts, “Germany”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.503-561, s.503.

³⁰⁷ Yabancı usul hukukun uygulandığı tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararları da yabancı hakem kararı olarak kabul edilmekte idi. Örneğin, 1988 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararı uyarınca, İtalyan ve Alman taraflar arasında Belçika’da, tahkim prosedürüne ICC Tahkim Kurallarının Belçika tahkim hukuku ile uygulandığı tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı hakkında açılan tenfiz davasında, hakemlerin yabancı usul hukuku uygulayarak verdikleri kararların yabancı hakem kararı olacağına ve bu sebeple de uyuşmazlığa konu kararın yabancı karar olduğuna karar verilmiştir. *SpA Ghezzi v. Jacob Boss Söhne*, Federal Supreme Court, Almanya, 14 Nisan 1988, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XV, 1990, s.450-454, p.1.

³⁰⁸ Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1316; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.305; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122; Bununla birlikte, Almanya dışında verilen ve fakat Alman hukukunun uygulandığı tahkim yargılamaları sonucu verilen kararlar hakkında verilmiş bir iptal kararı da bulunmamaktaydı. Petrochilos, **a.g.e.**, s.52.

³⁰⁹ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.306 dn.139.

Günümüzde Alman hukukunda da ZPO 1025(1) uyarınca, mülkilik ilkesi kabul edilmiştir³¹⁰. Eğer bir tahkim yargılamasında tahkim yeri Almanya olarak kabul edilmişse, tarafların iradelerine bakılmadan Alman hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir³¹¹. Taraflar Kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmedikçe, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku seçmekte özgürdürler³¹². Tahkim yeri Almanya dışında olan hakem kararları, yabancı bir hakem kararı olarak kabul edilir; tahkim yeri Almanya olan bir hakem kararı da hangi hukuk uygulanırsa uygulansın milli hakem kararı olur ve karar tanıma tenfize tabi olamaz³¹³.

Fakat Kanunun tamamen mülkilik kriterini esas almadığı da doktrinde dillendirilmektedir. Özellikle Model Kanun dikkate alınarak yapılan düzenlemede, Model Kanun 1(2) maddesinde yer alan, “sadece” tahkim yeri olarak ilgili ülkenin seçilmiş olması halinde Kanunun uygulanacağı ifadesinden “sadece” tabirinin kaldırılmış olmasının; tahkim yerinin Almanya dışında olduğu tahkim yargılamalarında da Alman Kanun hükümlerinin kullanılabilmesinin önünü açmak için yapıldığı söylenmektedir³¹⁴. Bu sebeple mahkemelerce, tahkim yeri Almanya olmayan tahkim yargılamaları üzerinde Alman mahkemelerinin kararı iptal etme yetkisi olduğu şeklinde yorum yapılabilir. Tahkim yerinin Almanya olmadığı yargılamalarda Alman Mahkemeleri’nin kararlar üzerinde iptal yetkisi olmadığı ve hükmün yanlış yorumlandığı eleştirileri de doktrinde yer almaktadır³¹⁵.

³¹⁰ Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1316; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122; Aygöl, **a.g.e.**, s.31.

³¹¹ Özel, **a.g.e.**, s.98.

³¹² Özel, **a.g.e.**, s.98; Fakat tahkim yeri Almanya olarak belirlenen bir tahkim yargılamalarında, Alman hukuku haricindeki bir hukuk, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olarak seçilir ise bu hukuk, bir hukuk olarak değil, prosedür olarak uygulanır. Hanefeld/Schmidt-Ahrendts, **a.g.e.**, s.520.

³¹³ Başka bir ifade ile, Almanya’da gerçekleşen bir tahkim yargılamasında hangi hukuk uygulanırsa uygulansın karar Alman mahkemelerinde iptal davasına konu olabilecektir. Hanefeld/Schmidt-Ahrendts, **a.g.e.**, s.522.

³¹⁴ Born, **a.g.e.**, s.1568 dn.237; Fakat tahkim yeri Almanya dışında olan ve Alman Tahkim Kanunun uygulandığı bir tahkim yargılamasının, Alman hukuku için milli bir tahkim değil, evsiz (“homeless”) bir tahkim olacağı ve Model Kanunda yapılan değişikliğin istenilen sonucu vermeyeceği doktrinde ileri sürülmektedir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.75.

³¹⁵ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.115; Tahkim yeri olarak Almanya’nın belirlenmediği tahkim yargılamalarında, Alman mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkilerinin (ZPO 1033) veya delillerin toplanmasında yardımcı olma yetkilerinin (ZPO 1050) olduğu ZPO kapsamında

b) Amerika Birleşik Devletleri Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

Amerika Birleşik Devletleri'nde tahkim yargılamalarına uygulanacak hukukun tespiti konusunda tek bir tutumun olduğunun söylenmesi çok mümkün değildir. Özellikle 1925 tarihli Federal Tahkim Kanununun (Federal Arbitration Act-FAA) tahkim yerinin etkisi hakkında kesin bir düzenleme getirmemesi, mahkemelerin konu hakkında farklı kararlar vermelerine ve genel bir içtihadın oluşmasına engel olmaktadır.

Mahkemelerin, FAA hükümlerini yorumlarken genel olarak, tahkim yeri hukukunu esas aldıkları ve New York Anlaşması kapsamında bir kararın tenfiz edilebilmesi için kararın verildiği yer hukukunun, taraf bir devlet olması arandığı söylenebilecektir³¹⁶. FAA hükümlerinin uygulanabilmesi için de taraflarca tahkim yeri olarak ABD'nin belirlenmiş olması aranmaktadır³¹⁷.

Tahkim yeri ABD olarak belirlenen tahkim yargılamalarında, yabancı bir usul hukukun uygulanıp uygulanamayacağı ve bu yabancı hukukun tahkim yargılaması üzerinde nasıl bir etkisi olacağı konusunda Federal Mahkeme kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat, ABD mahkemelerince tahkim yargılamaları değerlendirilirken, genel olarak, tahkim yeri hukukunun dikkate alındığı söylenebilecektir³¹⁸. ABD'de verilen ve yabancı hukukun uygulandığı tahkim

düzenlenmektedir. Hanefeld/Schmidt-Ahrendts, **a.g.e.**, s.536. Alman mahkemelerinin bu konularda yetki sahibi olduklarının kabulü, mülkilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

³¹⁶ Park, **Procedural Integrity**, s.81; Petrochilos, **a.g.e.**, s.78; Peter Bowman Rutledge/Rachel D. Kent/Christian F. Henel, "United States of America", **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.886-948, s.907.

³¹⁷ Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.908.

³¹⁸ Örneğin, ABD mahkemelerine konu olan bir uyuşmazlıkta taraflar, aralarında çıkacak uyuşmazlıkta Londra'da gerçekleştirilecek tahkimde taraflarca birer hakem atanacağı ve fakat hakemler anlaşamazlar ise hakemler tarafından atanacak bir hakemin uyuşmazlığa karar vereceğini konusunda anlaşmışlardır. Taraflardan birinin başlattığı tahkim yargılamasında karşı tarafın hakem atamaması sonucu, tahkim yargılamasını başlatan taraf, kendi atadığı hakemden tek hakem olarak karar vermesini talep etmiştir. Karşı taraf kendisine bildirim yapılmasına rağmen ne hakem atamış ne

yargılaması sonucu verilen hakem kararları hakkında da ABD mahkemelerinin iptal kararı verebileceği kabul edilmektedir³¹⁹. Yani, tahkim yeri olarak ABD'nin seçildiği tahkim yargılamaları için taraflarca FAA kapsamında itiraz yapılabilecekken, tahkim

de atanan hakeme itiraz etmiştir; fakat, hakemin verdiği karar hakkında açılan tenfiz davasında kararın tarafların anlaşmalarında belirledikleri usulle alınmadığına dair itirazda bulunmuştur. Mahkeme, İngiliz hukukuna göre taraflardan birisinin kendisinden talep edilmesine rağmen hakem atamaması halinde diğer tarafça atanan hakeminin tek başına karar vermesi yetkisi olduğuna, bu sebeple yargılamada usuli bir problem olmadığına karar vermiştir. *Al Haddad Bros. Enterprises Inc. v. M/S "Agapi" and Diakan Love S.A.*, United States District Court, District of Delaware, Amerika Birleşik Devletleri, 8 Mayıs 1986, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XII, 1987, s.549–552, p.9.

³¹⁹ Born, **a.g.e.**, s.1575; Petrochilos, **a.g.e.**, s.78; Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.934; ABD mahkemeleri, tarafların, tahkim yeri harici usuli hukuk seçimlerinin istisnai olacağını vurgulayarak, tahkim yerini öncelikle dikkate alındıkları kararlar vermekteler. Örneğin, ABD mahkemelerine konu olan bir uyuşmazlıkta, Kayman Adaları menşeli bir şirket ile Endonezya devletinin sahip olduğu şirketler arasında var olan jeotermik projesinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için Endonezya hukukunun uygulanacağı, İsviçre'de gerçekleştirilecek, UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre yürütülecek tahkim yargılaması için anlaşılmıştır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık sonucunda Kayman Adaları menşeli şirket, tahkim yargılamasını başlatmış ve lehine bir karar almıştır. Kararın tenfizi için ABD mahkemelerinde dava açmış ve tenfiz kararı da almıştır. Endonezya menşeli şirket ise hakem kararın iptali için İsviçre makamlarına başvurmuş ve fakat talebi gerekli teminatları zamanında yatırmadığı için usulden reddedilmiştir. Bunun üzerine de Endonezya mahkemelerine başvurarak kararı iptal ettirmiştir. İptal kararı ile birlikte ABD mahkemelerince verilen tenfiz kararına itiraz etmiştir. Yüksek Mahkeme, New York Anlaşması V(1)(e) hükmü uyarınca yetkili mahkemelerin iptal ettiği kararların tenfiz edilemeyeceğini, yetkili mahkemenin de tahkim yeri mahkemesi veya tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk mahkemesi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme dikkate alınması gereken hukukun esasa uygulanacak hukuk değil, usule uygulanması gereken hukuk olduğunu vurgulamıştır (p.9). Mahkeme tahkim anlaşmasında tarafların İsviçre'yi sadece bir tahkim yeri olarak seçmedikleri, İsviçre usul hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisini de tercih ettiklerine karar vermiştir. Mahkeme birçok hususu dikkate alarak bu sonuca varmıştır. Öncelikle tarafların tahkim yeri ve tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak kurallara ayrıca karar vermiş olmalarının Endonezya hukukuna ilişkin tercihlerinin usul hakkında değil esas hakkında olduğunu göstermektedir (p.10). Anlaşma uyarınca taraflar, Endonezya usul hukukunun seçildiğine dair açık bir seçimde de bulunmamışlardır. Yine tahkim yargılaması kapsamında hakemler, toplantılarını Paris'te yaparken kararın İsviçre'de yapıldığına karar vermişlerdir. Bu durum da İsviçre'ye ilişkin yapılan tercihin sadece fiziksel bir tahkim yerine işaret etmediğini göstermektedir (p.12). Ayrıca, Endonezyalı taraf, tahkim yargılaması sırasında Endonezya hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürmediği gibi kimi usuli işlemler hakkında İsviçre hukukunun değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin itirazlarda bulunmuştur. Bu durum da tarafların İsviçre hukukunu uygulanacak usuli hukuk olarak kabul ettiklerini göstermektedir (p.16). Mahkeme, New York anlaşması uyarınca bir tahkim yerinin seçilmiş olması, o tahkim yerinin usuli kurallarının uygulanacağına dair tarafların niyetlerini gösterdiğine karar vermiştir. Bir tahkim yeri konusunda anlaşırken tarafların, farklı bir usul hukukuna karar verdikleri anlaşmaların çok nadir, sorunlu olduğu konusunda doktrinde fikir birliği olduğu da mahkemece vurgulanmıştır (p.11). Sonuç olarak mahkeme, İsviçre'nin tahkim yeri ve İsviçre hukukunun tahkim yargılamasına uygulanacak usul hukuk olarak seçildiğine bu sebeple de kararı iptal etme yetkisinin iddia edilenin aksine İsviçre mahkemelerinde olduğuna, Endonezya mahkemelerince verilen iptal kararının ABD mahkemelerini bağlamadığına karar vermiştir. *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 02-20042; 03-20602, 23 Mart 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.1262-1297, p.60.

yerinin ABD olmadığı yargılamalar hakkında New York Anlaşması hükümleri kapsamında değerlendirme yapılabilecektir³²⁰.

c) Belçika Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

27 Mart 1985 tarihinde Belçika Yargılama Usul Kanunu'nun 1717 hükmünde yapılan değişiklikle, tahkim yeri Belçika olan tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararları hakkında, taraflardan biri Belçika vatandaşı değil veya Belçika'da yerleşim yeri bulunmuyor ise Belçika mahkemelerinin yargılama yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir³²¹. Bu düzenleme ile, hükümde bahsi geçen tarafların, Belçika mahkemelerinde iptal davası açma hakkı bulunmuyordu. Yani, iptal davası açma hakkı, kanunen yasaklanmış durumdaydı³²². Hüküm emredici olarak kabul edildiği için taraflarca aksi de kararlaştırılamamaktaydı³²³. 1985 tarihli düzenleme, milli düzenlemelerde delocalization teorisinin düzenlenmeye tabi tutulduğu nadir örneklerdendir³²⁴. Hüküm kapsamında, tahkim yeri hukuku olarak Belçika'nın belirlendiği tahkim yargılamalarına Belçika mahkemelerinin ve Belçika hukukunun müdahale etme şansı kalmamaktaydı³²⁵.

Hakem kararları hakkında iptal davası açılmasını önleyen bu düzenleme, özellikle Model Kanunun iptal davalarında değerlendirilecek unsurlar arasında bir yeknesaklık sağlanmasıyla "tahkimsel anarşi" olarak anılmış ve problematik

³²⁰ Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.908.

³²¹ Park, **Procedural Integrity**, s.694; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.333; Aygöl, **a.g.e.**, s.35 dn.176; Ataman-Fıganmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.68.

³²² Jan Paulsson, "Arbitration Unbound in Belgium", **Arbitration International**, vol.2, S.1, 1986, s.68-73 (**Belgium**), s.72; Albert Jan van den Berg, "Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?", **ICSID Review**, 2014, s.1-26 (**Setting Aside**), s.14; Catherine Bratic, "The Parties Hereby Waive All Recourse ... But Not That One.' Why Parties Adopt Exclusion Agreements and Why Courts Hesitate", **Dispute Resolution International**, vol.12, no.2., 2018, s.105-129, s.111.

³²³ Akıncı, **Tenfiz**, s.87.

³²⁴ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.183; Akıncı, **Tenfiz**, s.87; Fakat bu düzenleme, Belçika hukukunun tamamen delocalization teorisine izin verdiği anlamına da gelmemekteydi. Belçika mahkemelerinin, tahkim yargılamasına usuli konularda yardımda bulunabileceği kabul edilmekteydi. Park, **Procedural Integrity**, s.695; Paulsson, **Belgium**, s.71.

³²⁵ Bu şekilde verilen hakem kararları hakkında, bu kararlar yabancı hakem kararı olarak kabul edilebileceği için New York Anlaşması kapsamında tenfiz davası açılabilmesi kabul edilmekteydi. Paulsson, **Belgium**, s.73.

bulunmuştur³²⁶. Ayrıca tahkim yeri Belçika olarak kabul edilen tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararları hakkında diğer ülkelerde açılan tenfiz davalarında hakimlerin, ilgili düzenleme sebebiyle tenfiz kararı vermekten çekinecekleri ileri sürülmüştür³²⁷. Tarafların bu düzenleme sebebiyle, tahkim yeri olarak Belçika'yı tercih etmedikleri de tespit edilince ve düzenleme 1998 yılında zorunlu olmaktan çıkarılmıştır³²⁸.

Günümüzde, Belçika hukukunda da mülkilik ilkesinin geçerli olduğu söylenilebilecektir. Tahkim yargılamasında tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuka ilişkin yapacakları tercihlerin, tahkim yerinin Belçika olarak belirlendiği durumlarda, Belçika hukukunun kısıtlamalarına tabi olacağı kabul edilmektedir³²⁹. Belçika hukuku uyarınca tahkim yeri, mahkemelerin tahkim yargılamalarına müdahale yetkisini ve hakem kararı hakkında açılacak iptal davalarına ilişkin yetkiyi de belirlemektedir³³⁰. Tahkim yerinin Belçika olarak belirlenmediği hakem kararları hakkında da Belçika mahkemelerinde iptal davası açılmamaktadır³³¹.

d) Çin Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

Çin tahkim hukuku uyarınca mülkilik teorisinin genel olarak kabul edildiği söylenebilecektir. Milletlerarası tahkim yargılamalarında tahkim yerinin, tahkim

³²⁶ Pavic, **a.g.e.**, s.146; Park, **Judicial Control**, s.269.

³²⁷ Paulsson, **Belgium**, s.71.

³²⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.184; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.72; van den Berg, **Setting Aside**, s.14; William W. Park, Why Courts Review Arbitral Awards", **Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century**, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Editörler Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger ve Jens Bredow, Köln, Heymanns, 2001, s.595-606 (**Courts Review**), s.600; Herman Verbist/ Hans van Houtte, "Belgium", **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.156-223, s.157.

³²⁹ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.115; Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.179.

³³⁰ Bununla birlikte tahkim yeri olarak Belçika'nın belirlenmediği tahkim yargılamalarında Belçika mahkemelerinden, tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin karar vermesi istenebilir, ihtiyati tedbir talep edilebilir, delil toplanması için yadım talep edilebilir veya tanıma tenfiz talep edilebilir. Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.179.

³³¹ Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.211.

yargılamasına uygulanacak usul hukukunu ve iptal kararı verebilecek yetkili mahkemeyi belirleyen esaslı unsur olduğu kabul edilmektedir.³³²

Çin hukuku uyarınca hakem kararlarının yabancı olup olmadıkları, tahkim yerinin Çin Halk Cumhuriyeti’ni sınırları dahilinde olup olmadığına göre değerlendirilmektedir. Tahkim yeri Çin Halk Cumhuriyeti’ni dışında olan hakem kararları yabancı hakem kararı olarak kabul edilmekte ve bu hakem kararları da New York Anlaşmasına tabi hakem kararları, Hong Kong ve Makao hakem kararları ve New York Anlaşmasına tabi olmayan hakem kararları olarak üçe ayrılmaktadır³³³. Hong Kong üzerindeki egemenlik 1997 yılında Çin’e devredilse de Çin, tahkim yeri olarak Hong Kong olarak belirlenen hakem kararlarını yabancı hakem kararı olarak görerek bu yargılamalar sonucunda verilen hakem kararlarını New York Anlaşmasına benzer hükümler içeren bir ikili anlaşma kapsamında tenfiz etmektedir³³⁴.

Çin Tahkim Kanunu uyarınca düzenlenen hükümler ve Kanun ile verilen mahkeme kararları incelendiğinde de tahkim yargılamalarının esas olarak tahkim yeri hukukuna tabi olduğunun kabul edildiği görülmektedir³³⁵. Örneğin, Tahkim Kanunu uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tercih ettikleri hukuka eğer taraflar konu hakkında bir tercihte bulunmazlarsa tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır³³⁶. Yine taraflar, tahkim yeri Çin Halk Cumhuriyeti’ni olan ve Çin Tahkim Kanuna tabi tahkim yargılamalarında kanunun emredici kurallarına aykırılık teşkil etmediği müddetçe tahkim yargılamasına uygulanmasını istedikleri kurallar hakkında

³³² Friven Yeoh/Desmond Ang, “People’s Republic of China and Hong Kong”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.275-370, s.308.

³³³ Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.359.

³³⁴ Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.276.

³³⁵ Örneğin Çin Yüksek Mahkemesine konu olan bir uyuşmazlıkta, taraflar Londra’da gerçekleşecek üç hakemli *ad hoc* tahkime karar verdikleri için, tahkim yargılaması devam ederken tutuklanan hakem hakkında nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair İngiliz hukukunun hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir. *First Investment Corp v. Not indicated, Higher People’s Court*, Fujian Province, 12 Ekim 2007 and Supreme People’s Court, 27 Şubat 2008, Çin Halk Cumhuriyeti **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXV, 2010) s.349 -352, p.10.

³³⁶ Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.285.

tercihte bulunabileceklerdir. Fakat taraflarca emredici kuralların aksi kararlaştırılamayacaktır³³⁷.

e) Fransız Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

Fransız hukukunda *lex arbitrinin* ve tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkileri, iki farklı dönemde incelenebilecektir. Konu ile ilgili herhangi bir hukuki düzenlemenin olmadığı ilk dönemde, Fransız Mahkemeleri, tahkim yargılamaları hakkında yetkilerinin ancak Fransız hukuku hükümlerinin uygulanmasının taraflarca kararlaştırılması halinde var olduğunu kabul etmişlerdir³³⁸. Özellikle *Götaverken* kararı ve sonrasında, tahkim yeri Fransa olan tahkim yargılamalarında, sırf tahkim yerinden dolayı Fransız mahkemelerinin yetkili olmadıkları kabul ediliyordu³³⁹. 21 Şubat tarihli Paris İstinaf Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Götaverken* kararı uyarınca, ICC Tahkim Kurallarına göre Paris'te gerçekleşen tahkim yargılaması sonrası verilen hakem kararının, Fransız hukukunun emredici kurallarına ve kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptali için, tahkim prosedürünün gerçekleştiği ve nihai kararın verildiği yer olması sebebiyle Paris İstinaf Mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkeme, yargılama Fransız tahkim usulüne göre yürütülmediğinden ve karar Fransa'da verilse bile milletlerarası ticareti ilgilendirdiğinden, kararı bir Fransız hakem kararı değil milletlerarası hakem kararı olarak kabul etmek suretiyle yetkisizlik kararı vermiştir³⁴⁰. Fransız mahkemeleri, *Götaverken* kararının etkisiyle, tahkim yargılamaları üzerinde yetkilerinin olduğunun kabulü için Fransız hukuk sistemi ile bir bağ aramış, tarafları yabancı olan ve Fransız hukukuna ilişkin bir tercih içermeyen tahkim yargılamaları üzerinde yetkilerinin olmadığına dair kararlar vermişlerdir. Bu dönemde, tahkim yargılamalarının tabi

³³⁷ Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.303.

³³⁸ Petrochilos, **a.g.e.**, s.53; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.13167; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.306.

³³⁹ Şanlı, **Hakem Kararı**, s.23 vd.; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.308; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.75; Chang, **a.g.e.**, s.12.

³⁴⁰ *General National Maritime Transport Company (GMTC) Libya, as legal successor of Libyan General Maritime Transport Organization (GMTO) v. AB Götaverken*, Paris Court of Appeals, Fransa, 21 Şubat 1980, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. VI, 1981, s.221-224, s.223.

olduğu hukuk hakkında tahkim yeri hukukunun bir önceliğinin olmadığı kabul edilmekteydi.

1981 yılında tahkime uygulanacak hükümlerinin düzenlenmesi ile gerçekleşen reform sonrası, ikinci dönem olarak adlandırılabiliriz. Tahkim yerinin tahkim yargılamaları üzerindeki etkisi, milletlerarası alanda yer alan gelişmelere uygun olarak arttırılmıştır. Fakat bu düzenlemeler ile de katı bir mülkilik ilkesinin benimsendiğinin söylenmesi mümkün değildir³⁴¹. Bu düzenlemelere bakıldığında, Fransız hukukunda esas olarak delocalization ve denationalization teorilerinin etkilerini görmek mümkündür.

Tahkim yargılamasının milletlerarası bir kaynağının olduğu ve tahkim anlaşmasının sadece bir milli hukuk ile şekillendirilemeyeceğine dair görüş, Fransız hukukunda yer bulmuş, hatta milli hukukta düzenlemelere konu olmuştur³⁴². Bu düzenlemeler ve mahkeme kararları incelendiğinde tahkim yeri hukukunun öncelikli olarak ele alınmadığı tespit edilebilmektedir³⁴³. Örneğin, Fransız hukuku, sadece tahkim yeri olarak Fransa'nın seçildiği tahkim yargılamalarına değil, tahkim yeri olarak Fransa seçilmese bile usule uygulanacak hukuk olarak Fransız hukukunun belirlendiği tahkim yargılamalarına da uygulanacaktır³⁴⁴. Tahkim yeri, tahkim yargılamalarında Fransız hukuku hükümlerinin uygulanması için esas

³⁴¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.66; Köse, **a.g.e.**, s.367; 1981 ile yapılan düzenleme, 2011 yılında yenilenmiştir. Fakat bu yenileme 1981 yılında yapılan düzenlemeyi geliştirmekten öte Fransız hukukunda tahkime ilişkin yer alan mahkeme kararlarının ve uygulamanın toparlanması amacını taşımıştır. Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.450.

³⁴² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.49; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.317; Senem Bahçekapılı Vincenzi, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 36, S.1, 2016, s.73-126, s.87.

³⁴³ *LAIGC-Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. BAIL – Banque Arabe et Internationale d'Investissements SA* kararında Fransız Yüksek Mahkemesi, UNCITRAL Tahkim kurallarının uygulandığı ve tahkim yerinin Amman, Ürdün olarak belirlendiği tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı hakkında açılan tenfiz davasında, Ürdün hukukuna göre hakem kararının Ürdün mahkemeleri tarafından onaylanmadığı gerekçesi ile tenfiz edilemeyeceğinin ileri sürülmesi üzerine, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin seçtikleri hukukların tahkim yeri hukukuna bir atıf yapmadığı ve taraflar arasındaki anlaşma uyarınca kararların kesin ve bağlayıcı olduğuna dair anlaşıldığı sebepleriyle, tahkim yeri hukukunda yer alan düzenlemelerin hakem kararının geçerliliğini etkilemeyeceğine karar vermiştir. *LAIGC-Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. BAIL – Banque Arabe et Internationale d'Investissements SA*, Court of Appeal, Paris, Fransa, 23 Ekim 1997, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIII, 1998, s.644-653, p.5.

³⁴⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.67; Born, **a.g.e.**, s.1573.

alınmamaktadır. Tahkim yeri mahkemesi olarak Fransız mahkemelerinde hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarından tarafların hiçbir şart olmadan feragat edebilmeleri, yine tahkim yerinin Fransız tahkim hukukunda önemli bir unsur olmadığını göstermektedir³⁴⁵. Tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararların Fransız mahkemeleri tarafından tenfiz edilebilmesi de Fransız hukukunca tahkim yeri hukukunun öncelikli olarak dikkate alınmadığını gösteren uygulamalardandır³⁴⁶.

Günümüzde Fransız hukuku uyarınca, 1981 yılında getirilen düzenlemeler ile tahkim yerinin tahkim yargılamalarında ön planda olmadığı söylenebilecekse de tahkim yerine verilen önem, *Götaverken* kararının verildiği hiçbir düzenlemenin olmadığı dönemden daha fazladır. Kanun uyarınca tahkim yargılamalarında tahkim yeri olarak Fransa'nın belirlenmesi halinde hakem kararlarının iptali hakkında Fransız mahkemeleri yetkili olacaktır³⁴⁷. Tahkim yeri Fransa olmayan yargılamalar sonucunda verilen kararlar hakkında da tenfiz davası açılması gerekecektir³⁴⁸. Yani tahkim yeri Fransa olan tahkim yargılamalarında Fransız mahkemelerinin asgari düzeyde de olsa, hakem kararını denetleme yetkilerinin olduğu ve bu durumun aksinin kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir³⁴⁹.

f) İngiliz Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

İngiliz hukuku uyarınca tahkim yargılamalarının uluslararası semada savrulmasının kabul edilemeyeceği, kararların mutlaka bir milli hukuka tabi olması

³⁴⁵ Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.491; Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisi kapsamında hakem kararları hakkında iptal davası açma haklarından feragat edebilmelerine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b))

³⁴⁶ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.116; Aygül, **a.g.e.**, s.35 dn.174. Tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının, Fransız mahkemeleri tarafından tenfiz edilmesine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

³⁴⁷ Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.490; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.116; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.114; Aygül, **a.g.e.**, s.35 dn.174.

³⁴⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.67.

³⁴⁹ Park, **Procedural Integrity**, s.691; Şanlı, **Tahkim Yeri Hukuku**, s.180; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1317; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.300; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122; Petrochilos, **a.g.e.**, s.82.

gerektiği uzun yıllardır mahkeme kararları ile kabul edilmektedir³⁵⁰. 1996 tarihli Tahkim Kanunu öncesinde de tahkim yargılamalarının tabi olacağı hukukun tahkim yeri hukuku olduğu ve tarafların yabancı bir hukuku tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olarak seçmelerinin de mümkün olduğu kabul edilmekteydi³⁵¹. Çünkü bu dönemde, tahkime uygulanacak hukuk ile tahkimin usulüne uygulanacak hukukların birbirlerinden ayrılabilirlikleri ve tahkime uygulanacak hukukun tahkimin usulüne uygulanan hukuktan üstün olduğu kabul edilmiştir³⁵². Örneğin, *Union of India v. McDonnell Douglas Inc.*, kararında Yüksek Mahkeme, tahkim yeri Londra olan ve fakat tahkim yargılamasına Hindistan hukukun uygulanmasının kararlaştırılmış olduğu tahkim yargılamasında; Hindistan hukukunun sadece tahkimin iç işleyişini düzenlediği, tahkimin dış ilişkilerinde, yani mahkemeler ile tahkim yargılamasının ilişkisinde, İngiliz hukukunun yetkili olacağını kabul etmiştir³⁵³. Genel kabul edilen görüş bu olmakla birlikte, İngiltere dışında gerçekleşen ve İngiliz hukukun uygulandığı tahkim yargılamalarının da İngiltere’de verilmiş hakem kararları olarak kabul edileceğine dair mahkeme kararları da bulunmaktaydı³⁵⁴.

1996 yılında Tahkim Kanunu ile uygulamada yer alan tereddütler giderilmiş ve Kanunun uygulanmasında tahkim yerinin dikkate alacağı düzenlenmiştir³⁵⁵. Kanun 2(1) hükmü ile, tahkim yerinin İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında Kanunun uygulanacağını açıkça düzenlemiştir. Yani tahkim yerinin İngiltere olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında Kanun

³⁵⁰ “...our jurisprudence does not recognize the concept of arbitral procedures floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law.” *Bank Mellat v. Hellinki Techniki S.A.*, İngiltere, QB 291, 301, 1984, naklen Petrochilos, **a.g.e.**, s.56.

³⁵¹ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122.

³⁵² Petrochilos, **a.g.e.**, s.62.

³⁵³ *Union of India v. McDonnell Douglas Inc.*, İngiltere, 2 Lylod’s Rep. 48, 1993, naklen Vakharia, **a.g.e.**, s.90; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122; Hill, **a.g.e.**, s.528; Erkaya, **a.g.e.**, s.66 vd.

³⁵⁴ Fakat bu durum, zamanında, İngiliz hukukunun mülkilik ilkesini tek yanlı olarak yorumladığını göstermektedir. Kendi ülkesinde gerçekleşen tahkim yargılamaları üzerinde esas olarak İngiliz hukukunun etkin olduğunu söylerken, başka ülkelerde verilen ve İngiliz hukukunun uygulandığı kararların da İngiliz hukukun etkisi altında olduğunu söylemek, mülkilik ilkesi ile çelişki yaratmaktadır. Petrochilos, **a.g.e.**, s.63.

³⁵⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.172; Kanun hangi hallerde tahkim yeri olarak İngiltere belirlenmezse bile Kanunun uygulanabileceğini tek tek saymıştır. Born, **a.g.e.**, s.1570.

emredici olarak uygulanacaktır³⁵⁶. Tahkim yeri olarak İngiltere'nin seçilmesi halinde; uygulanacak hukuk seçilmezse veya sadece yabancı bir hukukun usuli kuralları seçilirse, Kanunun uygulanacağı ve tarafların tercihlerinin İngiliz hukukunun emredici hükümleri ile kısıtlanacağı kabul edilmiştir³⁵⁷. *Lex arbitri* olarak bir hukuk seçimi yapılmazsa da tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olacağına kabul edilmektedir³⁵⁸. Taraflarca bir tahkim yeri belirlenmezse ve İngiliz hukukunun uygulanması talep edilirse de Kanun uygulama alanı bulacaktır. Fakat tahkim yeri olarak İngiltere seçilmesine rağmen *lex arbitri* olarak farklı bir hukuk seçilirse veya tahkim yeri olarak yabancı bir yer seçilirse ve İngiliz tahkim kanunun uygulanmasına karar verilirse, prensip olarak, Kanun uygulama alanı bulamayacaktır³⁵⁹. Bu sebeplerle İngiliz hukuku kapsamında tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamaları üzerinde öncelikli etkisinin kabul edildiği söylenebilecektir³⁶⁰.

g) İsviçre Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

İsviçre hukuku uyarınca *lex arbitrinin* belirlenmesinde mülkilik ilkesi kabul edilmektedir³⁶¹. Kanun uyarınca tahkim yeri olarak İsviçre'nin belirlenmesi ve taraflardan en az birinin tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada ikametgahının veya yerleşim yerinin İsviçre dışında olması halinde milletlerarası tahkim hükümleri uygulanacaktır³⁶². Yani tarafların, İsviçre'yi tahkim yeri olarak belirlemeleri, İsviçre

³⁵⁶ Born, **a.g.e.**, s.1571; Mistelis, **a.g.e.**, s.284; Dursun, **a.g.e.**, s.171.

³⁵⁷ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.122; Hill, **a.g.e.**, s.528; Petrochilos, **a.g.e.**, s.71; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.294; Bu şekilde verilen hakem kararları, İngiltere mahkemelerinde iptal davasına konu olabileceklerdir. Khanna, **a.g.e.**, s.428.

³⁵⁸ Khanna, **a.g.e.**, s.396.

³⁵⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.71.

³⁶⁰ Konu hakkında enteresan bir örnek olarak İngiliz Yüksek Mahkemesi'nce verilen *Soleimany v. Soleimany* kararından bahsedilebilecektir. Karara konu uyuşmazlık, Londra'da Hahamlık tarafından çözümlenmiştir. Karar hakkında açılan tenfiz davasında Hahamlık yabancı ülke toprağı sayılmış ve karar, tanıma tenfiz davasına konu olmuştur. *Soleimany v. Soleimany*, İngiltere, QB 785, 1999, naklen Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.723; Ekşi, **Tenfiz**, s.175.

³⁶¹ Karrer, **Switzerland**, s.846; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.172; Born, **a.g.e.**, s.1571; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.72; Chang, **a.g.e.**, s.55; Kaplan, **Usul**, s.63; Aygül, **a.g.e.**, s.31.

³⁶² Karrer, **Switzerland**, s.828; Kalpsüz, **Tahkim**, s.16; Akıncı, **Tenfiz**, s.89.

DÖHK kapsamında yer alan milletlerarası tahkime ilişkin hükümleri kabul ettikleri anlamına gelmektedir.

İsviçre hukukuna göre taraflar tahkim yeri olarak İsviçre'yi belirledikten sonra isterlerse milletlerarası bir düzenlemenin veya milli bir düzenlemenin tahkim yargılamasının usulüne uygulanmasına karar verebilirler³⁶³. Bu tercih, İsviçre mahkemelerinin tahkim yargılamaları üzerindeki yardım ve müdahale veya hakem kararlarının iptal edilebilmesi yetkilerini ortadan kaldırmamaktadır³⁶⁴. Yani, tarafların İsviçre DÖHK uyarınca tahkim yargılamasına uygulanacak hukuku irade serbestisi kapsamında seçebilmeleri, tahkim yeri olarak İsviçre hukukunun etkisini kaybetmesine veya mülkilik teorisinden farklı bir uygulamanın ortaya çıkmasına sebep olmamaktadır³⁶⁵.

3. Türk Hukukunun Tahkime İlişkin Düzenlemelerinde Lex Arbitri

Türk hukukunda milletlerarası tahkim yargılamalarında *lex arbitri* olarak uygulanacak hukukun, tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukuku mu yoksa tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanmasına dair belirledikleri hukuk mu olduğu uzun bir süre tartışılmıştır. 2001 tarihli MTK'nın getirmiş olduğu düzenlemeden önce tartışma esas olarak mahkemelerde açılan tenfiz davalarında hakem kararlarının milliyetlerinin nasıl tespit edileceği üzerinden gelişmiştir. MTK öncesi Türk hukukunda milli ve milletlerarası tahkim ayrımı olmadığı için hakem kararların nasıl milli veya yabancı olacağına dair değerlendirmeler yapılmıştır. Fakat yapılan bu değerlendirmeler aslında tahkim yargılamasına hükmeden hukukun

³⁶³ Born, **a.g.e.**, s.1572; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.141.

³⁶⁴ Karrer, **Switzerland**, s.844.

³⁶⁵ Karrer, **Switzerland**, s.847; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.121; Tahkim yargılamasında tahkim yeri olarak İsviçre'nin belirlenmesine rağmen DÖHK 182 ve 192. maddeleri gereği İsviçre hukukunun veya mahkemelerinin yetkileri aksine taraflarca tercih yapılabilmesi, İsviçre hukukunda delocalization teorisinin kabul edildiği şeklinde yorumlanmaktadır. Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.333 dn.227. Fakat Kanunun 182(3) hükmünde belirtilen, adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin; tahkim yerinin İsviçre'de olduğu ve yabancı bir usul hukukun uygulandığı tahkim yargılamalarında da uygulanacağını kabul edilmesi, Kanunun düzenlenmesi sırasında yine mülkilik teorisinin dikkate alındığını göstermektedir. Born, **a.g.e.**, s.1573.

hangisi olduğu hakkındadır. MTK'dan önce genel görüş, bir hakem kararının yabancı olup olmadığının tahkim yargılamasının usulüne uygulanan hukuka göre belirlenmesiydi. Fakat MTK'nın kabulü ile günümüz Türk hukuk doktrinde, milletlerarası doktrine uygun olarak, sadece kararların milliyetini belirlemek açısından değil, tahkim yargılamalarının tabi olduğu hukukun da tespit edilmesi amaçlı *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukunun, *lex loci arbitrinin*, dikkate alındığı söylenebilecektir.

MTK'nın kabulünden önce hakem kararlarının niteliğinin belirlenmesine ilişkin milli bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1949 yılına kadar Yargıtay, yabancı hakem kararları ile mili hakem kararlarının arasında bir ayrım gözetmemiş, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icra edilebilmeleri için bir tenfiz kararına sahip olmalarını değil, milli hakem kararlarının icra edilebilmeleri için yerine getirilmesi gereken hususların izlenmiş olmasını aramıştır³⁶⁶. Yani yabancı hakem kararların 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)³⁶⁷ uyarınca icra edilmeleri gerekmektedir. Yargıtay bu dönemde verdiği kararlarla hem milli hakem kararlarını hem de yabancı hakem kararlarını aynı düzenlemeye tabi tutarak, tahkim yargılamasının akdi teoriye dayandığı görüşü desteklemiştir³⁶⁸.

1949 yılından sonra Yargıtay kararlarında ve doktrinde genel olarak, tahkim yargılamasına uygulanacak usul hukukunun otorite kanun olarak kabul edileceği ve tahkim yargılamasının veya hakem kararının milliyetine bu hukuka göre karar verileceği savunulmuştur³⁶⁹. Fakat esas olarak, Yargıtay HGK 07.11.1951 tarih 126 esas ve 109 karar sayılı kararı ile hakem kararlarının milliyetinin tespitinde, otorite kanun kriteri değerlendirilmeye başlamıştır³⁷⁰. Bu karar uyarınca aynı zamanda,

³⁶⁶ Kalpsüz, *Milliyet*, s.610; Birsal/Budak, *a.g.e.*, s.185; Ergöner, *a.g.e.*, s.220.

³⁶⁷ RG 02,03,04.07.1927/622,623,624.

³⁶⁸ Ergöner, *a.g.e.*, s.220.

³⁶⁹ Koral, *Otorite*, s.155; Kalpsüz, *Milliyet*, s.610; Yargıtay'ın görüş değiştirmeye başladığı kararlar için bkz. Y. 11. HD. 25.03.1949 T., 948/4700 E., 1495 K.; Y. 11. HD. 22.04.1949 T., 948/4733 E., 2042 K., naklen Ergöner, *a.g.e.*, s.221 dn.27.

³⁷⁰ Karar uyarınca: "*Hakemlerin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemez ise de tahkimnamenin ve esas mukaveleinin tabi olduğu kanun bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olabileceğine ve bir hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş ise, o karar yabancı hakem kararı sayılabileceğine, icra mahalli*

yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararlarının icrasına tabi hükümler ile tenfiz edilecekleri kabul edilmiştir³⁷¹. Hakem kararlarının mahkeme kararlarına ilişkin hükümler ile tenfiz edilmesi, hakem kararlarının sözleşmesel temelde kabul edilerek otorite kanun kriteri ile değerlendirilmelerine rağmen, tenfiz hükümleri açısından yargısal bir değerlendirmeye tabi tutulmalarına sebep olmuştur³⁷². Her ne kadar Yargıtay, 1949 yılından itibaren hakem kararlarını değerlendirirken tahkim yargılamasına uygulanacak usul hukuku kriterini yani otorite kanun kriterini dikkate alsa da Y. 15. HD. 10.03.1976 tarihli E. 75/1617 K. 76/1052 kararında bir anda görüşünden dönmüş, hakem kararının milliyetine mülkilik ilkesi uyarınca tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukunu dikkate alarak karar vermiştir³⁷³. Fakat Yargıtay, doktrinden gelen eleştiriler doğrultusunda tahkim yargılamasına

*Arjantin olan ve orada tanzim edilen, Türk kanunlarına atıf yapmayan ve tahkim şartını muhtevi mukaveleden doğan ihtilafların halline dair olan hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu muhakkak bulunduğu ve HUMK'un tahkime ait hükümleri şekle taalluku hasebiyle Türk kanunlarının otoritesi altında verilmiş hakem kararlarına münhasır olduğuna ve yabancı hakem kararları, tenfiz usulüne tevfikân Türk kazâi mercilerinin incelenerek tenfizi lüzumuna karar verilmedikçe Türkiye'de icra olunmayacağına... oy çokluğu ile karar verildi", naklen Nomer, Usul, s.243; Bırsel/Budak, a.g.e., s.185. Bu dönemde Yargıtay'ın mülkilik kriterinin uygulanmayacağını özellikle vurguladığı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin Y. 11. HD. 28.12.1978 T., 5258/5916 sayılı kararı uyarınca "(s)özleşmedeki (tahkim şartı) uyarınca, hakem koşulu Londra'da oluşturulmuştur ve hakemler de yabancıdır. Kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, hakemlerin tabiiyeti ve **hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilmez** ise de, davada dayandırılan hakem kararı yabancı bir kanunun (İngiltere Kanunun) otoritesi altında verilmiş ve Türk Kanunlarına atıf yapılmamış bulunduğundan, yabancı bir hakem kararı olduğunun kabulü zorunludur", naklen Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.562 dn.167.*

³⁷¹ Kalpsüz, **Milliyet**, s.611; Fakat bu yaklaşım, hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerin, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinden farklı olarak, tahkim yargılamasının özelliklerine uygun olması gerektiği sebebiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Koral, **Otorite**, s.173 vd.

³⁷² Rabi Koral, "Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi", **Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1979, s.419-472 (**Eleştiri**), s.440.

³⁷³ Karar uyarınca: "Yargıtay'ın hakem kararlarını denetlemesi, yargısal tasarruf alanına girmektedir. Yargıtay'ın verdiği kararlar yargısal niteliktedir. Gelgelelim Yargıtay'ın yargısal tasarrufu ülke sınırları ile sınırlanmıştır. Başka bir söyleyişle, devletin egemenlik alanı içinde uyumsuzluğa el koyan, yargılama yapan, uyumsuzluğu çözen hakemlerin verdikleri kararlar için Yargıtay'ın denetimi söz konusu olabilir. Öyle ise, İsviçre'nin Lozan Şehrinde toplanan, orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararların (Türk Usul Hukuku'nu uygulasalar ve Türk kamu düzenine ilişkin hükümlere saygı gösterebilirler bile) Yargıtay'ın devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetime bağlı tutulması olanaksızdır. **Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararları, yabancı hakem kararı olarak nitelemek gerekir. O halde Usul'ün 536 ya da 537. Maddesi uyarınca verilen bir karar olmadığına göre, yabancı hakem kararları için Yargıtay yoluna başvurulamaz. Burada yabancı memlekette verilen bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve yerine getirilmesi (tenfizi) söz konusu olmaktadır**", naklen Bırsel/Budak, a.g.e., s.171.

uygulanacak usul kriterine geri dönüş yapmıştır³⁷⁴. Yargıtay'ın hakem kararının milliyeti belirlenirken mülkilik kriterini kullanması, aslında milletlerarası alandaki gelişmeye daha uygundu. Fakat kararın o güne kadar kabul edilen usul kriteri karşısında bir anda radikal bir değişiklik yapması, kararda hakem kararı değerlendirilirken tam olarak mülkilik esasına dayanılmaması ve esas olarak görüş değişikliğinin sadece mahkemenin önündeki uyuşmazlık için özel olarak yapıyor olduğu izlenimi, mülkilik ilkesinin gerek doktrinde gerekse de uygulamada kabulünü zorlaştırmıştır. Burada tekrardan vurgulamak gerekir ki; Yargıtay bu kararları daha Türk hukukunda milli, milletlerarası tahkim ayırım olmadan yani milli hukukta milletlerarası tahkim yargılamalarını düzenleyen bir düzenleme olmadan vermiş ve kararlarda doğrudan tahkim yargılamalarının tabi olacağı hukuku tespit etmeden, hakem kararların hangi şartlar altında milli veya yabancı olarak nitelendirilmesi gerektiğini incelemiştir.

Türk hukukunda hakem kararlarının milliyetine ilişkin ilk düzenlemelerin 1991 tarihinde kabul edilen 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşması³⁷⁵ ve 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Konvansiyonu'ndan geldiği söylenebilecektir³⁷⁶. New York Anlaşması ve Cenevre Sözleşmesinde esas olarak mülkilik kriterinin esas alınması ve fakat otorite kanun teorisine de kısmi olarak imkân tanınması, Türk hukukunda hakem kararlarının milliyetinin belirlenmesine ilişkin tartışmaların sonlandırılmamasına veya var olan uygulamanın kesinleşmemesine sebep olmuştur. New York Anlaşmasının yürürlüğe girdiği 1992 tarihinden sonra Yargıtay'ın kararlarında mülkilik esasını dikkate alarak verdiği kararlar olduğu gibi³⁷⁷, otorite kanun kriterini de dikkate aldığı kararlar da

³⁷⁴ Koral, **Eleştiri**, s.427; Kalpsüz, **Milliyet**, s.602; Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.183; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.811; Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.347; Aygöl, **a.g.e.**, s.36 dn.181; Akıncı, **Tenfiz**, s.12.

³⁷⁵ RG 25.09.1991/21002, Anlaşma 30.09.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁷⁶ RG 23.09.1991/21000.

³⁷⁷ Y. 15. HD. 01.02.1996 T. 6209-527 sayılı kararında Yargıtay: “*Anılan Yasa’nın (New York Sözleşmesinin) 1. maddesi uyarınca Sözleşme, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında uygulanacağından, dava konusu (tahkim yeri Zürih olan) hakem kararı da bu sözleşmenin (New York Sözleşmesi) kapsamında kalmaktadır. O halde, burada, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için Sözleşme’de*

bulunmaktadır³⁷⁸. Hatta Yargıtay'ın iki kriteri de değerlendirdiği, otorite kanun kriterini esas alırken mülkilik ilkesinden de bahsettiği veya mülkilik ilkesini yardımcı olarak kullandığı kararlar da bulunmaktaydı³⁷⁹.

(New York Sözleşmesi) öngörülen koşulların oluşup oluşmadığının incelenmesi gerekir” diyerek mülkilik ilkesini vurgulamıştır, naklen Birsal/Budak, **a.g.e.**, s.188; Yine Yargıtay 15. HD. 20 Haziran 1996 tarihli 2781-3533 sayılı kararında ICC Tahkim Kuralları uygulanarak verilmiş olan kararın milli hakem kararı olduğuna karar vermiştir. Karar uyarınca: “*Davanın tarafların birisi tüzel kişiliği haiz bir Türk şirketi diğeri de bir kamu idaresidir. Seçilen hakem kurulunun tamamı Türkiye Cumhuriyeti uyrukluğunda olup, hakem yargılaması Türkiye’de yapılmış ve hakem kararı da burada verilmiştir. Ancak ICC Tahkim Kurallarının uygulanması ile hakem prosedürü ve hakem kararı Tüzük hükümleri dairesinde cereyan etmiştir...Sözleşmede doğan borç ilişkisinde yabancı unsur mevcut olamamakla beraber, tahkim sözleşmesi veya koşulunda MTO hakemliğine başvurulacağı taraflarca kabul edilmişse, bu konudaki uyuşmazlık üzerine Türkiye’de verilen hakem kararları yerli hakem kararı sayılır...(U)yuşmazlık konusu olan hakem karar yabancı bir hakem kararı olmayıp, Türk hakem kararıdır ve Türk hakem kararlarının tabi olduğu prosedüre tabi olması gerekir*”, naklen Birsal/Budak, **a.g.e.**, s.182-183.

³⁷⁸ Y. 15. HD., 20.06.1996 T., 2781 E., 3533 K. sayılı kararında: “Gerek uygulamada gerekse bilimsel öğretilerde kabul edildiği üzere bir hakem kararının yerli mi yabancı bir hakem kararı mı olduğu hususu, otoritesi altında verilen kanuna göre belirlenir. **Eğer bir karar yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmişse yabancı hakem kararı sayılır**” diyerek usul hukuku kriterini dikkate alacağını vurgulamıştır, naklen Ergöner, **a.g.e.**, s.229; Benzer kararlar da şu gerekçeleri içermektedir: Y. 11. HD., 26.05.2000 T., 3992 E., 4704 K. sayılı kararı: “Yargıtay ilamında benimsenen geciktirici sebeplere ve 17/18 Nisan 1986 tarihli sözleşmenin 4. maddesinde mevcut “bu anlaşma T.C. Kanunlarına uygun olarak idare edilecek ve yorumlanacaktır” ibarelerinin bu maddeden ve uyuşmazlık safhasından önceki vecibelerle ilgili olup, aynı sözleşmenin 5. maddesinde, “anlaşma ile ilgili bütün ihtilafların uluslararası ticaret odasının uzmanlaşma ve arbitasyon kurallarına uygun olarak yabancı hakemde halledileceğinin” açıkça belirtilmiş olmasına, bu safhada ayrıca ve sarahaten T.C. Usul Hukukunun geçerli olacağına belirtilmemiş olup, **esasen tarafların serbest iradeleri ile ihtilafların çözümünü yabancı bir otoriteye bırakmakla o otoritenin Usul Hukukunun uygulanmasını da kabullenmiş olduklarının tabii bulunmasına, sair itirazların kesinleşen mahkeme kararları kapsamında kalmasına, bu sebeplerle de isteme dayanak yapılan MÖHUK 45/b ve New York Sözleşmesi V. maddelerinde belirtilen tenfiz isteminin reddi sebeplerinin oluşmamış bulunmasına...**”, naklen Ergöner, **a.g.e.**, s.230; Y. 13 HD., 07.07.1998 T., 5441 E., 6064 K. sayılı kararı: “Gerek öğretilerde gerekse Yargıtay’ın kararlılık kazanan uygulamasında hakem kararlarının milliyeti konusunda benimsenen ilke usul hukuku ilkesidir. **Bu ilke uyarınca, bir hakem kararı hangi ülkenin usul hukukuna göre verilmiş ise, o ülkenin hakem kararı olarak kabul edilmelidir.** Bu durumda, temyize konu hakem kararının verilmesinde hangi ülke kurallarının uygulandığı saptanmalıdır. Hakemlerce uygulanan usul hukuku kurallarının hangi ülkeye ait olduğunun belirlenmesinde, öncelikle tarafların tahkim sözleşmesinde veya ondan ayrı olarak, bu konuda bir kararlaştırma yapmış olup olmadıklarına bakılmalıdır. Böyle bir kararlaştırma yok ise, tarafların tahkimi hangi ülkenin usul hukukuna tabi kılmak istedikleri, tahkim sözleşmesindeki diğer hükümlerin yorumlanmasıyla belirlenmelidir. Bu yolla da bir sonuca kavuşulmaması durumunda ise, tarafların uygulanacak tahkim usulünü seçimini hakemlere bıraktığının kabulü gerekir. Böyle bir durumda, uyuşmazlığın çözümünde hangi ülke usul hukuku kurallarının uygulanacağı, hakemlerce belirlenecektir. Bu kabul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 525. Maddesindeki düzenlemeye de uygun bulunmaktadır... Yine, taraflar arasındaki sözleşmelerin tahkime ilişkin hükümlerine veya ayrı bir belgede, hakemlerin uygulayacakları usul hukuku kuralları konusunda herhangi bir kararlaştırmanın bulunmadığı görülmektedir. Diğer hükümlerin yorumu yoluyla da bu yönde herhangi bir sonuca kavuşulması olanaklı değildir. Bu durumda az yukarıda açıklanan şekilde, tarafların bu yönde hakemlerin seçimine bırakmış olduklarının kabulü gerekmektedir. Hakem heyeti tarafından 2.4.1997 günlü toplantıda, **uyuşmazlığa Alman Usul Hukuku Kurallarının uygulanmasının kararlaştırılmış olduğu ve işlemlerin bu karar doğrultusunda yürütüldüğü, buna ilişkin toplantı tutanağının onaylı tercümesinden açıkça anlaşılmaktadır. O halde, temyiz edilen**

2675 sayılı mülga MÖHUK ve 5718 sayılı MÖHUK da yabancı hakem kararların nasıl ve hangi şartlarda tanınıp tenfiz edilebileceğine ilişkin düzenleme getirirken, yabancı hakem kararının ne olduğu ve dolaylı olarak tahkim yargılamalarının hangi hukuka tabi olduklarına ilişkin sessiz kalmışlardır. 2675 sayılı mülga Kanundan farklı olarak 5718 sayılı Kanunda, hakem kararlarının hangi durumlarda tenfiz edilmesinin mümkün olmadığına dair 62(1)(h) hükmü uyarınca “hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya

kararın, Türk hukuku bakımından bir yabancı hakem kararı niteliği taşıdığına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Yabancı hakem kararlarının Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulamayacakları da çok açıktır”, naklen Ergöner, a.g.e., s.231; Y. 5. HD., 25.10.1996 T., 3249 E., 5584 K. sayılı kararı: “*Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları ile de; belirtildiği gibi bir hakem kararının yerli mi, yoksa yabancı mı hakem kararı olduğu “otoritesi altında verilen kanun” hükümleri esas alınarak saptanır. Burada bahis konusu edilen kanun esasa değil, usule uygulanan kanundur...Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde her ne kadar usule uygulanacak kanun belirtilmemiş ise de, 10.08.1989 tarihli tarafların da imzasını havi (görev belgesi)’nde hakem mahkemesinin “Türk Hukuk Muhakemeleri usulü Kanunu Hükümlerine” göre çözümleneceği belirtilmiştir. Bu durumda otoritesi altında verilen hakem kararı Türk Usul Kanunu Hükümlerine göre verilmiş olduğunda bu hakem kararı Türk hakem kararı sayılır*”, naklen Ergöner, a.g.e., s.231; Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C.67, S.1, 2009, s.54-74 (ICC), s.60.

³⁷⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s.14; “Hakem kararı verilirken Türk usul hukuku uygulanmış ve hakem de kararını Türkiye’de vermiş olmakla **gerek otoritesi altında verilen hukuk kriteri, gerekse hakem mahkemesinin toplandığı yer hukuku kriterine göre işbu hakem kararının bir Türk hakem kararı olarak kabulü gerekmesine** ve Paris Uluslararası Ticaret Odası, sadece hakemi seçen merci ve sekreteryaya görevi yapmış bulunmasına göre hakem kararının tenfize değil tasdike tabi olması gerekir” 11. HD. 19.12.1985 T., 7355 E., 7099 K.; “Gerek uygulamada, gerekse öğretide bir hakem kararının yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığı ayrımı “otoritesi altında verilen kanun”a göre belirlenmektedir. Şayet, hakem kararı **yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmişse, o karar yabancı hakem kararı sayılır**. Kuşku yok ki, burada sözü geçen kanundan maksat, esasa değil usule uygulanan kanundur. Somut olayda; uyuşmazlık, tüzel kişiliği haiz bir Türk şirketi ile kamu idaresi arasındadır. Hakem kurulu ise, Türk uyruğu taşıyan kişilerden teşekkül ettirilmiştir. Yargılama, Türkiye’de sürmüş, karar burada verilmiştir. Ancak MTO tahkim kurallarının uygulanması ile hakem prosedürü ve hakem kararı tüzük hükümleri dairesinde cereyan etmiştir. **Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinde yabancı unsur mevcut olmamakla birlikte, tahkim sözleşmesi veya koşulunda MTO hakemliğine başvurulacağı taraflarca kabul edilmişse, bu konudaki uyuşmazlık üzerine Türkiye’de verilen hakem kararları yerli hakem kararı sayılır**. Esasen, MTO bir kısım ulusların meydana getirdiği resmî bir topluluk değil, değişik ülkelerden tacir ve sanayicilerin kurduğu özel bir teşekküldür. Tüzüğü, belli bir devletin mevzuatı niteliğinde olmadığından, kamu kurumu vasfı da yoktur. Tüzük hükümleri, kanun gücü taşımadığından, kamu düzenine ilişkin emredici mahiyette de sayılmazlar. MTO hakem divanı ve sekreteryası bir kamu kurumu sayılmadığı için hakem kararlarını kontrol eden, onlara kesinlik ve kamu gücüne dayanan cebri icra kabiliyeti izafe eden bir makam da değildir. MTO tüzük kuralları altında verilen kararlar muayyen bir yabancı kanuna tebaan verilmiş karar sayılmayacağından, sonuçta yabancı hakem kararı olarak nitelendirilemez. Öte yandan, hakem kararının, divan ve sekreterliğe verilmesi ve oraca tasdik edilmesi hakem kararına mülkiyet izafe edilmesine de neden olmaz. Bu itibarla, yanlar arasındaki uyuşmazlığı gideren hakem kararı yabancı bir hakem kararı değil, Türk hakem kararıdır ve Türk hakem kararlarının tabi olduğu prosedüre tabi olması gerekir”. 15. HD. 06.11.1998 T., 1998/3507 E., 1998/4108 K., naklen Ekşi, **ICC**, s.60-61.

verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise” denilirken, 62(1)(e) uyarınca da “(t)ahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise” denilmektedir. Yani tahkim yargılamalarına uygulanacak hukukun hangi yöntem ile belirleneceğine dair kanun koyucu, kesin bir düzenleme yapmamıştır.

Türk Hukukunda milletlerarası anlaşmalar ve MÖHUK hükümleri ile MTK düzenlemesine kadar ağırlıkla ve MTK düzenlemesinden sonra da kimi yazarlarca, tahkim yargılamalarında otorite kanun kriterinin dikkate alınması gerektiği savunulmuştur. Alman ve Fransız mahkeme uygulamaları örnek gösterilerek, dünyada da mülkilik ilkesinin terkedildiği ileri sürülmüştür³⁸⁰. Tahkim yargılamalarının esas olarak sözleşmesel nitelikte olduğu ve tahkim yargılamalarının nerede gerçekleştirilse gerçekleştirilsin hüküm ifade etmeleri sebepleriyle, tahkim yargılamalarında esas olarak tarafların iradelerinin esas alınması gerektiği savunulmuştur³⁸¹. Görüş uyarınca tahkim yargılamalarında kararların milliyetinin belirlenmesinde önemli olan unsur, otorite kanun olarak uygulanan kanunun Türk usul hukuku olup olmadığının dikkate alınmasıdır³⁸². Bu sayede tarafların irade serbestileri en üst seviyede değerlendirilebilecek ve tahkim yargılamaları mutlak irade teorisine tabi olabilecektir³⁸³. Yani sonuç olarak, tahkim yargılamalarının öncelikle tarafların seçtikleri hukuka, ikincil olarak da somut olayın özellikleri dikkate alınarak tahkim yeri hukukuna tabi olabileceği ileri sürülmektedir³⁸⁴.

³⁸⁰ Kalpsüz, **Milliyet**, s.614.

³⁸¹ Koral, **Otorite**, s.156; Kalpsüz, **Milliyet**, s.609.

³⁸² Fakat uygulamada tam aksi yönde kararlara da rastlanılmaktaydı. Örneğin Yargıtay’ın tahkim yeri Türkiye dışında olan ve fakat Türk usul hukukunun uygulandığı karaları da yabancı hakem kararı olarak kabul ettiği ve New York Anlaşması kapsamında tenfiz ettiği kararlar bulunmaktaydı. Örneğin giriş bölümünde yer verdiğimiz karara konu uyuşmazlıkta Yargıtay, “*New York Sözleşmesi’nin 1. maddesi uyarınca sözleşme tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında uygulanacağından dava konusu hakem kararı da bu sözleşmenin kapsamında kalmaktadır... sözü edilen “yürürlükteki Türk Kanunları” ibaresinin usul kanunlarını da kapsayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır*” diyerek, hakem kararının usulüne Türk usul hukuku uygulansa bile başka bir ülkede verilmesi halinde hakem kararının yabancı hakem kararı olarak kabul edileceğine ve New York Anlaşmasının uygulanacağına karar vermiştir. Y. 15 HD. 25.12.1997 T., 4213 E., 5603 K., naklen Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.454 dn.13.

³⁸³ Koral, **Otorite**, s.161.

³⁸⁴ Koral, **Otorite**, s.158; Kalpsüz, **Tahkim**, s.102; Nomer, **Usul**, s.243; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.812. Otorite kanun teorisi uyarınca ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında da çeşitli çözümler ileri sürülmüştür. Örneğin bir milli hukuka tabi olmadan milletlerarası kurumların düzenlemelerine tabi tahkim yargılamalarının, kurumlarının ikametgahlarının bulunduğu yerdeki tahkime ait usul hukukuna

2001 yılına gelindiğinde ise milletlerarası tahkim alanında yer alan gelişmeleri yakalayan, taraf iradelerine önem veren, diğer milli tahkim düzenlemelerine eş değer liberal bir tahkim düzenlemesine duyulan ihtiyaç kapsamında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) düzenlenmiştir³⁸⁵. Kanun, milletlerarası tahkime ilişkin Türk hukukunda düzenlemeye tabi olmayan birçok konuda düzenleme getirmiş; birçok problemin ortadan kalkmasını sağlamıştır. Fakat kimi konularda var olan tartışmaları, sonuçlandırmayı amaçlasa da tam anlamıyla başarılı olamamıştır. MTK, UNCITRAL Model Kanun ve İsviçre DÖHK düzenlemelerini dikkate alarak, tahkim yargılamalarının veya kararlarının değerlendirilmesinde, uygulanan usul kanunu kriteri yerine mülkilik kriterinin dikkate alınmasına yönelik düzenlemeler getirmiştir³⁸⁶. Kanunun kabulünden sonra Yargıtay kararlarında da mülkilik ilkesinin kabul edildiği ve bu yönde kararlar verildiği görülmektedir³⁸⁷. Fakat Kanun esas olarak mülkilik ilkesini dikkate alsa da mülkilik teorisine ilişkin kesin düzenlemeler getirmemektedir. Bu sebeple de Türk hukukunda *lex arbitri* olarak belirlenebilecek hukuka ilişkin tartışma güncelliğini korumaktadır.

MTK ve MTK'nın Türk hukukunda tahkim yargılamalarının değerlendirilmesi hakkında yaptığı değişikliği incelemeye geçmeden önce kanunun amacı hakkında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Kanunun 1. maddesinde

tabi olabileceği, *ad hoc* tahkimde ise tarafların seçtikleri hukuka bu hukuk tespit edilemiyorsa da tahkim yeri hukukuna bakılarak değerlendirme yapılabileceği önerilmiştir. Yine birden fazla hukukun uygulanarak sonuçlandırıldığı tahkim yargılamalarında da hangi hukukun esaslı olarak uygulandığına dair değerlendirme yapılabileceği ileri sürülmüştür. Nomer, **Devletler Hususi**, s.563-564.

³⁸⁵ 4686 sayılı MTK öncesinde, tahkim ile ilgili olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) yer alan hükümler uygulanmaktaydı. HUMK'da tahkime ilişkin yer alan düzenlemeler ise taraf iradesini kısıtlayıcı niteliklere sahipti ve mahkemelerin tahkim yargılamasına aşırı müdahale etmelerine izni vermekteydi. Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.343; Bu sebeple milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun olan UNCITRAL Model Kanun ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu dikkate alınarak yeni MTK düzenlenmiştir. Birsal/Budak, **a.g.e.**, s.201; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.652; MTK'dan önce Türkiye'de milletlerarası tahkimi düzenleyen güncel bir düzenlemenin olmadığını söylemenin doğru olmayacağı da haklı olarak savunulmaktadır. MTK düzenlemesinden önce Anayasa 90(5) hükmü gereğince 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi), Türk hukukunda milletlerarası tahkimi düzenlemekteydi. Ekşi, **Değerlendirme**, s.300. Fakat, doğal olarak, 2001 tarihli MTK, 1961 tarihli Sözleşmeden daha güncel düzenlemelere sahiptir.

³⁸⁶ Nomer, **Usul**, s.244.

³⁸⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s.564; Aygöl, **a.g.e.**, s.38.

“(b)u Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir” denmektedir. Madde metni okunduğunda kanunun milletlerarası tahkime ilişkin genel düzenlemeler yapacağına dair bir düşünce ortaya çıkabilecektir. Oysaki; Kanunun amacı Türkiye’de gerçekleştirilen veya Türk yargı sistemi ile bağlantısı bulunan milletlerarası tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Kanun, günümüz milletlerarası tahkim pratiğinin ülkemizde de kabul edilerek Türkiye ile alakalı tahkim yargılamalarında güncel bir uygulamanın elde edilmesi ve Türkiye’nin milletlerarası ticaret alanında yer almasını amaçlamaktadır. Kanun, milletlerarası alanda kullanılan ICC Tahkim Kuralları gibi milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında uygulanan kurallar getirmek veya uygulama kapsamını başka devletlerin yargı alanlarına tesir ederek milletlerarası tahkim alanında düzenleme yapma amacını içermemektedir. Kanunun maddeleri yorumlanırken, kanunun esas amacının Türk hukuku ve Türkiye ile bağlantılı tahkim yargılamaları hakkında düzenleme yapmak olduğu unutulmamalıdır.

4686 sayılı MTK ile getirilen düzenlemelerde, milletlerarası uygulamaya uyum sağlamak amaçlı, mülkilik ilkesinin dikkate alındığı görülmektedir³⁸⁸. Kanun hükümleri incelendiğinde, Kanunun genel olarak mülkilik ilkesine ağırlık verdiği söylenebilecektir:

Öncelikle 1(2) hükmünde yer alan *“bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin*

³⁸⁸ MTK’nın yapım aşamasında gerçekleştirilen toplantılarda, getirilen düzenlemelerin; hakem kararlarının milliyetinin belirlenmesinde aslında bir değişiklik yapmadığı, kanunda yer alan hükümler ile Türk hukukunda esas olan otorite kanun değerlendirilmesi ile hakem kararlarının milliyetine karar verildiği, MTK’ya tabi olsa dahi Fransız Usul Kanunun uygulandığı bir hakem kararının Türk hakem kararı sayılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. (Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.183) Bu görüşe göre, MTK hükümlerine tabi bir yargılamada New York Anlaşması’na taraf bir ülkenin usul kuralları uygulanırsa o halde karar, yabancı bir hakem kararı olarak kabul edilebilecek ve kararın New York Anlaşması uyarınca tanınıp tenfiz edilmesi gerekebilecektir. (Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.301) Fakat gerek Kanunun son kabul edilen halinden, gerekse günümüzde kabul edilen uygulamalardan artık hakem kararlarının milliyeti belirlenirken MTK kapsamında usule uygulanan hukuk ilkesinin esas alındığını söylemek oldukça zordur. MTK birçok maddesinde baskın bir şekilde, mülkilik ilkesini ve tahkim yeri hukukunun belirleyici olduğunu vurgulamaktadır; Y. 13. HD. 17.04.2012 T., 2012/8426 E., 2012/8426 K. kararında *“(o) halde tahkim şartını içeren ve tahkim yerinin "İstanbul" olarak kararlaştırıldığı davaya konu sözleşme, MTK’nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra imzalanmış olması nedeniyle, uyuşmazlığın söz konusu kanun kapsamında bulunduğu açıktır”* diyerek açıkça mülkilik ilkesi vurgulanmıştır. (Çevrimiçi, 2019) www.legalbank.net.

taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” ifadesinin doğal bir sonucu olarak mülkilik ilkesini dikkate alındığı kabul edilmektedir³⁸⁹.

4(3) hükmü uyarınca, tahkim anlaşmalarının “*tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde*” geçerli olduğu kabul edilmiştir. Kanun koyucunun getirdiği düzenleme ile tarafların iradesinin tahkim anlaşmaları üzerindeki etkisini kabul edilmekle birlikte, taraflar arasında bir anlaşma yoksa, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hükümlerin doğrudan Türk hukukuna tabi kılınması kanunun uygulanması için tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi gereğinin olağan bir sonucudur³⁹⁰.

1(3) hükmünde yer alan “*bu Kanunun 5 ve 6’ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır*” ifadesi uyarınca, sadece bu iki maddenin tahkim yargılamasında tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlenmediği hallerde uygulanabileceği; bu sebeple de diğer hükümlerinin tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği durumlarda uygulanamayacağı söylenebilecektir³⁹¹. Yani, *lex arbitri* olarak Türk hukuku belirlenmese de Kanun, tahkim itirazlarını değerlendirme ve ihtiyati karar

³⁸⁹ Doktrinde, MTK’nın amaç ve kapsamını belirleyen 1. maddesinden ve tahkim yerinin belirlenmesine ilişkin hususları düzenleyen 9. maddesinden, kanunun uygulanması için tahkim yerinin Türkiye olmasının zorunlu olmadığı sonucunun çıktığı da iddia edilmektedir. Tanrıbilir/Şit, **a.g.e.**, s.831. Kanaatimizce, bu yorum, kanunun düzenlenme amacı ile çelişki içermektedir.

³⁹⁰ Emre Esen, **Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2008 (**Teşmil**), s.96; Doktrinde, tahkim anlaşmalarının geçerliliklerine tarafların seçtiği hukuk ile karar verilmesinin, mülkilik ilkesinin önemini azalttığı da ileri sürülmektedir. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.161. Oysa taraflara irade serbestisinin tanınması ve taraflar bir tercih yapmamışlarsa tahkim yeri olarak Türk hukukunun uygulanacak olması, mülkilik ilkesini vurgulayan bir düzenlemedir.

³⁹¹ Aygöl, **a.g.e.**, s.36 dn.203. Bu hükmün MTK 1(2) ile çeliştiği de haklı olarak savunulmaktadır. Şöyle ki MTK 1(2) hükmünde yer alan Kanunun mülkilik esasına göre yani kanunun, tahkim yeri hukukuna göre uygulanacağı kabul edildiğinde, hangi hükümlerin tahkim yeri olarak Türkiye’nin seçilmediği hallerde uygulanacağını düzenlenmesi mantıklıdır. Fakat kanunun tahkim yeri olarak Türkiye’nin seçilmediği hallerde de uygulanabileceğinin söylenmesinin ardından, tahkim yeri olarak Türkiye’nin seçilmediği hallerde hangi hükümlerinin uygulanacağını söylemek ortaya bir çelişki çıkarmaktadır. Bu çelişki, Kanunun mülkilik ilkesini genel olarak benimsemesine rağmen, 1(2) hükmünün, tarafların otorite kanun teorisi gereği Kanun hükümlerini seçebileceklerine dair yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.150. Fakat bu çelişki, görüşümüz üzere maddenin tamamen mülkilik ilkesine göre yorumlanması ile ortadan kalkmaktadır.

verme yetkisine 1(3) hükmü uyarınca sahip olacaktır. Tahkim yerinin Türkiye dışında olması halinde sadece MTK 5. ve 6. hükümlerinin uygulanabileceğinin söylenmesi, tahkim yeri Türkiye dışında olan hakem kararlarının doğrudan yabancı karar olduklarının kabulü anlamına da gelmektedir. Buna sebep olarak da kanunun diğer hükümlerinin uygulanamaması gösterilebilecektir³⁹². Ayrıca MTK 5. ve 6. hükümleri ile getirilen düzenleme, milletlerarası alanda mülkilik ilkesini kabul eden ve bu yönde düzenleme yapan milli hukuklarda yer alan hükümlere benzer düzenlemelerdir³⁹³. Bu hükümlerin kanunda yer alması, Kanun kapsamında mülkilik esasının dikkate alındığına dair bir işarettir³⁹⁴.

15(A)(5)(b) hükmü uyarınca “(y)erleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar” hakem kararlarına karşı açılacak olan iptal davası açma haklarından feragat edebileceklerdir. Kanun uyarınca, mülkilik ilkesi dikkate alındığından, tahkim yargılamasının tahkim yeri ile olan bağlantısı azaldıkça, tarafların mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerinde sahip olduğu denetleme yetkisinden feragat edebilmelerine izin vermektedir. Bu hüküm de kanun yapılırken esas olarak tahkim yeri kriterinin dikkate alındığını göstermektedir.

Her ne kadar HMK sadece milli tahkime ilişkin usul ve esasa ilişkin hükümleri düzenlese de kanun düzenlenirken dikkate alınan toprak esasının günümüzde MTK hükümlerinin yorumlanmasında da dikkate alınabileceğini

³⁹² Ekşi, **Değerlendirme**, s.338.

³⁹³ Doktrinde ihtiyati tedbire ilişkin 6. maddenin yalnızca MTK hükümlerinin uygulandığı yargılamalara uygulanabileceği de savunulmuştur. Kanunun otorite kanun teorisi ile yorumlanması sonucunda varılan bu görüş uyarınca, tahkim yeri Türkiye olarak belirlenirse de MTK hükümlerinin uygulanmasının seçilmesi halinde 6. madde kapsamında taraflar ihtiyati tedbir talep edebilecekleridir. Yani görüş uyarınca Kanun kapsamında ihtiyati tedbir talep edilmesi, MTK hükümlerinin uygulanması halinde mümkündür. Nomer, **Devletler Hususi**, s.587. Fakat Kanunun tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği tahkim yargılamaları hakkında düzenleme yaptığı göz önüne alındığında ilgili hükmün, tahkim yeri olarak Türkiye belirlenirse dahi tahkim yargılamalarına neden yardım edilmesi gerektiğine dair bir düzenleme getirdiğini düşünmekteyiz. MTK hükümleri uygulanmasa dahi adil bir yargılamanın devam edebilmesi için gerekli olan ihtiyati tedbirlere Türk mahkemelerince karar verebilecek oluşu milletlerarası tahkime ilişkin olumlu bir yaklaşımdır.

³⁹⁴ Doktrinde ilgili hükümlerin, tahkim yerinin yurtdışında olduğu hallerde MTK hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil ettiği de ileri sürülmektedir. Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.43 dn.23.

düşünmekteyiz. Kanun uyarınca mahkemelerin tahkim yargılaması üzerindeki etkisini düzenleyen 411 sayılı hükmü “(t)ahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı, bu Kısımda açıkça izin verilmiş olan hâllerde mümkündür” derken kanun gerekçesi “(b)u madde ile milli tahkim açısından, açıkça toprak ilkesi kabul edilmiştir” demektedir. Yani kanun koyucu tahkime ilişkin milli hükümleri düzenlerken esas olarak toprak esasını dikkate almış ve bunu gerekçede de açıkça belirtmiştir. Bu sebeple MTK hükümleri hakkında yapılan yorumlarda da aynı görüş takip edilerek, toprak esası kapsamında değerlendirme yapılması kanun koyucunun (milli veya milletlerarası) tahkime ilişkin görüşünü yansıtacaktır.

MTK 1(2) hükmünde yer alan “bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği... uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” hükmü uyarınca tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği ve yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarında MTK, *lex loci arbitri* olarak tahkim yargılamaları üzerinde etkili olacaktır³⁹⁵. Yani Türkiye’nin tahkim yeri olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında her ne kadar taraflar, farklı usul kuralları belirleyebilecekse de belirledikleri kurallar MTK’da yer alan emredici kurallara aykırılık teşkil edemeyecektir. Kanun *lex arbitrinin* belirlenmesinde esas olarak tahkim yeri kriterini kullanmış ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarında MTK’nın *lex loci arbitri* olarak uygulanacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme uyarınca Türkiye’de gerçekleşen ve yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamaları MTK hükümleri uyarınca icra edilecek ve yargılama sonunda verilen hakem kararları, milli hakem kararları olarak, iptal davalarına konu olacaklardır.

Tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak farklı hukuklar seçilebileceği vurgulanarak, Türkiye’de

³⁹⁵ Nomer, **Usul**, s.267; Ergöner, **a.g.e.**, s.217; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.67; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.657. Doktrinde bu durum *sanal mülklik prensibi* olarak da adlandırılmaktadır. Ergöner, **a.g.e.**, s.215. Yabancılık kriteri esasa ilişkin bir kıstas iken, tahkim yargılamasının Türkiye’de olması şekle ilişkin bir kıstastır ve iki farklı kıstasın aynı hükümde birlikte aranması doktrinde eleştirilmiştir. Kalpsüz, **Tahkim**, s.17.

yapılan yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarının zorunlu olarak MTK'ya tabi olmaması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür³⁹⁶. Fakat bu görüş uyarınca tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk ile tahkimin *lex arbitri* olarak tabi olacağı hukuku birbirine karıştırılmaktadır. Taraflar tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak farklı hukuklara karar verilebilecektir; fakat, seçilen bu hukuklar *lex arbitri* olarak kabul edilemeyecektir. Bu görüş, tahkim yeri hukukunun, yani MTK'nın, ancak taraflarca uygulanacak hukuk açıkça belirlenmedikçe uygulama alanı bulabileceğini söylemektedir. Yani, MTK hükümlerinin uygulanması; tarafların tahkim yeri olarak Türkiye'yi belirlemesi ve MTK'nın uygulanması konusunda anlaşmaları veya bu konuda tercihte bulunmamaları halinde mümkündür³⁹⁷. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Günümüzde tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde sahip olduğu etki ve bu etkinin neden kabul edilmesi gerektiği yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir³⁹⁸. Yukarıda yer alan sebeplerle Türk hukukunda da Türkiye'nin tahkim yeri olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında MTK *lex loci arbitri* olarak kabul edilmeli ve verilen hakem kararları tanıma tenfiz davalarına konu olmadan Türkiye'de icra edilebilmelilerdir.

MTK uyarınca Türkiye'nin tahkim yeri olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarında, MTK'nın otorite kanun, *lex loci arbitri*, olarak uygulanmasının taraflarca aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Doktrinde MTK 1. maddesinde yer alan hükümlerinin emredici olduğu ve taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağı ileri

³⁹⁶ Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.360.

³⁹⁷ Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.360; Aynı görüş Türkiye'de gerçekleştirilen tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerinin, MTK 8(A) hükmü uyarınca MTK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil edemeyeceğini söylemektedir. Fakat görüş uyarınca MTK'nın tahkim yargılamaları üzerinde bu etkiye nasıl sahip olabileceği veya Türkiye'de gerçekleşen yargılamalarda MTK'nın emredici hükümlerine aykırı verilmiş kararlara karşı nasıl bir itirazda bulunulabileceği açıklanamamaktadır. Yazar bu durumun, tarafların irade serbestisi ile yargılama üzerinde hak sahibi olmaları ile çelişki teşkil ettiğini de kabul etmektedir. Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.362. Yazar aslında görüşü ile Türkiye'de gerçekleşen her tahkimin Türk hukukuna tabi olmasının önüne geçmek istemektedir. Fakat MTK ile getirilen düzenlemeler uyarınca, günümüz pratiklerine uygun olarak, Türkiye'nin tahkim yeri olarak belirlendiği tahkim yargılamalarında MTK'nın zorunlu otorite kanun olarak uygulanması gerektiği söylenebilecektir.

³⁹⁸ Tahkim yargılamalarında tahkim yeri hukukunun uygulanma sebepleri hakkında bkz. (Birinci Bölüm-II-(B)-(2) ve (C)-(4))

sürülmektedir³⁹⁹. Bu görüş uyarınca örneğin MTK hükümlerinin uygulanacağı bir yargılamaya HMK hükümlerinin uygulanmasına karar verilemeyecektir. Hükmün emredici olarak kabul edilmesi sebebiyle farklı bir hukukun da uygulanmasına karar verilemeyecektir. Aşağıda açıklanacağı üzere kanunun yabancılık unsuru taşımasa bile MTK hükümlerinin uygulanmasına izin verdiği kabul edilse dahi, tarafların MTK hükümlerinin uygulanmaması konusunda anlaşılamayacakları; bu sebeple Kanunda yer alan irade serbestisinin tek yanlı bir irade serbestisi olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰⁰. Fakat ne Kanun metninden ne de kanun koyucunun amacından hükmün emredici olduğu çıkmamaktadır. Tarafların kanun genelinde kendilerine tanınan irade serbestisi kapsamında tahkim yeri olarak Türkiye belirlense dahi MTK hükümlerinin otorite kanun hükmü olmasından vazgeçilmesine izin verilmesi gerekmektedir. Yani taraflar, irade serbestisi kapsamında MTK'nın otorite kanun olarak uygulanmamasını tercih edebileceklerdir⁴⁰¹. MTK'nın otorite kanun olarak uygulanması iki şekilde önlenebilir. Taraflar, Türkiye'yi tahkim yeri olarak belirlememiş sadece bazı usuli işlemlerin Türkiye'de yapılacağını kararlaştırmışlarsa veya MTK'ya bağlanmama iradesini açık veya zımni olarak ortaya koymuşlar ise MTK hükümleri *lex loci arbitri* olarak uygulanamayacaklardır⁴⁰². Bu durumda tarafların MTK'ya ilişkin tercihleri değerlendirilmek suretiyle, MTK hükümlerinin, otorite kanun hükmü olarak değil usul kuralları olarak uygulanabilme ihtimali bulunmaktadır.

Tarafların irade serbestisi kapsamında MTK'nın otorite kanun olarak uygulanmasından vazgeçebilecekleri kabul edilebilecekken, tahkim yargılamalarının bir hukuka bağlanmaması hali ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple yargılamaların, usul hukuku açısından otoritesine tabi oldukları hukuka tabi olacağı ve bu hukukun

³⁹⁹ Nomer, **Devletler Hususi**, s.583; Kalpsüz, **Tahkim**, s.28; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.73.

⁴⁰⁰ Kalpsüz, **Tahkim**, s.28.

⁴⁰¹ Tarafların milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerden vazgeçebilmeleri, İsviçre DÖHK uyarınca ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiştir. İsviçre DÖHK 176/2 hükmü uyarınca milletlerarası tahkime ilişkin hükümler, taraflar bu hükümlerin uygulanmasını yazılı olarak istemezlerse veya iç tahkime ilişkin kuralların uygulanmasını açıkça isterlerse uygulanamayacaktır. Kalpsüz, **Tahkim**, s.28.

⁴⁰² Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.657. Fakat unutulmamalıdır ki, bu şekilde verilen hakem kararları her ne kadar Türkiye'de verilmiş olsalar da bir milli hakem kararı olmadıklarından Türkiye'de icra edilebilmeleri için bir tanıma tenfiz kararına ihtiyaç duyacaklardır. Ayrıca belirtmeliyiz ki, tahkim yargılaması, Türk mahkemelerin yardımından MTK 5. ve 6. maddede belirtilen hususlar dışında da yararlanamayacaktır.

milliyetini taşıyacağı ileri sürülmüştür⁴⁰³. Tahkim yargılamasının hangi hukuka tabi olduğunun tespiti için otorite kanun kriterine bakılırsa ve ilgili hukuk, günümüzde birçok devletin yaptığı gibi, sadece mülkilik ilkesini dikkate alır ise tahkim yargılamasının hiçbir hukuka tabi olamaması riski ortaya çıkabilecektir. Mülkilik prensibinin kabul edildiği bir hukukta tarafların irade serbestisi kapsamında tahkim yerinin etkisinden vazgeçebilecekleri kabul edilirken, tahkim yargılamalarının hiçbir hukuka tabi kılınmamasına sebep olunabileceğinin göz ardı edilmesi bir çelişki ortaya çıkartacaktır. Bu durum da mülkilik ilkesi ile sağlanmaya çalışılan hukuki güvenceye aykırı sonuç verebilecektir. Bu sebeple tarafların tahkim yargılamalarında tahkim yeri hükümlerinden vazgeçmeleri değerlendirilirken, tahkim yargılamalarının boşlukta kalmamasına da dikkate edilmelidir. Aksi halde bir hukuka tabi olmayan hakem kararları tekrardan mahkemelerde davalara konu olabilecek ve tahkim yargılamasını uzatabileceklerdir. Yani tarafların tahkim yeri hukuku olarak MTK hükümlerinin uygulanmasından vazgeçme iradeleri ile birlikte farklı bir hukuku *lex arbitri* olarak seçme iradelerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁰⁴. Taraflar tahkim yeri olarak Türkiye'yi belirledikten sonra MTK hükümlerinin uygulanmayacağına dair bir tercihte bulunuyorlarsa bu tercihin bilinçli bir tercih olduğu ve farklı bir *lex arbitriye* bağlanma isteğini de içerdiği kabul edilebilecektir. Tarafların bu tercihlerine irade serbestisi kapsamında saygı duyulmalıdır. Fakat tarafların farklı bir *lex arbitriye* tabi olma tercihleri anlaşılamiyor ise yani taraflar, MTK hükümlerinden vazgeçip bütün yargılama işlemlerini Türkiye'de gerçekleştirirler veya açıkça veya zımnen farklı bir tahkim yeri veya *lex arbitri* belirlemezler ise MTK'nın otorite kanun hükmünü korumaya devam ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Yani MTK'nın *lex loci arbitri* olarak uygulanmasından vazgeçilmesine yalnızca, tahkim yargılaması farklı bir hukuki otoriteye tabi olabilecek ise izin verilmesi gerekmektedir.

⁴⁰³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.677.

⁴⁰⁴ Benzer bir değerlendirme İngiliz hukukunda yapılmaktadır. İngiliz hukuku uyarınca tahkim yargılamalarının bir hukuka tabi kılınması için bu hukukun *lex arbitrinin* özelliklerini taşıması aranmaktadır. Örneğin, taraflarca seçilebilecek Yahudi hukukunun, dini bir hukuk olarak, *lex arbitri* olarak kabul edilemeyeceği çünkü ilgili hukukun tahkim yargılamaları üzerinde yardım veya denetleme yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.183.

MTK 1(2) hükmünde yer alan “*bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği*” ifadesinin mülkilik teorisine karşılık geldiği ve yabancılık unsuru içeren ve tahkim yeri Türkiye olan tahkim yargılamalarına MTK’nın otorite kanun olarak uygulanacağı yukarıda da açıkladığımız gibi genel olarak kabul edilmektedir. Fakat hükmün devamında yer alan “ *taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*” ifadesi sebebiyle; yabancılık unsurunun MTK’nın uygulanması için genel bir kural teşkil edip etmeyeceği veya MTK’nın uygulanabilmesi için tahkim yerinin Türkiye olmasının gerekli olup olmadığı veya tarafların MTK’nın uygulanmasını hiçbir koşul aramadan tercih edip edemeyecekleri konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Kanun koyucu, hükmün ilk bölümünde düzenlediği mülkilik ilkesinden bir dönüş yapmış ve yargılamanın usulüne uygulanacak hukuk olarak MTK hükümlerinin seçilebilmesine imkân tanımış gibi görünmektedir⁴⁰⁵.

Bu aşamada kanunun nasıl okunması gerektiği problem teşkil etmektedir. Kanun; -esas kriter olarak- *yabancılık unsuru taşıyan ve* -seçmeli kriter olarak- *tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya* -yine seçmeli kriter olarak- *bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır* şeklinde okunabileceği gibi; -iki unsur birlikte seçmeli kriter olarak- *yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya* -diğer bir seçmeli kriter olarak- *bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır* şeklinde okunabilecektir. İlk seçenekte; yabancılık unsuru zorunlu unsur kabul edilirken tahkim yerinin Türkiye olması veya kanun hükümlerinin taraflarca seçilmesi taraflara bırakılmışken, ikinci seçenekte yabancılık unsuru ve tahkim yerinin Türkiye olması birlikte aranacak veya yabancılık unsuru olmasa da taraflarca tahkim yargılamalarına MTK hükümlerinin uygulanması konusunda tercihte bulunulabilecektir. İkinci ihtimal dahilinde Türkiye’de gerçekleşmeyen tahkim yargılamalarında taraflar, MTK hükümlerinin uygulanmasına karar vererek, MTK’nın otorite kanun olmasını sağlayabilecek; karar milli bir hakem kararı olacak

⁴⁰⁵ Doktrinde ilgili ifadenin, kendisinden önce gelen kanunun uygulanma kapsamını sınırlayan düzenlemelerin önemini yitirmesine sebep olduğu vurgulanmaktadır. Kalpsüz, **Tahkim**, s.28.

ve MTK uyarınca iptal davasına konu olabilecektir. Yani tahkim yeri Türkiye’de olmayan tahkim yargılamalarında MTK seçilerek *lex arbitri* olarak Türk hukukunun belirlenebileceği ve Türk mahkemelerinin tahkim yargılamalarında yetkili olabilecekleri ikinci ihtimal dahilinde ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple maddenin nasıl okunması ve anlaşılması gerektiğinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Kanunun ikinci cümlesinin nasıl okunması ve değerlendirilmesi gerektiği hakkında yorum yapmadan önce milletlerarası alanda kabul edilen pratiklerin, kanunun yapım aşamasında yapılan tartışmaların ve kanunda yer alan diğer hükümlerin incelenmesi gerekmektedir:

Öncelikle Kanunun genel olarak tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkim yargılamalarını düzenlemek amaçlı düzenlendiği unutulmamalıdır. Kanunun düzenlenmesinde esas amaç, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği yargılamalara ilişkin yeni ve güncel bir düzenleme getirmektir. Kanunun amacı milletlerarası alanda düzenleme yapmak değil, Türk milletlerarası tahkim hukuku hakkında düzenleme yapmaktır.

MTK 1(2) hükmünün esas amacı, tahkim yeri yurtdışında olan tahkim yargılamalarına MTK hükümlerinin uygulanabilmesi değildir. MTK kabul edilmeden önce yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlar hakkında tarafların milli tahkimi kullanmak istememeleri halinde yurtdışında tahkime gitmek zorunda kaldıklarından bahsedilmekteydi. Bu duruma ticaretle uğraşan kişilerin yurtdışındaki hakemleri daha başarılı bulmaları veya yurtdışında yer alan düzenlemelerin milletlerarası ticarete daha uygun olduğunu düşünmeleri sebep olarak gösterilmekteydi. Bu sebeple taraflara, tahkim yargılamaları yabancılık unsuru taşımasa dahi MTK hükümlerine tabi kılma imkânının tanınması gerekliliği vurgulanmaktaydı.

MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü uyarınca tarafların tahkim yargılamasını MTK’ya tabi kılınarak hakem kararını milli bir hakem kararına

dönüştürebilmelerine ilişkin yorum, MTK öncesi dönemde, Yargıtay'ın otorite kanun hükmü ile kararların milliyetine karara vermesinden ve HUMK uygulanan hakem kararların milli hakem kararı olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Yani MTK'nın uygulandığı tahkim yargılamaları sonucu verilen kararların, milli hakem kararı olarak kabul edilmesine ilişkin yorumun sebebi, otorite kanun teorisinin halen kimi yazarlarca kabul ediliyor oluşudur. MTK 1(2) hükmü uyarınca, MTK hükümlerinin uygulandığı her tahkim yargılamasının doğrudan milli tahkim yargılaması veya MTK hükümlerinin uygulandığı her hakem kararının doğrudan milli hakem kararı olduğunun kabulü, günümüzde birçok usuli sorunun ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği ve MTK hükümlerinin uygulanması sebebi ile *lex arbitrinin* Türk hukuku olduğu kabul edilen tahkim yargılamalarında, hakem kararının hem Türk hukukuna göre hem de mülkilik ilkesini kabul eden tahkim yeri mahkemelerince iptal davasına konu olma ihtimali vardır. Milletlerarası ve milli düzenlemelerin genel olarak mülkilik ilkesini kabul ettikleri düşünüldüğünde, hakem kararı hakkında iki iptal davası açılabilir olması çok düşük bir ihtimal değildir. Bu durumda hakem kararı iki farklı mahkemenin yetkisi altında iptal davasına konu olabilecektir ki bu durum tahkim yargılamasının işleyişi açısından çok sıkıntılı bir durumdur. Kanun koyucunun böyle bir durumu amaçlamış, böyle bir durumun ortaya çıkarabileceği problemleri göz ardı etmiş olduğunu veya böyle bir çelişkiye mahal verdiğini zannımızca kabul etmek çok mümkün değildir.

Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği ve MTK hükümlerinin *lex arbitri* olarak uygulanmasının kabul edildiği tahkim yargılamalarında, mahkeme yardımına ihtiyaç duyulduğu zaman Türk mahkemelerinin, nasıl ve hangi şartlarda tahkim yargılamasına yardım edebileceği konusunda da problemlerin ortaya çıkması muhtemeldir⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Aygöl, **a.g.e.**, s.40.

Hükmün ikinci bölümünün değerlendirilmesine geçmeden önce MTK 1(2) hükmünde yer alan “*bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan...*” tabirinde yer alan yabancılık unsurunun MTK’nın uygulanması için zorunlu bir unsur olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Doktrinde, MTK 2. maddesinde sayılan yabancılık unsurunun bir ön şart olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁰⁷. Hatta Kanunda yer alan yabancılık unsuruna ilişkin kriterlerin emredici olarak düzenlendikleri ve tarafların aralarında farklı bir yabancılık unsuruna karar veremeyecekleri ileri sürülmektedir⁴⁰⁸. Bu sebeple yabancılık unsuru içermeyen bir uyuşmazlıkta MTK hükümlerinin uygulanamayacağı, HMK (veya eski dönemde HUMK) hükümlerinin geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Görüş uyarınca Kanun kapsamında yabancılık unsuru içermeyen ve Türkiye’de gerçekleşen tahkim yargılamalarında tarafların MTK hükümlerini seçebilmelerine imkân tanınması, milli tahkim yargılamaları ile milletlerarası tahkim yargılamaları arasında yapılan ayrımı sebepsiz bırakmaktadır⁴⁰⁹. Yine MTK’nın hangi hallerde tahkim yargılamasının yabancılık unsuru taşıdığını ayrıntılı olarak düzenlediği; bu sebeple, tarafların iradeleri ile tahkim yargılamasına yabancılık unsuru katamayacakları da savunulmaktadır⁴¹⁰. Bu sebeplerle MTK’nın uygulama alanına dair hükmün emredici olduğu ve aksinin kararlaştırılamaması gerektiği; bu yorum ile MTK 1(2) hükmünün uygulanmasının daha az probleme sebep olacağı ileri sürülmüştür.

Kanunda yer alan yabancılık unsurunun emredici olarak düzenlendiğinin kabulü, tarafların irade serbestisi kapsamında sahip olduğu özgürlüğün kısıtlanması anlamına gelecektir. Kanun hangi unsurların emredici olduğunu doğrudan düzenlemediği gibi yabancılık unsuruna ilişkin unsurların da taraflarca değiştirilemeyeceğini veya taraflarca yabancılık unsuruna ilişkin yeni hususlara karar

⁴⁰⁷ Ekşi, **Değerlendirme**, s.303; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.140; Tanrıbilir/Şit, **a.g.e.**, s.828; Ergönen, **a.g.e.**, s.214; Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.350; Hatta ve hatta yabancılık unsuru içeren bir tahkim yargılamasının, tahkim yeri Türkiye’de olmasa bile MTK’nın uygulama alanına girebileceği savunulmaktadır. Kalpsüz, **Tahkim**, s.19.

⁴⁰⁸ Özel, **a.g.e.**, s.24.

⁴⁰⁹ Görüş aynı şekilde MTK’ya tabi bir tahkim yargılamasının da HMK (veya eski HMUK) hükümlerine tabi olarak yürütülemeyeceğini savunmaktadır. Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.350.

⁴¹⁰ Özel, **a.g.e.**, s.24 dn.42.

veremeyeceğini düzenlememektedir. Kanun yabancılık unsurlarını, tarafların tahkim yeri olarak Türkiye’yi seçtiklerinde hangi tahkim yargılamalarına otorite kanun olarak uygulanacağını tespit edilmesi amacıyla sınırlı sayıda belirlemiştir. Kanunun uygulama kapsamını belirlemek için düzenlediği kuralları, tarafların irade serbestisi üzerinde bir sınırlama olarak kabul etmek milletlerarası tahkim uygulamasına da ters düşecektir. MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü ile yabancılık unsurunun bir ön şart olarak kabul edilmesi ve sadece MTK kapsamında belirlenen yabancılık unsuruna sahip tahkim anlaşmalarının MTK kapsamında değerlendirilebileceklerinin söylenmesi, konu hakkında aşırı bir kısıtlama olarak kabul edilmelidir.

Kanunun yapım aşamasında yer alan tartışmalar da göz önünde bulundurularak, *“taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”* hükmü ile kanunda belirtilen yabancılık unsuruna sahip olmayan⁴¹¹ ve fakat milletlerarası niteliğe sahip olan tahkim yargılamalarında MTK hükümlerinin uygulamasına yönelik, taraflara bir irade serbestisi sağlanması olduğu söylenebilecektir. Bu durum Kanunun 1. madde gerekçesinde yer alan *“(d) oğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tabi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbesttirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tabi kılabilecekleri gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir”* ifadesinden de anlaşılmaktadır. MTK ile taraflara, her ne kadar MTK kapsamında yabancılık unsuru taşımasa da Türkiye’de yapılan tahkim yargılamalarında MTK hükümlerinin uygulanacağı bir tahkim yargılamasına sahip olabilme imkânı tanınmıştır⁴¹². Tarafların yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamalarına MTK

⁴¹¹ Tarafların aralarındaki anlaşmaya kendi iradeleri ile yabancılık unsuru katmaları, her ne kadar günümüzde kabul edilse de tahkim kanunun yapıldığı dönemde tartışmalı bir konuydu. Üstündağ Saim, **Yasal Düzenleme**, s.84; Benzer gerekçelerle, tarafların aralarındaki anlaşmaya milletlerarası özellik katabilecekleri ve fakat tahkim yargılamasına milletlerarası özellik katamayacakları da savunulmaktaydı. Kalpsüz Turgut, **Yasal Düzenleme**, s.89.

⁴¹² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.653; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.70; Karayalçın Yaşar, **Yasal Düzenleme**, s.84; Y. 15. HD. 01.07.2014 T., 2014/3330 E., 2014/4607 K. *“Yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklarda kural olarak HMK’nin tahkime ilişkin 407-444 arasındaki hükümleri uygulanır (HMK m.407). Ancak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre taraflar kendi iradeleri ile 4686 sayılı Kanun’un uygulanma alanına girmeyen uyuşmazlıklara da bu kanun hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklara da*

hükümlerinin uygulanması konusunda anlaşmaları, 6100 sayılı HMK 407. maddesine de aykırılık teşkil etmeyecektir. HMK 407 uyarınca yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş yargılamalar, milli yargılama olarak kabul edilecektir ve HMK hükümleri uygulanacaktır⁴¹³. Fakat ilgili hükmün emredici olduğu ve tarafların yabancılık unsuru taşımayan bir yargılamada zorunlu olarak HMK hükümlerinin uygulanacağı söylenemeyecektir.

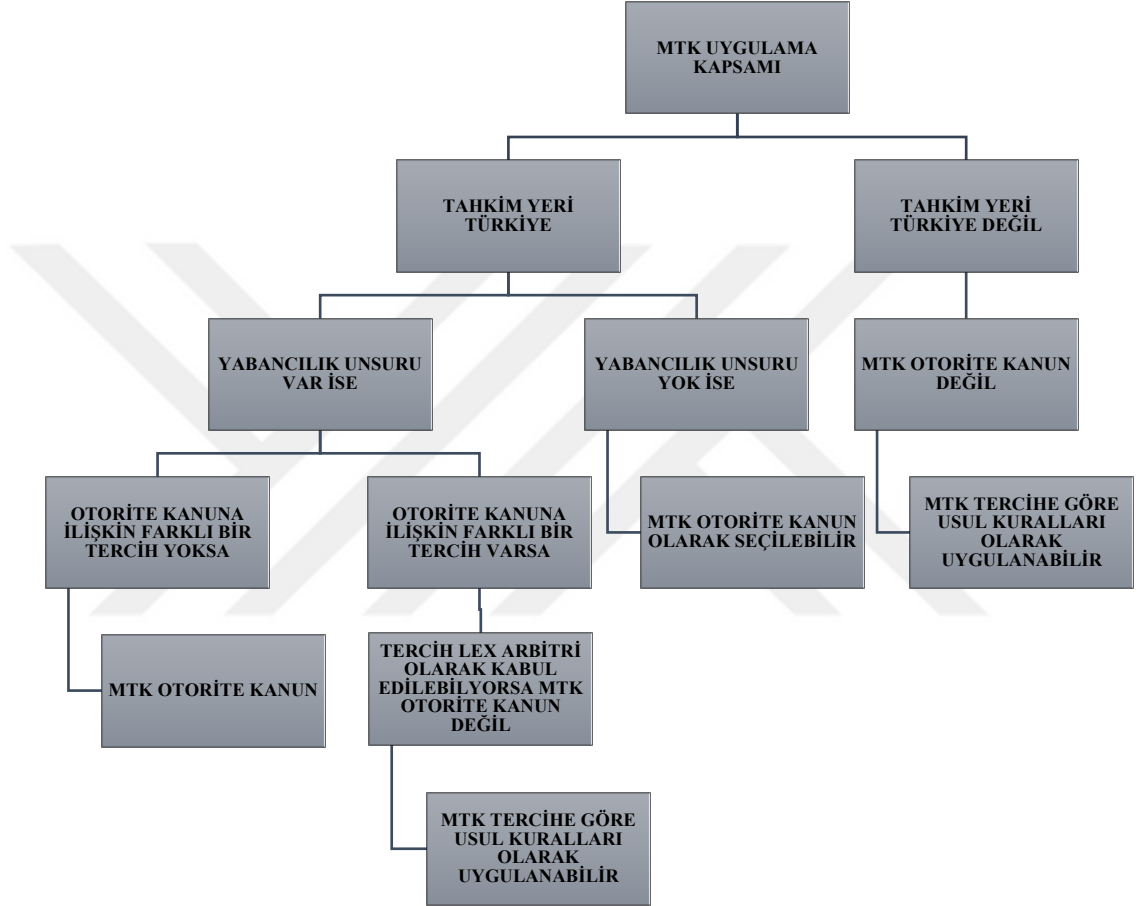
MTK 2. maddesinde yer alan yabancılık unsurunun neden emredici olarak kabul edilmemesi gerektiğinin değerlendirilmesinin ardından, MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümünün neden Kanun metnine eklendiğinin incelenmesi, kanun metnin nasıl anlaşılması gerektiğinin değerlendirilmesi için önem arz etmektedir. Kanununun yapım aşamasında Türkiye’de gerçekleşen ve yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamalarında 1086 sayılı HUMK hükümlerinin uygulanıyor oluşunun, taraflarca Türkiye’de tahkimin tercih edilmemesine veya tahkimin yurtdışında başka bir milletlerarası kurumca yürütülmesinin tercih edilmesine sebep olduğu söylenmekteydi. Taraflara yabancılık unsuru içermese bile yeni düzenlenen MTK hükümlerine tabi bir yargılama sürdürme hakkı tanınmalıydı. Bu sebeple MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümünde kanunun uygulanma kapsamı tarafların tercihleri ile Kanunun uygulanacağı şeklinde genişletilmiştir. Fakat kabul etmek gerekir ki MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü uyarınca, yabancılık unsuruna sahip olmayan ve fakat Türkiye’de gerçekleşen tahkim yargılamalarında tarafların MTK hükümlerini seçebilmelerine imkân tanımak, MTK yürürlüğe girdiğinde yürürlükte olan eski 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca öngörülen tahkim düzenlemelerinin MTK hükümlerinden oldukça geride olması sebebiyle ihtiyacı karşılayan bir yorum idi. Günümüzde, yeni 6100 sayılı HMK’nın tahkime ilişkin

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda, uyumsuzluk yabancılık unsuru içermemektedir. Tahkim yer olarak da Bursa/Türkiye kararlaştırılmıştır. Bu haliyle uyumsuzluk 4686 sayılı Kanun kapsamı dışında kalmakta ise de, taraflarca uyumsuzluğun 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözümleneceği kararlaştırıldığından bu kanun hükümlerinin uygulanması gerekir.) (karşı oy gerekçesi), naklen Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.71 dn.3.

⁴¹³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.653.

MTK ile benzer düzenlemeler içermesi sebebiyle kanunun MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümüne ihtiyaç kalmadığı da söylenebilecektir⁴¹⁴.

Tablo 1.1: MTK'nın Uygulanma Kapsamına İlişkin Takip Edilebilecek Tablo.



Sonuç olarak, yukarıda MTK hükümlerinin uygulanma kapsamında ilişkin hazırlamış olduğumuz tablodan da takip edilebileceği üzere, MTK 1(2) hükmü değerlendirilirken, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenip belirlenmediği esas kriter olarak değerlendirilmelidir. Tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen tahkim yargılamaları için *lex arbitrinin* Türk hukuku olduğu, hükmün ilk bölümünde düzenlemektedir. MTK, tahkim yeri Türkiye’de ve yabancılık unsuru taşıyan tahkim yargılamaları hakkında, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmamışsa, doğrudan otorite

⁴¹⁴ Doktrinde, HMK ve MTK’nın benzer hükümler içermesi sebebiyle uygulamada var olan düalist sistemin kaldırılması gerekli olduğu da savunulmaktadır. Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.156.

kanun olarak zorunlu olarak uygulanacaktır. Burada tahkim yeri tabirinin de dikkatli olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Müzakereler ve duruşmalar Türkiye’de yapılır ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmez ise yargılamaların MTK’ya tabi olmayacağı aşîkardır⁴¹⁵. Tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiğı ve yabancılık unsuru içeren yargılamalarda taraflarca MTK hükümlerinin uygulanmaması kararlaştırılmışsa, yani MTK hükümlerinin *lex arbitri* olarak tahkim yargılamasına uygulanmaması isteniyor ise tahkim yargılamalarının başka bir hukuka bağlanabiliyor olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Taraflara tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmişken MTK hükümlerinin otorite kanun olarak uygulanmaması konusunda irade serbestisi tanınırken, bu serbesti dolayısıyla hakem kararlarının boşlukta kalmasına sebep olunursa, bu durum mülkilik teorisine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple taraflarca yapılacak tercih sonucunda *lex arbitri* olarak tahkim yargılaması üzerinde etkili bir hukukun tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu durumda tarafların farklı tercihleri kapsamında, MTK hükümlerinin otorite kanun hükmünde olmasa da usul kuralları olarak değerlendirilebilme ihtimalleri de göz önünde tutulmalıdır. Hükümün ikinci bölümü, tahkim yerinin Türkiye olduğı ve fakat Kanunun aradığı yabancılık unsuru taşımayan tahkim yargılamalarının da zorunlu olarak HMK hükümlerine değil irade serbestisi ile MTK hükümlerine tabi kılınabilmesi yönünde taraflara bir imkân tanımaktadır. Yani hüküm, tarafların MTK hükümlerini seçerek Türkiye dışında gerçekleştirilen bir tahkim yargılamasını milli hale getirme amacı taşımamaktadır. Kanaatimizce, MTK ile getirilen düzenlemelerin esas kapsamının, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiğı tahkim yargılamalarının olması yani kanun kapsamında esas olarak mülkilik ilkesinin dikkate alınması gerektiğı kabul edilmelidir.

Kanun koyucunun amacı MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü ile tahkim yeri yurtdışında olan tahkim yargılamalarına MTK uygulanarak kararları milli karar haline getirmek değildir. Peki MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü uyarınca tahkim yeri Türkiye olmayan yargılamalarda MTK hükümlerinin uygulanması kararlaştırılırsa ne olacaktır? Tarafların seçimi bir *lex arbitri* olarak kabul edilmek

⁴¹⁵ Deren-Yıldırım, a.g.e., s.95.

suretiyle, Türk mahkemeleri ilgili tahkim yargılaması uyarınca yetkili olacak mıdır? Uygulamada pratik açıdan birçok probleme sebebiyet verebilecek olması sebebiyle yapılmaması gerektiği önemle vurgulanan bu durumun ihtimal dahilinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlenmediği tahkim yargılamalarında MTK hükümlerinin *lex arbitri* olarak seçilmesinin mümkün olmadığı söylenebilecektir. Kanunun amacı milletlerarası alanda tahkim kuralları olarak, ICC Tahkim Kuralları gibi, tahkim yargılamalarına uygulanacak hükümler düzenlemek değildir. Bu sebeple, esas olarak, tahkim yerinin Türkiye olarak seçilmediği tahkim yargılamalarında Kanunun uygulanıp uygulanmayacağı Kanun kapsamında düzenlenmemiştir. MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü sadece tahkim yeri Türkiye'de olan ve yabancılık unsuru içermeyen tahkim yargılamalarında MTK hükümlerinin seçilebilmesi için düzenleme getirmiştir. Fakat bu durum Kanun, tahkim yerinin Türkiye olmadığı uyuşmazlıklarda MTK hükümlerinin uygulanmasını yasaklıyor şeklinde de yorumlanmamalıdır. Taraflar tahkim yeri Türkiye olmayan tahkim yargılamalarında MTK hükümlerinin seçebilirler. Fakat tarafların MTK'nın uygulanmasına ilişkin tercihleri tahkim yargılamasının *lex arbitrisini* Türk hukuku yapmayacaktır. Tahkim yeri Türkiye olmayan tahkim yargılamalarında tarafların MTK'ya ilişkin yaptıkları tercih, tahkim yargılamasının *lex arbitrisinin*, büyük ihtimal *lex loci arbitrisinin*, izin verdiği ölçüde usule uygulanacaktır. Bu tahkim yargılamalarında da *lex arbitri* olarak, yabancı bir hukuk olarak kabul edildiği ve tahkim yeri Türkiye dışında belirlendiği için ilgili tahkim yargılamaları hakkında Türk mahkemelerinin yetkisi, MTK 5 ve 6. maddelerindeki hükümler hariç, kabul edilmeyecektir.

Ayrıca, tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmeyen ve MTK hükümlerinin uygulandığı tahkim yargılamaları sonunda verilen kararlar, *lex arbitri* olarak tahkim yerinin kabul edilmesi sonucu milli hakem kararı olarak kabul edilemeyecekler ve Türkiye'de icra edilebilmeleri için tanıma tenfiz kararına ihtiyaç duyacaklardır. Yani karar, artık genel olarak kabul görmeyen, otorite kanun hükümlerine göre Türk hukukunun uygulanması sebebi ile karar bir Türk hakem kararı olmayacak,

Türkiye’de icra edilebilmesi için bir tanıma tenfiz kararına ihtiyaç duyacaktır. MTK’nın yapım aşamasında da bu durum tartışılmış, tahkim yerinin farklı bir ülkede olması halinde kararın MTK’ya tabi olamayacağı ve karar hakkında tanıma tenfiz davası açılması gerekeceği ileri sürülmüştür⁴¹⁶.

Bu noktada MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü hakkında yapılan tartışmaların tanıma tenfiz davaları açısından aslında pratikte bir karşılığının olmadığı da iddia edilebilecektir. Şöyle ki New York Anlaşması I(1) maddesi uyarınca, bir hakem kararının tanınıp tenfiz edilebilmesi için başka bir devlette verilmiş olması yeterlidir. Yani kararın hangi usul ile verildiğine bakılmaksızın farklı bir devlette verilmiş olması halinde, karar hakkında doğrudan tanıma tenfiz davası açılması gerekmektedir. Anayasa 90(5) ve MTK 1(6) hükümleri uyarınca New York Anlaşmasının MTK hükümlerine göre uygulanma önceliği olduğu kabul edilebilecektir. Bu durumda; bir hakem kararının MTK 1(2) hükmünün ikinci bölümü uyarınca Türkiye dışında verilmesine rağmen MTK hükümleri uygulandığı için milli bir karar olup olmadığının değerlendirilmesine gerek olmadan, Anlaşma kapsamında Türkiye dışında bir ülkede verildiği için doğrudan yabancı hakem kararı olarak kabul edilip tanıma tenfize tabi tutulması gerekmektedir⁴¹⁷. Bu görüş, New York Anlaşmasının MTK’dan önce değerlendirilmesi gerektiği görüşüne dayansa ve Anlaşmanın aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli kabul edilmeyen hakem kararları için uygulanabileceğine ilişkin tartışmayı ikinci plana atsa da esas olarak tahkim yeri ve tahkim yerine verilen önemi öne çıkardığı için tahkim yargılamasının pratiğine ve ihtiyaçlarına uygun bir yorumdur.

Türk hukukunda *lex arbitrinin* tespit edilmesi ve MTK’nın uygulanma kapsamında ilişkin yaptığımız yorum, yani tahkim yeri hukukunun esas olarak MTK 1(2) hükmünün değerlendirilmesi, günümüz milletlerarası ticaret pratiği ile uyum içerisindedir. Mahkemelerin, mülkilik ilkesini dikkate alarak yapacakları yorumlar sayesinde kanunun uygulanmasının da günümüz standartlarına uygun hale gelebilecek ve ileride yapılacak bir değişiklik ile, MTK 1(2) hükmünün ikinci

⁴¹⁶ Karayalçın Yaşar, **Yasal Düzenleme**, s.172.

⁴¹⁷ Ekşi, **Değerlendirme**, s.337.

bölümünün Kanun metninden çıkartılması ile, kanununda yer alan kapsam karmaşası çözümlenebilecektir. Bu yorumun, Türk hukukunda zamanında esas alınan otorite kanun kriteri dikkate alınarak yapılan değerlendirmeye aykırılık teşkil ettiğinin ve belki de kanun onaylanırken amaçlanan sonuçtan farklı olabileceğinin farkındayız. Kanun koyucunun, tamamen tahkim yeri esasını dikkate alarak düzenleme yaptığının kabulünün de zor olduğunun farkındayız. Fakat kanun metninde yer alan belirsizlik bize bu imkânı tanımaktadır. Bu imkân dahilinde ve günümüzde tahkim yargılamalarında yer alan gelişmeler ve tahkim yargılamasının ileride nasıl algılanması gerektiğine dair kriterler göz önüne alındığında, Kanunun bu şekilde yorumlanmasının gerek Türk milletlerarası tahkim hukuku uyarınca gerekse pratikte birçok soruna çare olabileceğini düşünmekteyiz.

Ayrıca bu yorumumuz, tarafların tahkim yargılamasında irade serbestilerine bir kısıtlanma getirildiği anlamına da gelmemektedir. Taraflar, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği tahkim yargılamalarında MTK hükümlerinin uygulanmasını tercih edebileceklerdir. Fakat tahkim yargılamasını MTK hükümlerine tabi kılarak kararı bir milli hakem kararı haline getiremeyecekleri kabul edilmelidir. Yaptıkları tercih usule ilişkin bir tercihtir ve MTK'nın uygulanmasının kapsamını bu örnek kapsamında *lex arbitri* (büyük ihtimalle *lex loci arbitri*) belirleyecektir. Keza taraflar tahkim yeri Türkiye olan ve yabancılik unsuru içeren tahkim yargılamalarında, MTK kapsamında, istedikleri hukuku usule uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerdir. Hatta isterlerse MTK'nın otorite kanun olmamasına da karar verebileceklerdir. Bütün bu tercihler tarafların irade serbestileri kapsamındadır. Biz sadece gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse tahkim yargılaması sonlandıktan sonra ortaya çıkacak problemlerin önlenmesi amacıyla *lex arbitriyi* bir hukuka ve tahkim yeri hukukuna bağlamanın tutarlı olduğunu savunmaktayız. Taraflar isterlerse tahkim yerini değiştirmek suretiyle istedikleri *lex arbitriye* tabi olabileceklerdir. Bu tercih yine tarafların irade serbestileri kapsamındadır.

III. DEĞERLENDİRME

1967 yılında *Francis A. Mann*, milletlerarası ticari tahkimin bir tanımının yapılamadığını söylemiştir⁴¹⁸. O günden günümüze konu hakkında birçok düzenleme yapılmış, konu akademik açıdan birçok tartışmaya sebep olmuş olsa da kavramın halen net bir tanımının olduğunun söylenmesi oldukça zordur. Belki de genel bir tanıma ihtiyaç yoktur.

Milletlerarası alanda yapılacak her bir genel tanım, ilgili kavramın kısıtlanmasına sebep olacaktır. Bu sebeple kavramların kullanıldıkları düzenlemeler kapsamında değerlendirilmeleri, daha sağlıklı sonuçlar verecektir. Her ne kadar tahkim kavramı üzerinde genel bir kabul olsa da tahkim yargılamalarının milletlerarası veya ticari olup olmadıklarına ilişkin değerlendirmelerin her bir merci tarafından mevcut uyuşmazlık için yapılması gerekmektedir. Keza hangi konuların usuli olduklarına da her bir uyuşmazlığın vasıflandırılması sonrası karar verilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkiminde kavramlara ilişkin değerlendirmeler yapılırken önemli olan, tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisinin ön planda tutulmasıdır. Milli hukukların ve mahkemelerin, konu hakkında tahkim yargılamaları üzerinde müdahalelerinin minimum seviyede tutulması gerekmektedir. Gerek hakemlerin gerekse hakimlerin konu hakkında değerlendirme yaparken tarafların usuli serbestilerine ve bu serbesti kapsamında yaptıkları tercihlere öncelik vermeleri, tahkim yargılamalarının etkili ve tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasını sağlayacaktır.

Kavramların değerlendirmeleri yapılırken esas unsur tahkim yargılamalarının ve irade serbestisinin kaynağı olan *lex arbitrinin* tespit edilmesidir. Çünkü tahkim yargılamasında *lex arbitrinin* tespiti, tahkim yargılamasının ve tarafların irade

⁴¹⁸ Mann, *Lex Facit Arbitrum*, s.245.

serbestisi ile yaptıkları işlemlerin sıhhati açısından hayati önem arz etmekte, irade serbestisinin kaynağını ve sınırlarını belirlemektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında birden fazla hukukun değerlendirilebileceği kabul edilse de hakemlerin yargılamayı yürütmek için sabit bir hukuka ihtiyaçları vardır. Bu sebeple bütün hukukların tahkim yargılamasına yabancı olduğu algısı doğruluk unsuru içerse de pratik olarak tahkim yargılamasının bir hukuka bağlanma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bir *lex arbitrinin* belirlenmesi ve belirlenen *lex arbitri* kapsamında hareket edilmesi hem tahkim yargılamasının hem de hakem kararlarının sıhhati için önem arz etmektedir. Aksi takdirde hakemlerin her bir hukuk ile değerlendirme yapmaları pratik olarak zaten mümkün değildir.

1961 yılında tahkim yargılamasının milli bir usul hukukuna tabi olması gerektiğini açıklamak için Raape: “*Hakem kurulu, arz küresinin üstünde taht kurup oturmuş değildir; Havada asılı durmaz. Ayağını bir yere basmak, yeryüzüne inmek mecburiyetindedir*” demiştir⁴¹⁹. Günümüzde de tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin, tahkim yargılaması üzerinde sahip olduğu etki genel olarak milletlerarası alanda ve milli düzenlemelerde kabul görmüştür. Yani, tahkim yargılamasının kaynağının ve tabi olduğu hukukun, *lex arbitrinin*, tahkim yeri hukuku, *lex loci arbitri*, olduğu ve tahkim yargılamasının tahkim yerinde var olan kısıtlamalara tabi olduğu genel olarak kabul görmektedir. Bu görüş uyarınca tahkim yargılaması, tahkim yeri hukukunun taraflarca değiştirilemeyen hükümlerine tabidir. Fakat unutulmamalıdır ki, tahkim yargılamasının *lex arbitri* ve daha doğrusu *lex loci arbitriye* tabi olması demek o yer hukukunun maddi ve usuli hukuklarının uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Tahkim yargılamasında *lex arbitrinin* izin verdiği kapsamda, farklı hukuklar dikkate alınarak hakemlerce karar verilebilecektir.

Tahkim yerinin tahkim yargılamaları üzerindeki etkisi göz önüne alınarak bir tahkim yeri seçilirken tahkim yeri hukukunda yer alan iki unsura dikkat edilmelidir. Öncelikle tahkim yerinin tarafların iç ilişkisine olan etkisine ve ardından tahkim yeri

⁴¹⁹ Raape L, **International Privatrecht**, Berlin-Frankfurt am Main 1961, s.559, naklen Nomer, **Usul**, s.244 dn.379; Kalpsüz, **Yabancı Karar**, s.41 dn.12.

mahkemelerinin tahkim yargılamasına olan yardım ve müdahale yetkilerine bakılması gerekmektedir. Bir tahkim yeri seçilirken tahkim yerinin, tarafların iç ilişkilerinde irade serbestisine öncelik tanıyor olması ve çok az emredici kural ile sınırlama getirmesi aranmalıdır⁴²⁰. İkinci olarak tahkim yeri mahkemeleri sadece taraflar veya hakemler yardım amaçlı talepte bulunduklarında tahkim yargılamasına müdahale etmelidirler. Tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması sırasında hakem kurulunun oluşturulması, ihtiyati tedbir verilmesi, delillerin toplanması hakkında kısıtlı yardımda bulunup, tahkim yargılamasından sonra açılacak iptal davalarında sadece usuli garanti amaçlı genel kontrol yapmaları gerekmektedir. Bu sayılan unsurlar hakkında tahkim yerlerine ilişkin bir test ileri sürülebilecekse de her bir tahkim yargılamasının kendine has unsurlarının dikkate alınarak gerek taraflarca gerekse hakemlerce bir değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Her tahkim yargılamasında tahkim yerine ilişkin böyle bir incelemenin yapılması kolay değildir. Çünkü dikkat edilmesi gereken unsurlar sadece milli hukukların nasıl düzenlemeler getirdikleri ile sınırlı değildir; mahkemelerin tahkim yargılamasına nasıl yaklaştıklarının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası alanda ve karşılaştırmalı hukukta birbirlerine benzeyen düzenlemeler, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak kurallar açısından bir yeknesaklaşma sağlamaktadır⁴²¹. Hatta bu yeknesaklaşmanın, usul hukukuna ilişkin hususların evrensel ve milletler üstü bir nitelik kazanmasına katkı sağladığı söylenmektedir⁴²². Milletlerarası tahkim yargılamalarının tabi oldukları kabul edilen tahkim yeri hukuklarına ilişkin düzenlemeler de aynı şekilde bir benzerlik teşkil etmektedirler. Öncelikle New York Anlaşmasının genel kabul gören ilkeleri, ardından Model Kanunun birçok milli düzenlemede esas alınması, benzer hükümlerin tahkim yeri hukuku olarak düzenlenmesini sağlamıştır. Bu sebeple, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olmasının tahkim yargılaması

⁴²⁰ Advocate Rajveer, “Parties’ Autonomy in International Commercial Arbitration”, **International Journal of Scientific & Engineering Research**, vol.9, S.10, 2018, s.1204-1216, s.1207.

⁴²¹ Karl-Heinz Böckstiegel, “Party Autonomy and Case Management- Experiences and Suggestions of an Arbitrator”, **German Arbitration Journal**, vol.11, S.1, 2013, s.1-5 (**Party Autonomy**), s.2; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.114; Kaplan, **Usul**, s.29.

⁴²² Kaplan, **Usul**, s.29.

üzerinde yaratacağı düşünölen kötü etkilerin veya karmaşık kanunlar ihtilafı problemlerinin artık çok fazla olmadığından bahsedilebilecektir.

Günümüzde artık tahkim yerine tabi olmayan tahkim yargılamalarının, yani delocalization teorisinin veya a-national tahkim yargılamalarının, tahkim yargılamasının pratiğinde bir karşılığının olmadığı da doktrinde savunulmaktadır⁴²³. Tahkim yargılamasında delocalization ile, tahkim yeri hukukunun hakimiyetinden kurtulmak ve tahkim yargılaması ile uyumlu olmayan düzenlemelerin tahkim yargılaması üzerinde hakimiyet kurmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Fakat milletlerarası alanda var olan güncel düzenlemelerin iç hukuk düzenlemelerinde etkili olması ve iç hukuk düzenlemeleri arasında var olan yeknesaklık göz önüne alındığında tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olmasının eskisi kadar büyük sorun teşkil etmediği anlaşılabilecektir⁴²⁴.

Her ne kadar delocalization teorisi etkisini kaybetse de teori ile elde edilmeye çalışılan tahkim yeri hukukundan bağımsız tahkim yargılamalarına ilişkin ihtiyaç milletlerarası tahkim hukukunu şekillendirmiştir. Milli ve milletlerarası düzenlemelerde yer alan hususlar, tahkim yerini dikkate alırken, taraflara delocalization teorisi kapsamında tercihte bulunabilme imkânı tanımaktadırlar. Örneğin, taraflara irade serbestisi kapsamında iptal davası açma hakkından feragat hakkı tanımak veya iptal davasında değerlendirilecek hususlar hakkında değişiklik yapma hakkı tanımak, tahkim yerinin tahkim yargılamaları üzerindeki genel etkisini kabul ederek, bu etkinin tarafların tercihleri doğrultusunda şekillendirilebilmesine yöneliktir⁴²⁵. Yine, Cenevre Sözleşmesi kapsamında, tahkim yeri mahkemesi tarafından verilen belirli iptal kararlarının tenfiz davalarına engel olamaması tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin azaltılması ve tahkim yargılamasının, hukuki olarak delocalize veya denationalize edilmesi halinde sahip

⁴²³ van den Berg, **Setting Aside**, s.9; Bucher, **a.g.e.**, s.40; Özel, **a.g.e.**, s.101.

⁴²⁴ Mistelis, **a.g.e.**, s.287; Zaten delocalization teorisini savunan kimi yazarlar da tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukundan koparılması gerektiğine yönelik tartışmanın tahkim yeri hukuklarında gerçekleşecek gelişmeler ve hukuklar arasında var olacak yeknesaklaşma ile son bulacağını öngörmekteydiler. Paulsson, **Unbound**, s.385.

⁴²⁵ Tarafların iptal davası açma haklarından feragatleri ve bu feragatlerinin sonuçları hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b))

olabileceği imkânlara sahip olması anlamına gelebilecektir⁴²⁶. Yani tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılmasına sebep olan ihtiyaçlar dikkate alınarak, tahkim yeri hukuklarında değişiklik ve yeknesaklık çalışmaları yapılmaktadır.

Tahkim yargılamasının ve tarafların irade serbestilerinin hangi hukuka tabi olacağı veya hangi hukukun nasıl bir sınırlama getirdiği ile birlikte, devletlerin yaptıkları düzenlemelerde getirdikleri kısıtlamaların ve mahkemelerin kararlarında bu kısıtlamaları nasıl değerlendirdiklerinin incelenmesi gerekmektedir. Tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kaynağının tahkim yeri olduğu kabul edilebilse bile tarafların iradelerine kısıtlama getiren hukukun sadece tahkim yeri hukuku olduğunu söylemek çok mümkün değildir. Tahkim yerinden gelen kısıtlamalar, tahkim yerine bağlı olarak milletlerarası anlaşmalardan gelen sınırlamalar, tahkim yeri ve milletlerarası alanda kabul edilmiş genel sınırlamalar, tarafların irade serbestisini kısıtlayan unsurlardan sadece birkaçıdır. Çalışmanın devamında bu sınırlara neden ihtiyaç duyulduğu, bu sınırların nerelerden geldikleri ve neler olduğu incelendikten sonra yine bu sınırların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerce ve tahkim yargılamasına ilişkin mahkemelerde açılan davalarda hakimlerce nasıl değerlendirilmeleri gerektiği incelenecektir.

⁴²⁶ Cenevre Sözleşmesi kapsamında hakem kararlarının tenfiz edilmesini önleyen iptal sebepleri için bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

İKİNCİ BÖLÜM

MİLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRDE SERBESTİSİNİN SINIRLANDIRILMA SEBEPLERİ VE KRİTERLERİ

I. GENEL BİLGİ

İrade serbestisinin, milletlerarası özel hukuk alanında en çok kabul görmüş ilkelerden biri olduğu söylenilebilecektir¹. Üç büyük hukuk ekolü olan Kıta Avrupası hukuku, Anglo-sakson hukuku ve İslam hukuku doktrinlerinde tarafların sözleşmenin içeriğini kendi iradeleri uyarınca belirleme yetkilerinin olduğu genel olarak kabul edilmiştir². İrade serbestisinin milletlerarası tahkim yargılamasına yansımalarından biri olan, tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak usuli prosedürleri belirleme yetkilerinin de en az irade serbestisi kadar kabul görmüş bir ilke olduğu söylenebilecektir.

Pierre Mayer, tahkim yargılamasında irade serbestisinin kapsamını en iyi, şu tabir ile yapmıştır: tahkim yargılaması özgürdür, tahkim yargılamasında tarafların iradeleri sınırsızdır, tarafların tercihleri veya tarafların tercihlerinin olmadığı durumlarda hakemlerin kararları en üstün bağlayıcı unsurdur, hiçbir kural tahkim yargılamasına uygulanmaz, tahkim yargılamasında hiçbir kontrol yoktur *ta ki taraflardan biri kararın icrası veya iptali için bir mahkemeye başvurana kadar*³.

¹ İrade serbestisi ilkesinin Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü 38(1)(c) uyarınca “*uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri*”nden biri olduğu dahi savunulmaktadır. Pierre Lalive, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, Editör Pieter Sanders, ICCA Congress Series, vol.3, Kluwer Law International, 1986, s.258-318, s.301.

² Ayoglu, **a.g.e.**, s.128.

³ Mayer, **Delocalization**, s.38.

Tahkim yargılamalarında tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğine dair sınırsız bir serbestiye sahip oldukları düşünülebilecektir. Tarafların aralarında karar verdikleri yöntemler hakkında, tahkim yeri hukukunun veya tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun doğrudan sorumluluklarının veya denetleme yetkilerinin doğduğundan bahsedilemeyecektir⁴. Çünkü taraflarca kararlaştırılan yöntemler hakkında, taraflar arasında bir sorun çıkmadığı ve taraflarca konu mahkemeye taşınmadığı müddetçe, mahkemelerin ilgili uyuşmazlık ve yöntem hakkında bir denetleme imkânı olamayacaktır. Yani, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı, karar verdikleri usulde çözmeleri hukuki anlamda bir sorun teşkil etmeyecektir *ta ki bir taraf sonuçtan hoşlanmayarak kararın mahkemeler tarafından denetlenmesini isteyene veya karara uymayan tarafın karara uyması için mahkemeden bir karar istenilene kadar*.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendi iradelerine uygun olarak çözümlenmelerinin, mahkemeler ve mahkemelerce değerlendirilecek hukuk kapsamında kısıtlanacağı pratik bir gerçekliktir. Hatta bu sebeple, tarafların irade serbestilerinin sınırının, hakem kararını değerlendirme yetkisi olan mahkeme hukuklarının emredici hükümleri olduğu doktrinde savunulmaktadır⁵. Fakat günümüzde tahkim yargılamasının sadece mahkeme hukuku ile sınırlandırıldığıнын söylemesi oldukça eksik bir tanımlama olacaktır. Milletlerarası tahkim, kendi kurallarını ve asgari usuli standartlarını oluşturmuş bir kültüre sahiptir. Yıllardır süre gelen milletlerarası ticari tahkim pratiği, milletlerarası tahkimi düzenlemek amacıyla milletlerarası alanda yer alan düzenlemeler veya konu hakkındaki doktrin çeşitliliği, tahkim yargılamasının kendi kültür, usul ve standartlarını belirlediğini göstermektedir. İşte bu sebeple, tahkim yargılamasında yer alan, tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan, milli düzenlemelerin haricine, tahkim yargılamasına özgü usuli sınırların olduğu da söylenebilecektir.

Gerek uygulanacak hukuktan gerekse milletlerarası alanda kabul edilmiş genel ilkelerden tarafların iradelerine getirilen sınırlamalar, esas olarak milletlerarası

⁴ Petrochilos, **a.g.e.**, s.112.

⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.645.

ticari tahkimde adil bir yargılamanın sağlanmasına yöneliktir. Bu sebeple tahkim yargılamalarının, adil bir yargılamanın sağlanması için getirilen sınırlamalar ile tarafların irade serbestileri arasında yaşanan sonsuz bir savaştan ibaret olduğu ileri sürülebilecektir⁶. Yani, tarafların irade serbestileri ile bu serbestilere getirilen sınırlamalar arasında gri bir bölge bulunmaktadır⁷. Bu gri bölgede taraflar özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarını kendi menfaatlerine uygun olarak çözümlemeye çalışırken, usul hukukunda yer alan düzenlemeler ve ilkeler tarafların iradeleri üzerine adil yargılanmaya ilişkin sınırlamalar getirmektedirler. Bu sınırların bir kesinlik taşıması ve kapsamlarının net olmaması, bu gri alanda yaşanan savaşın, sürekliliğine sebep olmaktadır.

Günümüzde, gerek milli gerek milletlerarası tahkim düzenlemelerinin, minimum düzeyde sınırlamalar getirerek, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk veya kurallar konusunda tarafların geniş bir irade serbestisine sahip olması için uğraştıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Fakat her ne kadar tarafların sahip oldukları irade serbestisinin en üst seviyede korunması gerekliliği savunulsa veya milli ve milletlerarası düzenlemelerde irade serbestisine yönelik düzenlemeler ile ilkeye sınır getirilmemeye çalışılsa da uygulamada, sosyal, siyasi ve ekonomik sebepler başta olmak üzere birçok sebeple irade serbestisi kısıtlanmaktadır⁸.

Milletlerarası tahkim yargılamasında irade serbestisine, özellikle de usuli konularda tarafların sahip olduğu irade serbestisine getirilen sınırların neler olduğu ve nasıl yorumlandığı, tahkim yargılamasında tarafların irade serbestisinin kapsamını belirleyecektir. Sınırlamaların ve tarafların sahip oldukları serbestinin kapsamının

⁶ Yves Fortier, "International Arbitration and National Courts: Who Has the Last Word?", **International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story** Editör, Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.10, Kluwer Law International, 2001, 69-70, s.69.

⁷ David A.R. Williams/Anna Kirk, "Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?", **Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum**, Editörler Neil Kaplan ve Michael J. Moser, Kluwer Law International, 2018, s.87-106, s.90; Klaus Peter Berger/J. Ole Jensen, "Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour For Procedural Management Decisions by International Arbitrators", **Arbitration International**, vol.32, 2016, s.415-435, s.418.

⁸ Böckstiegel, **Efficient Procedure**, s.49; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.114; Aygül, **a.g.e.**, s.37.

belirli olması; tahkim yargılamasının başında tarafların tercihlerini etkiler, tahkim yargılaması sırasında tahkim yargılamasının gereksiz uzamasını veya öngörülemeyen masrafların çıkması engeller ve hakem kararı verildikten sonra kararın iptal edilmesini veya tenfiz edilmemesini önler. Yani tarafların usuli irade serbestilerinin sınırlarının belirlenmesi ile, hem tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin karar verebilecekleri hareket alanı hem de mahkemelerin tahkim yargılamalarına yardım ve müdahale yetkilerinin kapsamı belirlenebilecektir.

Tahkim yargılamasında tarafların usuli iradeleri üzerinde sınırlara neden ihtiyaç duyulduğunun anlaşılması, tahkim yargılamaları için getirilen sınırların amacının anlaşılmasını sağlayacak ve bu sınırların yorumlanmasında yardımcı olacaktır. Bu sebeple öncelikle tahkim yargılamasında usuli konularda neden taraflarının iradelerinin kısıtlanması gerektiği incelenecektir. Ardından milletlerarası ticari tahkimde usuli konularda sınırlama getiren, çalışmamız kapsamında da etkileri üçüncü bölümde değerlendirilecek olan, milli ve milletlerarası düzenlemelerden bahsedilecektir. Akabinde milletlerarası alanda kabul görmüş, mevcut düzenlemelerde yer alan prensip ve kurallar hakkında ayrıntılı değerlendirme yapılacak ve son olarak bu sınırlamalar arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflar incelenecektir.

II. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANDIRILMASININ SEBEPLERİ

A. Adil Yargılanmaya İlişkin Asgari Usuli Garantilerin Sağlanması

Milletlerarası alanda tahkim anlaşmalarının pozitif ve negatif iki etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Tahkim anlaşmalarının pozitif etkisi, hakemlere, tahkim yargılamalarında uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için yetki verilmesidir. Tahkim

anlaşmalarının negatif etkisi ise tarafların tahkim anlaşması yaptıkları uyuşmazlık hakkında mahkeme yargılamasına başvuramamasıdır. Bir taraf tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurduğunda diğer taraf, tahkim anlaşması uyarınca mahkemenin uyuşmazlığa bakma yetkisi olmadığını ileri sürebilecektir. Mahkeme, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olduğunu değerlendirerek, kendi yetkisi hakkında karar verecektir. Yani mahkeme, önüne gelen uyuşmazlık hakkında tarafların yaptıkları bir anlaşma sebebiyle yetkisinin olmadığına karar verebilecektir. Bu durumda da tarafların uyuşmazlığa ilişkin haklarını, tahkim yargılamasında aramaları gerekecektir.

Tahkim anlaşmalarının tarafların mahkemeye ulaşma hakkına engel olması, tarafların istedikleri her prosedürde tahkim yargılamasına tabi olabilecekleri anlamına gelmemektedir. Tahkim anlaşmaları ile tarafların mahkemeye başvuru hakkına kısıtlama getirilirken, tarafların haklarını arayabilecekleri zorunlu tek yol halinde gelen tahkim yargılamalarında adil bir yargılanmaya ilişkin garantilerin de sağlanması gerekmektedir⁹.

Tahkim yargılamasının niteliğine ilişkin hibrit teori uyarınca; tahkim yargılamasında irade serbestisi, tarafların iradelerinden kaynaklanmakta ve fakat bu serbesti aynı zamanda devletlerin hakemlere konu hakkında verdiği yargılama yetkisi ile kısıtlanmaktadır. Tahkim yargılamalarının tarafların iradeleri ile birlikte devletlerin egemenlik haklarından yaptığı feragate dayanması, yargılamanın, devletler tarafından getirilen kimi kısıtlamalara tabi olmasına sebep olmaktadır¹⁰. Bu sebeple tahkim yargılaması, devletlerin, kendi toprakları üzerinde gerçekleşen bütün yargılamalarda adil bir yargılamaya ulaşılabilmesinin garanti altına alınması için düzenledikleri, aksi taraflarca kararlaştırılamayan kimi usuli asgari standartlara tabidir.

⁹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.201.

¹⁰ Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 19-20, 1999-2000, s.555-576 (**Kamu Düzeni**), s.566; Carlston, **a.g.e.**, s.635.

Tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli iradelerini kısıtlayacak adil yargılanmaya ilişkin hususların neler olduğu veya bu sınırların nasıl yorumlanması gerektiği bir kesinlik taşımamaktadır. Adil yargılanmaya ilişkin usuli hususların gerek mahkemeler önünde gerekse tahkim heyetleri önünde aynı anlama geldiği genel kabul gören görüştür¹¹. Mahkemeler kamusal bir yargılama organıyken, tahkim yargılamasının özel bir yargılama makamı olmasının, adil yargılanmaya ilişkin kimi unsurlarda farklılık yaratabileceği düşünülse de adil yargılanmaya ilişkin ilkelerin evrensel olduklarını ve hangi yargılama yöntemi dahilinde kullanılırsa kullanılsın benzer sınırlamalar getirdiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Fakat bu durum, adil yargılanmaya ilişkin hususların hem mahkemelerce hem de tahkim yargılamalarında aynı hususiyetle inceleneceği veya incelenmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir. Her iki yargılama yönteminin kendine has özellikleri, adil yargılanmaya ilişkin hususların da farklı yorumlanmasına sebep olacaktır, olmalıdır.

Gerek milli gerekse milletlerarası düzenlemelerde, hangi hususların adil yargılanmaya ilişkin olduğunun tespiti oldukça zor bir konudur. En basit tabir ile adil yargılanma ilişkin hususların, hukuki bir eğitime sahip olsun veya olmasın, herkes tarafından kabul edilebilecek unsurlar olduğu söylenebilecektir¹². Fakat adil yargılanmaya ilişkin hususların tespiti bu kadar kolay değildir. Adil yargılanmaya ilişkin genel hususlar tespit edilseler dahi bu hususların her bir uyumsuzlukta farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Basmakalıp kurallar veya unsurlar, tahkim yargılamalarında, tarafların adil bir yargılamaya sahip olmalarından öte hem haksız sonuçlara hem de tarafları tatmin etmeyen hakem kararları verilmesine sebep olabilecektir. Bu sabit kurallar, taraflara tanınmış olan irade serbestisi aleyhine, tarafların taleplerine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin genel kriterlerin belirlenmesi ve bu kriterler kapsamında her bir tahkim yargılaması için tahkim yargılamasının özellikleri dikkate alınarak, özel bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu yaklaşım, tahkim yargılamasında tarafların usuli iradelerini kısıtlayan unsurlar arasında bir yeknesaklık elde edilmesini de sağlayacaktır.

¹¹ Paulsson, **Idea**, s.90.

¹² Paulsson, **Idea**, s.91.

Sonuç olarak, bir İngiliz atasözünün de dediği gibi adaletin sadece yerine getirilmesi yetmez, adaletin görünür, anlaşılır bir şekilde ortaya çıkması gerekmektedir¹³. Tahkim yargılamalarında da adalet, ancak adil bir prosedür ile görünür ve anlaşılabilir olacaktır. Bu durum da ancak tarafların usule ilişkin iradelerinin usuli garantiler ile kısıtlanması ve bu kısıtlamalara uyulması ile mümkün olabilecektir.

B. İcra Edilebilir Hakem Kararlarının Verilmesi

Tahkim yargılaması, tarafların aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırdıkları ve uyuşmazlığa bakması amacıyla bir hakemi veya hakem kurulunu yetkilendirdikleri özel bir yargılama yoludur. Tahkim yargılamasına giden taraflar, hakemlerin yetkilerini ve yargılama sonunda verilecek hakem kararının bağlayıcı etkisini irade serbestisi kapsamında kabul etmektedirler. Mahkeme haricinde bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile uyuşmazlıklarının çözülmesini isteyen tarafların, yargılama sonunda verilecek kararı da kabul edebilecekleri düşünülebilecektir¹⁴. Fakat ne yazık ki; uygulamada yargılama sonunda verilen hakem karardan memnun olmayan taraf, hiçbir hukuki geçerli sebebe sahip olmasa da hakem kararını icra etmemek veya icrasını geciktirmek üzere farklı hukuki yollar aramaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında her ne kadar tarafların, tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı hakkında, kararı icra etmemek için farklı yollar arayabilecekleri düşünülse de eğer taraflar, özellikle karar aleyhine çıkan taraf, tahkim yargılamasının adil bir şekilde yürütüldüğüne inanırlarsa karara uyma ihtimallerinin daha fazla olduğu söylenebilecektir. Adil bir prosedür işletilerek

¹³ “*It is not enough that justice be done, it must be seen manifestly to be done*”.

¹⁴ Tarafların, mesleki veya sektörel özel bir birliğe ilişkin kurumsal tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarını itiraz etmeden icra etme olasılıklarının daha fazla olduğu kabul edilmektedir. Fakat bu durum, bahsi geçen kurumsal tahkim yargılamalarında verilen kararların niteliklerinden çok aynı sektörde çalışan iş insanlarının, kendi prestijlerini koruma isteklerinden kaynaklanmaktadır. Şanlı, **Ticari Akitler**, s.353.

yapılan tahkim yargılamalarından sonra verilen hakem kararlarının daha meşru olacaklarının ve bu kararlara taraflarca daha fazla uyulacağının söylenmesi mümkündür¹⁵. O halde bir tahkim yargılaması sonunda verilen kararın taraflarca kendi rızaları ile icra edilebilmeleri için adil bir yargılama sonucu verilmiş olduğuna inanmaları gerekmektedir. Bunun tesisi ise, tahkim yargılamasının, adil yargılanmaya ilişkin unsurlar ile kısıtlanarak güvence altına alınması ile mümkündür.

Tarafların, hakem kararını kendi rızaları ile icra etmemeleri sebebiyle karar hakkında bir iptal veya tenfiz davası açılması ihtimali karşısında da tahkim yargılamalarında iptal edilmeyen veya tenfiz edilebilen hakem kararlarının verilmesi gerekmektedir. Tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararlarının bir mahkeme kararı hükmüne sahip olabilmesi için, daha doğrusu devletlerin tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarına mahkeme hükmü gücü tanımaları ve hakem kararlarını iptal etmeyip tenfiz etmeleri için, tahkim yargılamalarının mahkemelerin tabi oldukları usuli kısıtlamalara, yani usuli prensip ve garantilere tabi olması gerekmektedir¹⁶. Bu sebeple tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin, hakem kararının iptal edilmesini veya tenfiz edilmemesini engelleyecek usuli prensip ve garantiler ile kısıtlanması gerekmektedir.

C. Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Tahkim Yargılamasının Korunması

İngiliz siyasetçi *Jhon Dalberg-Acton* tarafından söylendiği kabul edilen “*güç yozlaştırır, mutlak güç mutlaka yozlaştırır*” ifadesi, milletlerarası ticari tahkim yargılamaları için de söylenebilecektir. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin irade serbestilerinin sınırsız olması, tahkim yargılamasının yozlaşmasına sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple milletlerarası alanda yer alan aktörler (devletler, milletlerarası organizasyonlar, milletlerarası hususi kurumlar), usul hukukuna dair

¹⁵ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.203.

¹⁶ Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 4, S.1, 1984, s.29-31 (**Bağımsızlık**), s.29; Bozkurt, **a.g.e.**, s.68.

temel değerleri göz önüne alarak tahkim yargılamasının yozlaşmasını önlemek amacıyla emredici kurallar düzenleyerek tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisini kısıtlamaktadırlar¹⁷.

Milletlerarası tahkim yargılamalarının günümüzde meşru bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi, tarafların irade serbestilerinin adil yargılanmaya ilişkin unsurlar ile sınırlandırılmış olmasından kaynaklanmaktadır¹⁸. Tarafların sahip oldukları irade serbestileri ile adil yargılanmaya ilişkin getirilmiş ilke ve düzenlemelere aykırı yaptıkları tercihler ve bu tercihler sonucu verilen hakem kararları, tahkim yargılamalarının yozlaştığının düşünülmesine, tahkim yargılamasının bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tercih edilmemesine ve tahkim yargılamalarının meşruluklarını yitirmelerine sebep olabilecektir. Adil bir yargılanmanın olmadığı, adil bir prosedürün izlenmediği bir sistem ne mahkemelerce ne de toplumca desteklenir. Bu sebeple, tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerinin kısıtlanması tahkim kurumunun sağlığı ve varlığı için gereklidir.

Tahkim yargılamasında irade serbestisi ne kadar özgür tutulursa o ülkenin ve hukukunun milletlerarası tahkim yargılamaları açısından o kadar popüler olacağına dair bir izlenim bulunmaktadır. Fakat bu durumun ne kadar geçerli olduğu, örnekler incelendiğinde şüphe uyandırmaktadır. Örneğin, 1985 reformu öncesi, Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nda, yabancılara kimi durumlarda hakem kararları hakkında iptal davası açma hakkı tanınmamaktaydı. Bu ve bunun gibi düzenlemeler sebebiyle Belçika'nın tahkim yargılamasının cenneti olduğu doktrinde dillendirilmekteydi¹⁹. Fakat hakem kararları hakkında denetleme yapılmasının önüne geçen ve taraflara daha çok özgürlük tanıyacağı düşünülen bu düzenleme, tacirler tarafından hoş karşılanmamıştır. Uygulamada, hakem kararlarının ve dolaylı olarak tarafların tahkim yargılamasına ilişkin irade serbestileri ile yaptıkların tercihlerin denetlenmesinin gerekli olduğu ve sadece tarafların kendileri isterlerse bu haktan feragat edebilmeleri gerektiği anlaşılmıştır. Bu sebeple düzenleme değiştirilmiş ve

¹⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.297; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.644.

¹⁸ Williams/Kirk, **a.g.e.**, s.89.

¹⁹ De Ly, **The Place of Arbitration**, s.49.

tarafllara iptal davasından feragat etme hakkı tanınmıştır²⁰. Yine 1981 reformu öncesi, irade serbestisine verdiği geniş yetki ile Fransız hukuku oldukça popülerken reform sonrası, irade serbestisine getirilen kimi sınırlamalar ile Fransız hukukunun tahkim yargılamalarında uygulanmasının üç kat arttığı gözlenmiştir²¹.

Tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerine ilişkin sınır koyulmaması öncelikle yargılamaya ilişkin en temel unsurların denetlenememesine sebep olabilecektir. Sınırlar veya bir mahkeme denetlemesi olmaksızın, milletlerarası normların uygulandığı bir tahkim yargılaması, öngörülebilirliği olmayan korkunç bir kabusla dönüşebilecektir²². Tahkim yargılamasının bilinmezliğe yol açmaması için tarafların tahkim yargılamasında sahip oldukları irade serbestisi üzerinde hem sınırlamalara hem de kontrole ihtiyaç vardır.

Her ne kadar milletlerarası tahkim yargılamalarında, mahkemelerde sahip olunan irade serbestisinden daha fazla bir serbesti talep edilse de uygulamada taraflar, temel haklarına ilişkin korumalara sahip oldukları ve irade serbestileri üzerine getirilen sınırların net olduğu yer hukuklarını, tahkim yeri olarak veya tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak seçmektedirler. İrade serbestisi üzerine adil yargılanmaya ilişkin getirilen koruyucu sınırlar ve bu sınırların uygulanmasının netliği, taraflarca ilgili hukukun tercih sebebi olarak görölmektedir.²³

Sonuç olarak, tahkim yargılamalarının yozlaşmaması, devletlerin tahkim yargılamalarına verdiği desteğin devam etmesi ve uygulamada tahkim yargılamalarının bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmaya devam edilmesi

²⁰ Waincymer, **a.g.e.**, s.175.

²¹ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.333.

²² Park, **Procedural Integrity**, s.709.

²³ Kanada Temyiz Mahkemesi bir kararında, tahkim yargılamalarının tercih edilen bir uyuşmazlık yöntemi olmasının sebebinin, tahkimin belirli kurallar dahilinde işletilmesi olduğunu, eğer bu kurallara uyulmaz ise tacirlerin tahkim yargılamasını kullanmayı bırakacaklarını açıkça belirtmiştir. *Smart Systems Technologies Inc. (US) v. Domotique Secant Inc. (Canada)*, Court of Appeal, Québec, Kanada, 500-09-016097-057, 11 Mart 2008, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.464-472, p.15.

için tarafların tahkim yargılamasında sahip oldukları irade serbestisinin kısıtlanması ve denetlenmesi gerekmektedir.

D. Tahkim Yargılamasının Taraflarının Korunması

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisi ile usuli konularda karar verebiliyor oluşları, tahkim yargılamasını daha adil, taraflar açısından daha korunaklı bir yargılama türü haline getirmemektedir. Tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestilerinin, adil bir yargılanma elde edilmesi ve tarafların yargılamada mağdur olamamaları için kısıtlanması gerekmektedir²⁴. Tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamasında neden korunmaya ihtiyaç duyabilecekleri, üç başlık altında incelenebilecektir. Milletlerarası tahkim yargılamalarında uygulanacak ortak bir usul hukukun olmaması sebebiyle, tarafların tahkim yargılamalarının bütün sonuçlarını öngörememeleri sebebiyle ve taraflar arasındaki güç dengesizliklerinin adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabileceği sebebiyle, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin kısıtlanması gerekmektedir.

Öncelikle, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında birçok farklı milliyet ve hukuk daha doğrusu birçok kültür bir araya gelebilmektedir²⁵. Tarafların milliyetleri, avukatların milliyetleri, hakemlerin milliyetleri, tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlığın gerçekleştiği yer hukuku, tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukuku, tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk gibi birçok farklı milliyet ve hukuk, tahkim yargılamaları sırasında bir araya gelebilmektedir. Tahkim yargılamalarında uygulanacak ortak bir usul hukukun olmaması sebebiyle bu farklı milliyetler ve hukuk sistemleri çatıştıklarında, bu milliyet ve hukuklar arasındaki tarih ve kültür farklılıkları ortak bir noktada buluşulmasını zorlaştırmaktadır. Tahkim yargılamasında tarafların bu çatışmalardan korunmaları ve belirli bir standartta

²⁴ Akıncı, **Tenfiz**, s.56.

²⁵ Böckstiegel, **Efficient Procedure**, s.51.

buluşulabilmesi için tarafların tahkim yargılamalarına ilişkin sahip oldukları irade serbestilerinin kimi yeknesak kurallar ile kısıtlanması gerekmektedir.

İkinci olarak, tarafların tahkim yargılamalarında usule ilişkin sınırsız bir irade serbestilerinin olması ve istedikleri hususlarda özgürce karar verebilmeleri her ne kadar teorik olarak savunulabilse de uygulamada, taraflara tanınan bu yönde bir serbestinin, hakem kararlarının icrası aşamasında sorunlar çıkarttığı görülmektedir. Tarafların tahkim yargılamasının başında veya tahkim yargılaması sırasında hakem kararı verildikten sonra ortaya çıkabilecek bütün sonuçları öngörememeleri sebebiyle özellikle adil yargılanmaya ilişkin tercihler, yargılamanın ilerleyen aşamalarında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Tahkim yargılamasında tarafların yaptıkları tercihlerin ve hakem kararlarının, usul açısından adil veya ilgili hukuka uygun olup olmadıklarının, hakem kararı verildikten sonra karar hakkında dava açılıncaya kadar denetlenememesi sebebiyle, yargılamaların ve kararların selameti için tarafların irade serbestilerinin yargılama sırasında kısıtlanması gerekmektedir. Tarafların hakem kararı verildikten sonra hakem kararına uymalarının sağlanması ve hakem kararları hakkında açılan davaların olumsuz sonuçlanmaması için tarafların irade serbestilerinin yargılama sırasında usule ilişkin asgari kısıtlamalar ile sınırlandırılması gerekmektedir.

Tahkim yargılamasının adil bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilebilmesi için tarafların, tahkim anlaşmasında eşit konumda olmaları gerekmektedir. Fakat gerçek hayatta tahkim yargılamalarında tarafların her durumda eşit konumda olduklarının söylenmesi oldukça zordur. Bir tarafın daha güçlü ve bir tarafın daha zayıf olduğu durumlarda tahkim yargılaması da kendisinden beklenen adil bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olma amacına hizmet edemeyecektir. Devletler ya da milletlerarası kuruluşlar, bir tarafın zayıf konumda olduğu kabul edilen uyuşmazlıkların, ya tahkime elverişli olmadığına dair düzenleme yapmaktalar ya da tahkim yargılamasına ilişkin emredici düzenleme yaparak tarafları koruyucu sınırlamalar getirmektedirler. Bir tarafın zayıf konumda olduğu tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler, liberal bir tutumla yapabileceği gibi kısıtlayıcı

bir yöntemle de yapabilecektir²⁶. Her ne kadar tarafların eşit konumda olmadığı uyuşmazlıklar hakkında devletlerin, liberal bir tutum sergileyerek tahkim yargılamasına izin vermelerinin, tahkim kurumunu destekleyeceği düşünülse de bu özgürlükçü yaklaşımın aslında tahkim yargılaması hakkında fazla usuli kısıtlama düzenlenmesine sebep olabilmektedir²⁷. Örneğin devletler, bir tarafın zayıf konumda olduğu kabul edilen uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna karar verseler bile, tahkim yargılamasının sürdürülmesinde taraflar arasında var olan güç dengesizliğini önlemek için adil yargılanmaya ilişkin kısıtlamalarla tarafların usuli konular hakkında sahip oldukları irade serbestisini kısıtlamaktadırlar. Bu duruma Alman ZPO 1034(2) hükmünde yer alan düzenleme örnek olarak verilebilecektir. İlgili düzenleme uyarınca taraflardan birine hakem kurulunun oluşturulmasında daha fazla imkân tanınması ve bu durumun diğer taraf için bir dezavantaj yaratması halinde, dezavantajlı taraf, mahkemeye başvurarak hakem atanması talebinde bulunabilecektir. Yani taraflar arasında eşitsizlik ortaya çıkaran tercihler, geçersiz kabul edilerek tarafların tercihleri sınırlandırılacaktır²⁸.

Uygulamada; bir tarafın diğer taraf karşısında ekonomik olarak zayıf olduğu kabul edilen iş sözleşmelerine ve yine bir tarafın pazarlık gücünün zayıf olduğu kabul edilen tüketici sözleşmelerine ilişkin sınırlayıcı düzenlemelerin sayısı oldukça fazladır. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının, tarafların eşit pozisyonda olan iki tacir arasında gerçekleşme ihtimali daha yüksek olsa da her bir uyuşmazlıkta tarafların her konu da eşit duruma sahip olduğunun varsayılması doğru değildir²⁹. Örneğin milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, usuli konularda taraflar tercihte bulunurken, deneyimli ve ekonomik açıdan güçlü olan taraf, konu hakkında çok yetkin olmayan tarafı, taraflar arasında denge kurmayan ve özellikle adil

²⁶ Friedrich Rosenfeld, “Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.419-441, s.420.

²⁷ Rosenfeld, **a.g.e.**, s.440.

²⁸ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.253.

²⁹ Milletlerarası tahkim yargılamalarında taraflar arasındaki güç dengesinde farklılıklar olması veya bir tarafın diğer taraftan daha zayıf konumda olması, farklı anlamlara gelebilecektir. Zayıf olarak kabul edilen taraf diğer tarafa göre; ekonomik olarak, pazarlık gücü olarak, deneyim olarak, bilgi olarak, irade kapasitesi olarak, zayıf konumda olabilecektir. Rosenfeld, **a.g.e.**, s.440. Hangi koşulların bir tarafı daha zayıf konumda yaptığına dair değerlendirmelerin, her bir somut olay için ayrıca yapılması gerekmektedir.

yargılanmaya ilişkin sorunlar çıkarabilecek bir anlaşma imzalamaya ikna edebilecektir³⁰. Bu durum da tahkim yargılamasının yürütülmesinde taraflar arasında adil olmayan sonuçların doğmasına sebep olabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında taraflar arasında var olabilecek eşitsizlik sebebiyle tahkim yargılamasının usulünü korumaya ilişkin getirilen sınırlamalar, tahkim yargılamasının yürütülmesinde adil yargılanmaya ilişkin her iki tarafı da korumak için getirilen sınırlamaların içinde yer almaktadırlar. *Lex arbitriden*, uygulanacak usul hukukundan veya tahkim kurumlarının kurallarından gelen sınırlamaların amaçları özel olarak zayıf olan tarafı korumak değil her iki tarafın adil yargılanma hakkını korumaktır. Yani milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında getirilen sınırlamalar, genellikle, sadece zayıf olan tarafın değil her iki tarafın da adil yargılanmaya ilişkin haklarının korunması amacını güderler.

E. Tahkim Yargılamasına Taraf Olmayanların Korunması

Milletlerarası tahkim yargılamaları, gerek yargılama sürecinde gerekse yargılama sonunda verilen hakem kararıyla tahkim yargılamasının taraflarını ilgilendiren sonuçlar doğurur. Yani tahkim yargılaması, *ergo omnesden* öte *inter partesdir*³¹. Fakat bu durum tahkim yargılamalarının, tahkim yargılamasına taraf olmayan üçüncü kişileri hiç etkilemediği anlamına gelmemektedir. Tahkim yargılamasındaki kimi unsurlar, toplumun hukuk düzenini etkileyebileceği gibi bireysel olarak kişileri de etkileyebileceklerdir. Örneğin tahkime ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğe ilişkin unsurlar, genel olarak toplumu ve kamu düzenini ilgilendirirken, tahkim yargılaması sırasında tahkim yargılamasına taraf olmayan kişilerin elindeki deliller hakkında verilebilecek kararlar da özel olarak bireyleri ilgilendirmektedir.

Tahkim yargılamasında tahkim yargılamasına taraf olmayan kişilerin ve toplumun korunması amacıyla, tarafların usuli irade serbestilerinin sınırlandırılması

³⁰ Ekşi, **Tenfiz**, s.157; Schwarz, **a.g.e.**, s.82.

³¹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.24; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.802.

gerekmektedir. Özellikle kamu düzenine ilişkin hususlar ve doğrudan uygulanan kuralların amaçları, toplumu ve tahkim yargılamasına taraf olmayan üçüncü kişileri korumaktır. Taraflar bu sınırlamalar dahilinde, tahkim yargılamasında üçüncü kişilere sorumluluk yükleyen veya üçüncü kişileri ilgilendiren tercihler yapamayacaklardır³².

III. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİ SINIRLAYAN DÜZENLEMELER

A. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılamalarının usulüne uygulanacak yeknesak bir milletlerarası “*transnational*” hukuk veya düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, usuli konularda doğrudan veya dolaylı olarak düzenleme getiren; milletlerarası düzenlemeler (iki ve çok taraflı anlaşmalar), milli düzenlemeler, model düzenlemeler ve öneriler yer almaktadır³³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının usulüne ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, düzenlemelerde benzer temel hükümlerin var olduğu görülmektedir.

³² Tahkim yargılamasında taraflar, uygulanacak hukuk izin vermediği müddetçe, tahkim yargılamasının tarafı olmayan üçüncü kişileri etkileyen kararlar veremez ve hakemlerden üçüncü kişileri ilgilendiren karar vermelerini isteyemezler. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.358; Waincymer, **a.g.e.**, s.53; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.198; Erkaya, **a.g.e.**, s.76; Dursun, **a.g.e.**, s.182; Taraflar ve hakemler, üçüncü kişilerden duruşmalara katılmalarını veya uyuşmazlıkla ilgili olan bir belgeyi tahkim kuruluna sunmalarını talep edemezler. Taraflar ve hakemler üçüncü kişileri, tanık olarak duruşmalara katılmaları için zorlayamazlar. Sunday A. Fagbemi, “The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”, **The Journal of Sustainable Development Law and Policy**, vol.6, S.1, 2015, s.222-246, s.242. Eğer üçüncü kişilerin tahkim yargılamalarına dahil olmaları gerekiyor ise bu durum ancak mahkeme yardımı ile mümkündür; Örneğin, 12761 numaralı ICC kararına konu tahkim yargılamasında hakem kurulu, re’sen veya bir tarafın talebi üzerine tahkim yargılaması ile alakalı üçüncü kişilerde olan belgeleri talep edebileceğini ve fakat üçüncü kişi cevap vermez veya yardımcı olmayı kabul etmez ise tahkim yargılamasının ilgili belge olmadan devam edeceğine karar vermiştir. *Mexican Company v. Mexican Citizen*, ICC No. 12761, 6 Haziran 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.72-75, s.73.

³³ Akıncı, **Tenfiz**, s.134.

Bu benzerliğin en önemli sebebinin milli düzenlemeler yapılırken milletlerarası anlaşmalardan ve milletlerarası modellerden faydalanılması olduğu söylenebilecektir. Fakat konu hakkında milletlerarası alanda yer alan düzenlemelerde benzer hükümlerin olması, bu hükümlerin uygulamalarının veya yorumlanmalarının da aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Her bir düzenleme, kendi hukuk ve kültüründen etkilendiği, kendi tarihçesi ve kamu düzeni ile yorumlandığı için, düzenlemeler arasında hem ifade açısından hem de uygulama açısından farklılıklar bulunmaktadır. Bununla birlikte, mevcut düzenlemeler arasında yetki uyuşmazlıkları veya hangi düzenlemenin tahkim yargılaması açısından üstün ve bağlayıcı olacağına dair hiyerarşi ihtilafları da ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli konularda tarafların irade serbestilerine ilişkin getirilen düzenlemelerin incelenmesi, sınırlamaların ve kapsamlarının anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Çalışmamızın devamında kısaca, diğer düzenlemelere öncü olan veya diğer düzenlemeler yapılırken dikkate alınan milletlerarası düzenlemeler ve modeller hakkında bilgi verilecektir. Ardından genellikle bu düzenlemeler dikkate alınarak yapılan milli düzenlemelerden ve son olarak bütün bu düzenlemelerin oluşturduğu var sayılan milletlerarası alanda kabul edilmiş temel ilkelerden bahsedilecektir.

B. Milletlerarası Anlaşmalar

24 Eylül 1923 tarihli Tahkim Şartları Üzerine Cenevre Protokolü (Cenevre Protokolü) ve 26 Eylül 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonunun (Cenevre Konvansiyonu) milletlerarası tahkim yargılamasında, tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisine ilişkin genel kabul görmüş ilk düzenlemeler oldukları söylenebilecektir³⁴. 1958 tarihli New York Anlaşması bu iki düzenlemenin yerine geçmiştir. Bu iki düzenlemede de tahkim yargılaması ve tahkime uygulanacak prosedür üzerinde tahkim yerinin önemi öne çıkartılmış ve tarafların tahkim yargılamasının usulü üzerinde sahip oldukları irade

³⁴ Born, **a.g.e.**, s.1543; Kaplan, **Usul**, s.62; Chang, **a.g.e.**, s.5; Türkiye bu iki Anlaşmayı da imzalamamıştır. Birsal/Budak, **a.g.e.**, s.183.

serbestisi oldukça kısıtlı düzenlenmiştir³⁵. Düzenlemelerin getirdikleri hükümler, New York Anlaşmasına temel oluşturmuş ve New York Anlaşmasının birçok devlet tarafından kabul edilmesine yardımcı olmuştur.

Milletlerarası ticari tahkimde usule ilişkin yapılan bütün düzenlemelerin kaynağı olarak, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşması'nı (New York Anlaşması) göstermek yanlış olmayacaktır³⁶. New York Anlaşmasının sadece tahkim hukukunun değil, milletlerarası ticaret hukukunun da ana kaynaklarından biri olduğu savunulmaktadır. Hem taraf devlet sayısının fazla olması hem de devletlerin milli düzenlemelerini yaparken New York Anlaşmasının hükümlerini örnek alması, Anlaşmayı milletlerarası alanda çok değerli bir kaynak haline getirmektedir³⁷.

New York Anlaşması, gerek tahkim prosedürünün işleyişine gerekse mahkemelerin tahkim yargılamasının usulüne ilişkin konularda tahkim yargısına ne kadar ve nasıl müdahale edebileceğine dair hususları düzenlemiştir³⁸. Her ne kadar New York Anlaşması, tahkimin usulüne uygulanacak hukuk hakkında doğrudan düzenleme içermese de hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kararların

³⁵ Born, **a.g.e.**, s.1545.

³⁶ RG 25.09.1991/21002; Türkiye Anlaşmayı, karşılıklı esası uyarınca ve sadece ticari uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağına dair çekince ile imzalamıştır. Ekşi, **Tenfiz**, s.147; Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi 2019) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>; Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s.643 vd. New York Anlaşması VII(1) “*İşbu sözleşme hükümleri akit devletler arasında mün'akit hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı anlaşmaların muteberliğine halel getirmez ve alakadar taraflardan hiçbirini bir hakem hükmünden, bunun dermeyan edildiği memkelekit mevzuat ve muahedeleri ahlaki dairesinde faydalanabilmek imkânını haiz olma hakkından mahrum etmez*” hükmü uyarınca tarafların, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında MÖHUK hükümlerinin veya Anlaşma hükümlerinin uygulanmasını isteme konusunda irade serbestisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Nomer, **Devletler Hususi**, s.566. Fakat bu hükmün taraflara irade serbestisi tanımadığı, tenfiz davalarında taraflar için daha uygun olan hükümlerin uygulanacağı da doktrinde savunulmaktadır. Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s133; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.698.

³⁷ New York Anlaşmasına taraf 154 devletin listesi için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitraltexts/arbitration/NYConventionstatushtml>.

³⁸ Anlaşma, milletlerarası hakem kararlarının tanınmasına ilişkin özel bir düzenleme getirmemiştir. Hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler, tanıma davalarında da değerlendirileceklerdir. Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.63. Çalışmamız kapsamında da hakem kararlarının tenfizi tabiri, aksi belirtilmediği müddetçe tanıma davalarını da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

sahip olması gereken nitelikleri düzenlerken dolaylı olarak tahkim yargılamasında usuli adaletin sağlanmasına yönelik asgari standartları da belirlemektedir³⁹.

New York Anlaşması hükümleri uyarınca öncelikle, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması var ise mahkemelerin, tarafların tahkim iradesine saygı duyarak davaya bakmaması gerekmektedir⁴⁰. Anlaşma uyarınca mahkemeler, tarafların tahkim iradesine saygı duydukları gibi tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerine de saygı duymalıdır. Anlaşmanın V hükmü uyarınca eğer hakem kararı, tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için yaptıkları tercihlere uygun olarak verilmez ise mahkemelere, hakem kararının tanınması ve tenfiz talebini reddedebilme imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme, tarafların usuli konularda irade serbestisine sahip olduklarını ve bu irade serbestisinin hakem kararlarının geçerlilikleri, tanıma veya tenfizleri değerlendirilirken de esas alınması gerektiğini vurgulamaktadır⁴¹. Hatta ve hatta, Anlaşma kapsamında getirilen düzenlemeler uyarınca tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerinin, tahkim yeri hukukundan önce değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁴².

New York Anlaşması hakem kararlarının tenfizini düzenlerken, 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Konvansiyonu (Cenevre Sözleşmesi) daha kapsamlı bir düzenleme içererek, New York Anlaşmasını tamamlamak amacını taşımaktadır⁴³. Sözleşme, tarafların tahkim yargılaması

³⁹ Strong, **a.g.e.**, s.1090; Hanotiau, **a.g.e.**, s.91; Kaplan, **Usul**, s.33.

⁴⁰ New York Anlaşması II(3) uyarınca: “(b)ir akit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma aktettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilafına vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder”. New York Anlaşmasının hazırlık çalışmalarında sadece hakem kararlarının tenfizine yönelik düzenlemeler bulunurken, devlet temsilcileri ile yapılan tartışmalar sonucunda Anlaşmanın, tahkim anlaşmalarını da düzenlemesi gerektiği kabul edilmiştir. Salama, **a.g.e.**, s.82.

⁴¹ Kaplan, **Usul**, s.46.

⁴² Born, **a.g.e.**, s.2131; New York Anlaşmasının ilgili V(1)(d) hükmüne ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(d))

⁴³ RG 23.09.1991/21000; Cenevre Sözleşmesi’nin Türkçe metni için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s.636 vd. Cenevre Sözleşmesinin, New York Anlaşmasının tamamlayıcısı ve Türk hukuku için de geçerli, örnek bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Hem Cenevre Sözleşmesi hem de New York Anlaşması taraf devletler tenfiz davalarında, New York Anlaşması VII(1) hükmü uyarınca Cenevre Sözleşmesinin daha lehe içeren hükümler içermesi halinde, Cenevre Sözleşmesini uygulayabileceklerdir. Liebscher, **a.g.e.**, s.385; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.328 dn.208; Kaplan, **Usul**, s.75; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.68; Cenevre Sözleşmesi New York Anlaşmasının tamamlayıcısı olarak

üzerinde sahip olduğu irade serbestisini ön plana alırken, esas olarak mahkemenin tahkim yargılaması üzerindeki etkisini azaltmaya yönelik düzenlemeler getirmiştir. Özellikle Sözleşme uyarınca, tahkim yeri mahkemesi tarafından sadece belirli sebeplerle iptal edilen hakem kararlarının tenfizine engel olunması, Sözleşmenin, tahkim yeri mahkemesinin önemini azaltarak, tarafların tahkim yargılamasının usulü üzerinde sahip oldukları irade serbestisini öne çıkardığını göstermektedir⁴⁴.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan ana sözleşmelerden biri olarak, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetlerini Korumaya İlişkin Sözleşme (AİHS) gösterilebilecektir⁴⁵. AİHS 6(1) maddesinde yer alan herkesin kendi iddia ve delillerini, uygun bir şekil ve süre içinde beyan etme hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenleme, adil yargılanma hakkına ilişkin en temel insan hakkı olarak görülmektedir⁴⁶. Bu sebeple de ilgili hükmün ve Sözleşmenin yargılamaya ilişkin diğer hükümlerinin, taraf devletler için, milletlerarası tahkim yargılamalarında geçerli oldukları kabul edilmekte ve milletlerarası hakem ve mahkeme kararlarına konu olmaktadır⁴⁷. Ayrıca AİHS hükümlerinin milletlerarası özel hukukunun bir parçası olarak uygulanması gerektiği de kabul edilmektedir.

düzenlendiği için Cenevre Sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır. Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.143; Akıncı, **Tenfiz**, s.114. Ayrıca Cenevre Sözleşmesi IX(2) hükmü uyarınca New York Anlaşmasına tabi yargılamalarda, ilgili hüküm kapsamında Cenevre Sözleşmesinin öncelikle dikkate alınacağı düzenlenmiştir. İlgili hüküm: “*işbu maddenin linci paragrafının hükmü, New York Sözleşmesine taraf olan Akit Devletler arasındaki münasebetlerde münhasıran yukarıda sayılan iptal sebeplerine hasretmek neticesini doğurur*”. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.55 dn.92; Cenevre Sözleşmesi ile MTK hükümlerinin çatışması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Sonraki tarihli özel düzenleme konumunda bulunan MTK hükümlerinin Cenevre Sözleşmesi hükümlerinden önce uygulanması gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır. Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.153. Bununla birlikte Anayasa 90(5) ve MTK 1(6) hükümleri gereğince Cenevre Sözleşmesinin öncelikle uygulanmasının gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Ekşi, **Değerlendirme**, s.328. Cenevre Sözleşmesi özel bir düzenleme olarak yani *lex specialis* olarak öncelikle uygulanmalıdır.

⁴⁴ Cenevre Sözleşmesi uyarınca, iptal edilen hakem kararların tenfizine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

⁴⁵ RG 19.03.1954/8662.

⁴⁶ Waincymer, **a.g.e.**, s.197; AİHS madde 6(1): “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir...*”

⁴⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.118-466; Strong, **a.g.e.**, s.1091.

1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi) de milletlerarası tahkim yargılamalarında doğrudan uygulanacağı kabul edilen, insan haklarına ilişkin önemli bir düzenlemedir⁴⁸. Sözleşmenin adil yargılanmaya ilişkin 14. maddesinin ilk cümlesi “*herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir*” diyerek, ister mahkeme yargılaması olsun isterse tahkim yargılaması olsun tarafların yargılama sırasında eşit haklara sahip olmaları gerektiğini düzenlemiştir⁴⁹.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamasının usulüne ilişkin düzenlemeler getiren farklı bölgesel konvansiyonlar da bulunmaktadır. Bu konvansiyonlar, konvansiyona taraf devletler açısından bağlayıcı oldukları gibi milletlerarası alanda ticari tahkim hukukunun gelişmesinde de önemli rol oynamaktadırlar. Bu konvansiyonlara örnek olarak 1975 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime ilişkin Inter-Amerikan Konvansiyonu (Panama Konvansiyonu) verilebilecektir⁵⁰. Konvansiyon uyarınca tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin konularda irade serbestisine sahip oldukları kabul edilmiş; tahkim yargılamasının öncelikle tarafların tercihleri doğrultusunda yürütüleceği düzenlenmiştir⁵¹.

Milletlerarası alanda devletlerin, tahkim yargılamalarına ilişkin birçok iki taraflı anlaşmaları da bulunmaktadır. Bu anlaşmalar genel olarak yatırım tahkimlerine ilişkin düzenlemeler getirir de ticari tahkime ilişkin hükümler içeren ikili anlaşmalar da bulunmaktadır.

C. Milletlerarası Kurumların Düzenlemeleri

Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyon’u (UNCITRAL) tarafından milletlerarası alanında, özellikle *ad hoc* tahkim

⁴⁸ RG 18.06.2003/25142.

⁴⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.118-466; Strong, **a.g.e.**, s.1094.

⁵⁰ Konvansiyona taraf devletler için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-35.html>.

⁵¹ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi, 2019) http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-35_international_commercial_arbitration.asp.

yargılamalarında kullanılması için 1976 tarihinde UNCITRAL Tahkim Kuralları düzenlenmiş, 2010 yılında da bu kurallar revize edilmiştir⁵². UNCITRAL Tahkim Kuralları 1. maddesi uyarınca tarafların kuralları seçebilecekleri ve fakat bu kuralların tarafların yapacakları değişiklikler ile uygulanacağını düzenlenmiştir⁵³. UNCITRAL Tahkim Kuralları, tarafların usuli prosedürler konusunda irade serbestisine sahip olduklarını bu madde ile kabul etmiştir. UNCITRAL Tahkim Kuralları, çok sınırlı sayıda emredici olduğu kabul edilen hüküm düzenlerken uygulanacak hukuktan gelen emredici hükümlere özellikle üstünlük tanımıştır⁵⁴.

UNCITRAL uluslararası alanda tahkim üzerine yapılacak düzenlemelere örnek olması amacıyla UNCITRAL Tahkim Kurallarının düzenlemesinden sonra 1985 tarihinde bir Model Kanun (Model Kanun) düzenlemiş, sonrasında 2006 yılında bu Model Kanunu revize etmiştir⁵⁵. Model Kanun, tahkim yargılamalarına ilişkin eskimiş milli düzenlemelerin güncellenme çalışmalarında örnek olarak kullanılarak tahkim yeri hukukları arasında öngörülebilir ortak bir düzenleme ortaya çıkması ve milletlerarası tahkim yargılamalarında ortaya çıkan sorunları azaltarak hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacını taşımaktadır⁵⁶. Fakat devletlerin milli düzenleme yaparken Model Kanunu dikkate alma konusunda bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu sebeple Model Kanun milletlerarası alanda bağlayıcı olmayan *soft law*’a örnek olarak gösterilmektedir⁵⁷.

⁵² UNCITRAL Tahkim Kurallarının Türkçe çevirisi için bkz. Ergun Özsunay, **UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle)**, İstanbul, Vedat, 2014, s.1 vd.

⁵³ UNCITRAL Tahkim Kuralları m.1(1): “*Taraflar, sözleşmesel olsun olmasın, belirli bir hukuki ilişki bakımından aralarındaki bir uyuşmazlığın UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre çözüme bağlanacağını kararlaştırmış bulunuyorlarsa, söz konusu uyuşmazlıklar, taraflarca kabul edilecek değişikliklere bağlı olarak işbu Kurallara göre çözümlenir*”.

⁵⁴ UNCITRAL Tahkim Kuralları m.1(3): “*Bu Kurallardan herhangi birinin, tahkime uygulanacak hukukun, tarafların aksine bir çözüm öngöremeyecekleri bir hükmüyle çatışması halinde, o hüküm üstün tutulur*”.

⁵⁵ Model Kanunun İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi, 2019) http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

⁵⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.62; Yılmaz Ejder, **Yasal Düzenleme**, s.6.

⁵⁷ Model Kanunun, tahkim kültürü gelişmemiş ülkeler için bir örnek oluşturabileceği ve fakat hiçbir zaman yeknesaklaştırmayı sağlamayacağı zaten düzenlemenin amacının da bu olmadığı da ileri sürülmüştür. De Ly, **The Place of Arbitration**, s.49; Chang, **a.g.e.**, s.247; Yine Model Kanunun milletlerarası alanda yer alan tahkim düzenlemelerini birleştirmekten çok yeknesaklaştırdığı bu sebeple de aşırı derece ayrıntı içermeyen ve tamamlanmamış bir eser olduğu da söylenmektedir. Yani Model Kanun amacının birbirine benzer, birbiri ile aynı düzenlemeler elde etmek değil, farklı hukuk düzenleri arasında benzer hükümleri tespit etmek olduğu ileri sürülmektedir. Salama, **a.g.e.**, s.86.

Devletler milletlerarası tahkime ilişkin milli düzenlemelerini yaparken Model Kanunu doğrudan milli hukuklarına entegre edebilirler (örneğin Bahreyn ve Azerbaycan), Model Kanundan esinlenebilirler (örneğin Türkiye, İngiltere) veya Model Kanunu tamamen göz ardı edebilirler (örneğin Çin Halk Cumhuriyeti, Suudi Arabistan)⁵⁸. Fakat birçok devletin milli hukuklarına ilişkin düzenleme yaparken Model Kanun hükümlerini dikkate almış olması, Model Kanununu, New York Anlaşmasından sonra milletlerarası ticari tahkim yargılamaları açısından yeknesaklaşmayı sağlayan en önemli aktörlerden biri haline getirmiştir⁵⁹.

Model Kanuna ilişkin düzenleme ilk kez teklif olarak ileri sürüldüğünde, New York Anlaşmasına ek bir protokol olması ve tahkim yeri emredici kurallarına aykırılık sebebiyle hakem kararlarının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesini önleyecek bir yol olarak düzenlenmesi talep edilmiştir. Yani tahkim yargılamasında tarafların Model Kanunun uygulanmasına ilişkin tercihlerinin, milli hukukların üzerinde değerlendirilmesi ve tek sınırlama kriteri olarak adil bir yargılama yapılmış olmasının aranması teklif edilmiştir. Her ne kadar teklif doğrudan kabul edilmese de teklifin içerdiği irade serbestisine önem veren özgürlükçü ruh dikkate alınarak, Model Kanun düzenlemesi yapılmıştır⁶⁰. Model Kanun uyarınca hükümler iki aşamalı bir sistem ile düzenlenerek taraf iradesi öne çıkartılmıştır. Bu sistem uyarınca birçok hükümde, yargılamaya ilişkin hususlar öncelikle tarafların tercihlerine bırakılmış, eğer taraflar konu hakkında bir tercihte bulunmazlar ise konu hakkında bir düzenleme getirilmiştir⁶¹. Yani Kanun, tarafların usule ilişkin unsurları az sayıda emredici kural ile serbestçe düzenleyebileceklerini kabul ederken, genel

⁵⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.63; Waincymer, **a.g.e.**, s.172; Salama, **a.g.e.**, s.85; Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.276.

⁵⁹ Model Kanun, milletlerarası tahkime ilişkin milli düzenlemeler yapılırken 80 ülkede dikkate alınmıştır. Model Kanunu örnek olarak kullanan ülkelerin listesi için bkz. (Çevrimiçi 2019) https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

⁶⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.81.

⁶¹ Model Kanun 3, 10, 11, 13, 17, 17B, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 ve 28 hükümleri bu iki aşamalı sistem ile düzenlenmişlerdir. Binder, **a.g.e.**, s.193.

olarak tahkim yargılamasında ortaya çıkabilecek boşlukları doldurmak amaçlı yedek hukuk kuralları düzenlemiştir⁶².

UNCITRAL tarafından 2016 yılında tahkim yargılamasında ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi açısından tarafların hangi aşamada, nasıl hareket etmeleri gerektiğine dair bağlayıcı olmayan öneriler içeren Tahkim Yargılamasının Yürütülmesine İlişkin UNCITRAL Açıklamaları (UNCITRAL Açıklamaları) yayınlanmıştır⁶³. Açıklamada gerek tarafların gerekse hakem kurullarının, tahkim yargılamasının prosedürünü nasıl daha iyi yürütebileceklerine dair öneriler yer almaktadır. Açıklamada yer alan öneriler, kurumsal veya *ad hoc* tahkimde kullanılabilecektir⁶⁴.

Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association) (IBA) milletlerarası ticari tahkimde kullanılmak üzere birçok düzenleme hazırlamaktadır. Getirilen düzenlemeler bağlayıcı normlar olmaktan öte, tahkim yargılamasında usuli prosedürlerinin nasıl ilerlemesi gerektiğini gösteren, yol gösterici düzenlemelerdir. Tahkim yargılamasında taraflar, istemeleri halinde ilgili düzenlemeleri tahkim anlaşmalarının bir parçası haline getirerek düzenlemeleri bağlayıcı hale getirebilmektedirler. Fakat düzenlemelerin hazırlanırken milletlerarası alanda genel kabul edilen kriterleri göz önünde bulundurmaları ve milletlerarası alanda uygulanmalarının yaygın olması, düzenlemelerin tahkim yargılamalarında usuli prosedürlerin yeknesaklaştırılmaları konusunda önemli bir yere sahip olmasına sebep olmaktadır. Bu düzenlemelerden tahkim yargılamalarında usuli konular hakkında düzenleme getiren en önemlileri 1987 tarihli Milletlerarası Hakemler için IBA Etik Kuralları (IBA Etik Kuralları), 2010 tarihli Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları (IBA Kuralları), 2013 tarihli Milletlerarası Tahkimde Tarafların Temsiline İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri (IBA Kılavuz) ve 2014 tarihli

⁶² Kaplan, **Usul**, s.79; Aygöl, **a.g.e.**, s.49; Model Kanun İngilizce 19(1) hükmü: “*Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings*”.

⁶³ İngilizce metin için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>.

⁶⁴ Aygöl, **a.g.e.**, s.22.

Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA İlkeleridir (IBA İlkeleri)⁶⁵.

Amerikan Hukuk Enstitüsünün (ALI) UNIDROIT ile birlikte hazırladıkları 2004 tarihli Uluslararası Medeni Yargılama İlkeleri (UNIDROIT İlkeleri), farklı ülke hukuklarında yer alan medeni yargılama ilkeleri arasında yer alan farklılıkları, milletlerarası uyumsuzlukları dikkate alarak azaltmayı amaçlayan bir düzenlemedir⁶⁶. UNIDROIT İlkeleri, devletlerin iç hukuklarında düzenleme ve yenilik yaparken dikkate alabilecekleri milletlerarası bir araç olarak düzenlenmiştir. Düzenlemenin uygun düştüğü ölçüde tahkim yargılamaları için de geçerli olacağı kabul edilmiştir. Düzenlemenin, özellikle milletlerarası alanda kabul edilmiş adil yargılanmaya ilişkin hükümleri, tahkim yargılamalarının usulüne ilişkin tarafların sahip oldukları irade serbestisi değerlendirilirken göz önünde bulundurulabilecektir.

Milletlerarası tahkime ilişkin milletlerarası alanda yer alan farklı uygulamaların yeknesak hale getirilmesine ilişkin en önemli çalışmalardan biri de Prag Kurallarıdır (The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration)⁶⁷. Kurallar kapsamında tahkim yargılamasının usulüne ilişkin; belge ibrazına, tanıklara, bilirkişilere, hakemlerin yargılamayı yürütmelerine ve uzlaşmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Prag Kuralları, milletlerarası uygulamaların bir araya getirilmesini amaçlarken aksi taraflarca kabul edilmedikçe doğrudan tahkim yargılamasının usulüne uygulanan kurallar olarak kabul edilemeyeceklerdir⁶⁸.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında uygulanmak üzere, milletlerarası kurumlarca hazırlanan tahkim kuralları da tarafların irade serbestileri hakkında

⁶⁵ IBA Etik Kuralları Türkçe çevirisi için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <https://www.trans-lex.org/701100>; IBA Kuralları, IBA Kılavuz ve IBA İlkeleri Türkçe çevirileri için bkz. (Çevrimiçi, 2019) https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

⁶⁶ İngilizce metin için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>.

⁶⁷ Kurallar için bkz. (Çevrimiçi, 2019) https://praguerules.com/prague_rules/.

⁶⁸ Ziya Akıncı, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 40, S.1, 2020, s.481-495, (Prag Kuralları), s.486.

düzenlemeler getirmektedirler ve milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli konularda irade serbestilerinin nasıl kısıtlanması gerektiğine dair doktrinin oluşmasında önemli etkiye sahiptirler. Bu kurallardan en popüler ve etkili olanı son olarak 2017’de değişikliğe uğramış hali ile 1 Mart 2017 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından hazırlanan Tahkim Kurallarıdır (ICC Tahkim Kuralları)⁶⁹. ICC Tahkim Kuralları uyarınca tarafların tahkim yargılamasının usulünü belirlemede irade serbestisine sahip oldukları ve sadece sınırlı sayıda emredici kural ile irade serbestilerinin kısıtlanabileceği kabul etmektedir.

ICC, Tahkim Kuralları haricinde farklı düzenlemeler ile de tahkim yargılamasının nasıl yürütülmesi gerektiğine veya tahkim yargılamasının nasıl daha etkili yürütülebileceğine dair çalışmalar yapmaktadır. Örneğin 2007 tarihli Tahkim Yargılamasında Zaman ve Gider Kontrolüne İlişkin Teknikler isimli düzenlemesi, tarafların tahkim yargılaması hakkında etkili tercihler yapmalarını sağlayarak tahkim yargılamasının etkinliğini arttırmayı amaçlamaktadır⁷⁰. Bu düzenleme, ICC Tahkim Kurallarının yeniden değerlendirilmesine ve Tahkim Kurallarının 2012 yılında revize edilmesine vesile olmuştur.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasındaki en önemli aktörlerden biri ICC ve ICC Tahkim Kurallarıdır. Hatta ICC, Tahkim Kurallarını revize ettiği zaman diğer kurumlar da aynı doğrultuda kurallarını revize etmektedirler⁷¹. Bu sebeple diğer kurumların kurallarının ICC Tahkim Kurallarına benzediklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kurumlara ve kurallarına örnek olarak; Londra Tahkim Kurumu Kuralları (LCIA Kuralları), Amerikan Tahkim Birliği Kuralları (AAA Kuralları) ve Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Kuralları (ICDR Tahkim Kuralları), Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu Kuralları (CIETAC) Kuralları, Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (SIAC) Tahkim Kuralları, Stockholm

⁶⁹ ICC Kuralları Türkçe çevirisi için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-Rules-2014-mediation-Rules-turkish-version/>.

⁷⁰ İngilizce metin için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/>.

⁷¹ Hanotiau, **a.g.e.**, s.95.

Ticaret Merkezi Kuralları, Bitkisel Yağ Sektörü Kuralları (FOSFA) verilebilecektir⁷². Yine İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Tahkim Kuralları da tarafların irade serbestileri hakkında güncel düzenlemeler getirmektedir⁷³.

D. Milli Düzenlemeler

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerinin sınırlarını belirleyen en kritik unsurların, tahkim yeri hukuku milli düzenlemelerinden geldiği söylenebilecektir. Mülkilik teorisi genel olarak kabul görüp uygulandığından, tahkim yeri olarak belirlenen yer hukukundan gelen sınırlamalar tahkim yargılamasının ve tarafların irade serbestileri üzerinde etkili olmaktadır⁷⁴. Milletlerarası tahkim yargılamasında tarafların tahkim yargılamasının gerçekleşeceği yeri belirlemede sınırsız bir irade serbestisine sahip oldukları söylenebilecekken, bir kez tahkim yeri belirlendikten sonra o tahkim yeri hukuku ve emredici hükümleri tarafların iradeleri üzerinde önemli kısıtlamalara sebep olacaktır.

Milli düzenlemelerin genel olarak milletlerarası tahkim yargılamasının prosedürüne uygulanacak emredici kurallar hakkında çok ayrıntılı düzenlemeler yapmadıkları, tarafların iradelerine öncelik tanıdıkları, sadece temel kabul edilen ilkeler (adil yargılanma, insan hakları vb.) dahilinde tarafların iradelerine sınırlamalar getirdikleri söylenebilecektir⁷⁵. Fakat bu durum, tahkim dostu ülkelerde dahi tahkim yargılamasına müdahale eden kimi özel emredici düzenlemelerin var olmadığı anlamına gelmemektedir. Milli düzenlemelerin tahkim yargılaması üzerine getirdikleri emredici kurallar genellikle; hakem kararlarının iptali, hakemlerin belirlenmesinde mahkemelerin yardımı, *kompetenz-kompetenz*, adil yargılanmaya ilişkin hükümler, tahkimin süresine ilişkin hükümler, tahkim yargılamasının gizliliği,

⁷² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.650 dn.652; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.7.

⁷³ ISTAC Tahkim Kuralları için bkz. (Çevrimiçi 2020) <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/tahkim-kurallari/>.

⁷⁴ Born, **a.g.e.**, s.1536.

⁷⁵ Böckstiegel, **Efficient Procedure**, s.50; Born, **a.g.e.**, s.1532; Devletler, tahkim yeri olarak kendi ülkelerinin seçilebilmesi için özellikle tarafların tahkim yargılamasını şekillendirebilmelerine yönelik, tarafların irade serbestilerini destekleyen, özgürlükçü düzenlemeler yapmaktadırlar. Berger, **Autonomy**, s.3.

tahkim yargılamasına katılma, tahkim yargılamasında yapılacak keşif, tahkim yargılamasında dinlenilecek tanıklar, tahkim yargılamalarında kullanılacak yemin, mahkeme veya hakem kurulunca karar verilebilecek geçici önlemler, hakem kararlarının yayımlanması ve düzeltilmesine ilişkin hususlar, hakemlerin yetki ve görevleri, temsilcilerin yetki ve görevleri hakkındadır⁷⁶.

Milli düzenlemelerin getirdiği sınırlamaların belirli sayıda ve benzer olmasındaki sebep, bu düzenlemeler hazırlanırken milletlerarası alanda kabul edilen anlaşmalar (New York Anlaşması vb.) veya çeşitli çalışma gruplarının önerilerinin (Model Kanun vb.) dikkate alınmasıdır. Özellikle milletlerarası alanda tartışılan adil yargılanmaya ilişkin hususların genel geçer hale gelmeleri, milli düzenlemelerin benzer standartları sağlamak için güncelleme yapmalarına sebep olmaktadır. Bu sebeple, her ne kadar milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına uygulanan genel milletlerarası tahkim usul kuralları olmasa da birbirine benzer nitelikte iç hukuk düzenlemeleri bulunmaktadır.

Tahkim yargılamalarına ilişkin milli düzenlemeler yapılırken ayrımcı ve sadece kendine has düzenlemeler yapılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Tarafların tercihlerine rağmen sadece belirli nitelikteki kişilerin hakem olarak seçilebilmeleri, kurumsal tahkimin yasaklanması, *ad hoc* tahkimin yasaklanması, milli usul hukuku kurallarının milletlerarası ticari yargılamalarında uygulanması gibi kısıtlayıcı ve milletlerarası alanda yer alan genel kısıtlamalara aykırı düzenlemelerden öte; tahkim yargılamasını süre olarak kısıtlayan, hakem sayısının tek olmasını zorunlu kılan, adil yargılanmaya ilişkin hususların ön plana çıktığı düzenlemelerin emredici olarak devletlerce dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁷⁷. Bu sayede milletlerarası tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler hakkında var olan birlik güçlenecek ve milletlerarası alanda ortaya çıkan ihtilafların azaltılması sağlanabilecektir.

⁷⁶ Born, **a.g.e.**, s.1582.

⁷⁷ Born, **a.g.e.**, s.1559.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına ilişkin milli düzenlemeler incelendiğine taraflara tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku veya prosedürleri seçme konusunda bir özgürlük tanındığı görülmektedir⁷⁸. Genel olarak milli düzenlemeler, mülkîlik teorisini esas almakta ve fakat tahkim yeri olarak kendi ülkeleri belirlendiğinde, kendi usuli kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmamaktadırlar. Taraflar, tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri dahilinde istedikleri hukuk ve kurallar ile tahkim yargılamalarının yürütülmesine karar verebilmektedirler. Fakat milli düzenlemeler, genel olarak, taraflara tahkim yargılamasının usulüne ilişkin unsurları düzenleme yetkisi verirken, tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan ilişkisini düzenleme imkânını tanımamaktadırlar⁷⁹.

E. Lex Proceduralia

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde uyuşmazlığın esasına uygulanması için geliştirilen *lex mercatoriaya* paralel, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak kurallara ilişkin bir *lex proceduralianın* var olduğu ve geliştiği doktrinde savunulmaktadır⁸⁰. *Lex proceduralianın* niteliğinin ve kapsamının açıklanmasından önce, kısaca milletlerarası alanda genel kabul görmüş *lex mercatorianın* niteliğinin ve kapsamının ve yeni bir doktrin olan *lex proceduralia* ile farklarının açıklanması, *lex proceduralianın* anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

Milletlerarası ticaret alanında ortaya çıkan problemlerin gerek milli hukuk sistemleri ile gerekse var olan kanunlar ihtilafı kuralları ile çözümlenememesi, uyuşmazlıklara uygulanacak başka bir hukuk sisteminin aranmasına sebep olmuştur. Bu amaçla milletlerarası ticaret camiası tarafından milletlerarası işlemlere

⁷⁸ Milletlerarası alanda çok az sayıda olmak üzere, taraflara tahkim yargılamasının usulü hakkında irade serbestisi tanımayan düzenlemeler bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu milli düzenlemelere kimi Latin Amerika ülkelerinde rastlanırken, bu düzenlemeler tahkim usulünü, zaman çizelgeleri, hakem yükümlülüklerini ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedirler. Fakat bu düzenlemelerin, günümüzde kabul edilen milletlerarası ticari tahkim geleneğine ve düzenlemelerine aykırılık teşkil ettikleri de genel olarak kabul edilmektedir. Born, **a.g.e.**, s.2144.

⁷⁹ Born, **a.g.e.**, s.1612; Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.112.

⁸⁰ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.8; Strong, **a.g.e.**, s.1089 dn.291; Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.115; Draetta, **a.g.e.**, s.331.

uygulanması için geliştirilen maddi hükümler ile ticari adet ve teamüllerin bütününe *lex mercatoria* adı verilmiştir⁸¹. *Lex mercatorianın*, bütün hukukların üzerinde yüzen bir hukuk olduğu (“floats above all jurisdiction”) ve birçok milli hukukta yer alan unsurları kapsadığı kabul edilmektedir⁸².

Milletlerarası alanda *lex mercatorianın* bağlayıcılık gücüne ilişkin doktrinde bir tartışma bulunmaktadır. Her ne kadar doktrinde *lex mercatorianın*, milli hukuk sistemlerinden farklı, müstakil bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan bir görüş ve uluslararası ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak milli hukuklarla birlikte, milli hukukun bir parçası olarak uygulanması gerektiğini savunan bir görüş bulunsada esas olarak, *lex mercatorianın* bağımsız bir hukuk olarak kabul edilmese de bağımsız bir hukuk gibi esasa uygulanabileceği ve bağlayıcı gücünü milli hukuklardan değil doğrudan uluslararası alanda gördükleri kabulden aldığı kabul edilmektedir⁸³.

Lex mercatoria, tahkim yargılamasının esasına uygulanacak kurallara ilişkin prensipleri içerirken, tahkim yargılamasında tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkim yargılamasına uygulanacak prosedürler gibi usuli konularda düzenleme içermemektedir⁸⁴. Zaten her ne kadar usul hukukuna ilişkin kimi hükümler *lex mercatoria* kapsamında sayılırsalar da *lex mercatorianın* ticari uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuk hakkında olduğu ve usule ilişkin unsurları kapsamadığı doktrinde haklı olarak savunulmaktadır⁸⁵.

Lex mercatoria milli hukuklar haricinde, milli hukukların yarattığı problemlerden kaçabilmek amacıyla oluşturulmuş bir kurumdur. *Lex mercatoria* milletlerarası alanda yer alan unsurların yeknesak bir düzenlemesi olarak kabul edilebilse de esas amacının, milletlerarası ticaret hayatında ortaya çıkan sorunların var olan sistemlerden daha esnek bir sistem ile çözümlenmesi olduğu

⁸¹ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.454; Akıncı, **Tenfiz**, s.61; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.814 dn.451; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.80; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.6.

⁸² Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.5.

⁸³ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Ayoğlu, **a.g.e.**, s.29 vd.; Draetta, **a.g.e.**, s.329.

⁸⁴ Smit, **A-National**, s.632.

⁸⁵ Ayoğlu, **a.g.e.**, s.158.

unutulmamalıdır. *Lex mercatoria* ile *lex proceduralianın* arasındaki en temel ayrım da burada ortaya çıkmaktadır. *Lex proceduralia* ile milli düzenlemeler haricinde ayrı bir hukuk yaratma amaçlandığının söylenmesi oldukça zordur. *Lex proceduralianın* amacının tahkim yargılamasının usulünün denetlendiği asgari standartların oluşturulması ve belirlenmesi olduğu söylenebilecektir. *Lex proceduralianın*, *lex mercatoria* gibi, harici bir hukuk olarak seçilebileceğinin söylenmesi oldukça zordur.

Lex proceduralianın tam bir tanımının yapılması, *lex proceduralianın* kapsamanın veya hangi ilkelerin *lex proceduralianın* parçası olduğunun net bir şekilde belirlenmesi teknik olarak mümkün değildir. *Lex proceduralia* tabiri hakkında bir açıklama yapılması gerekir ise milletlerarası alanda yer alan adil yargılanmaya ilişkin usuli standartların kastedildiği söylenebilecektir. *Lex proceduralia*, doktrinde farklı isimlerle de tanımlanmaktadır. Örneğin *lex proceduralia*, *lex mercatoriaya* paralel gelişen usul hukuku olduğu için, *lex mercatoria arbitralis* olarak isimlendirilmektedir⁸⁶. Yine, *prosedürel lex mercatoria* veya *lex mercatoria processualis*, *lex proceduraliayı* ifade etmek için kullanılmaktadır⁸⁷.

Milletlerarası alanda yer alan usuli kuralların ve uygulamaların, hukuklar arasında farklılık göstereceği düşünülse de milletlerarası uyumsuzluklar incelendiğinde ortaya çıkan problemlerin ve tarafların menfaatlerinin benzer oldukları fark edilebilecektir. Bu durumun, dünyada var olan hukuki kültür ve eğitimin benzer oluşundan veya insanoğlunun ortak mirasından kaynaklandığı düşünülmektedir⁸⁸. Düzenlemelerin zaman içerisindeki oluşumları da birbirlerine benzemekle birlikte, esas olarak, milletlerarası alanda yapılan düzenlemelerin milli düzenlemeleri etkilemeleri, usuli konularda getirilen sınırlamaların birbirlerine benzemesine sebep olmaktadır⁸⁹. Düzenlemeler yapılırken esas alınan prensiplerin de

⁸⁶ Ayoğlu, **a.g.e.**, s.158; Yazar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukukun *lex proceduralia* olarak tanımlanacağını söylemiştir. Ayoğlu, **a.g.e.**, s.108. Çalışmamız kapsamında *lex proceduralia* tabiri ile sadece tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk değil, *lex mercatoriaya* paralel gelişen ve milletlerarası alanda yer alan usule ilişkin standartlar kastedilmektedir.

⁸⁷ Draetta, **a.g.e.**, s.329.

⁸⁸ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.5.

⁸⁹ Strong, **a.g.e.**, s.1087; Hanotiau, **a.g.e.**, s.93.

benzer olması yapılan düzenlemelerin birbirlerine benzemesine sebep olmaktadır⁹⁰. New York Anlaşması ile usuli standartların, taraf devletler açısından ortak bir seviyeye taşındığı söylenebilecektir. Yine Model Kanunun veya IBA Kuralları gibi milletlerarası alanda yer alan düzenlemelerin başarısının, milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına ilişkin usuli bir birliktelik sağladığı görülmektedir⁹¹. Milletlerarası hakem kararlarının yayınlanması, hakemlerin kararlarını verirken diğer hakem kararlarına dayanması da bu usuli birlikteliği desteklemektedir⁹². İşte *lex proceduralia*, bu birlikteliğin sonucunda doğmuş bir kavramdır.

Milletlerarası alanda yer alan ve bağlayıcı olmayan *soft law* kurallar ile milletlerarası tahkimin usulüne ilişkin getirilen düzenlemelerden gelen hükümlerin, *lex proceduralianın* hükümlerini oluşturduğu söylenebilecektir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan kamu düzenine ve adil yargılanmaya ilişkin hususlarla birlikte milletlerarası alanda kabul edilen ilkeler de *lex proceduralianın* parçalarıdır. Burada sayılan unsurlarla sınırlı olmamakla birlikte şu unsurların *lex proceduralianın* temel ilkeleri ve parçaları oldukları söylenilebilecektir; adil yargılanma hakkı, iddia sahibinin iddiasını ispatlama hakkı, hayatın olağan akışı ve ilk bakışta ispat, iletişim olarak e-maillerin kabul edilmesi, sulh için yapılan görüşmelerde yapılan tekliflerin delil olarak kullanılamaması, tahkim şartının geçerliliğinin esas sözleşmeden ayrı olması, hakemlerin kendi yetkilerine karar verebilme yetkileri, gizlilik yükümlülüğü, kimsenin kendi yaptığı yolsuzluk üzerine savunmasını kuramayacağı, kişinin daha önceki eylemlerinin aksini teşkil eden argümanlarının kabul edilemeyeceği ve kimsenin kendi geçmiş eylemleri ile çelişmeyeceği ilkesi⁹³.

Lex proceduralianın tam olarak kapsamının ve tanımının yapılamamasının ortaya çıkardığı sorun, *lex proceduralianın* kaynaklarının belirlenmesinde de kendisini göstermektedir. *Lex proceduralianın* kaynakları; New York Anlaşması,

⁹⁰ Hukuklar arasında yer alan kimi farklılıkların ise anayasal hakların farklı yorumlanmasından kaynaklandığı kabul edilmektedir. Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.547.

⁹¹ Paulsson, **Idea**, s.179; Ayoğlu, **a.g.e.**, s.159.

⁹² Berger, **Autonomy**, s.11.

⁹³ Ayoğlu, **a.g.e.**, s.159-160; Petrochilos, **a.g.e.**, s.123 dn.61.

insan haklarına ilişkin düzenlemeler, milletlerarası alanda var olan bağlayıcı olmayan kurallar ve usule ilişkin milli düzenlemelerden gelen temel prensipler olarak doktrinde dört başlık altında sayılmıştır⁹⁴. New York Anlaşmasına taraf ve Anlaşmada yer alan hususları örnek alarak milli düzenleme yapan devletlerin çokluğu ve uygulamada mahkemelerce New York Anlaşmasına ilişkin kararların fazla oluşu, New York Anlaşmasını *lex proceduralianın* ana kaynaklarından biri halinde getirmektedir. Ardından, insan haklarına ilişkin getirilen düzenlemeler yer almaktadır. Her ne kadar insan haklarına ilişkin düzenlemeler çoğu zaman doğrudan tahkim yargılamalarına ilişkin olmasalar da adil yargılanmaya ilişkin getirdikleri düzenlemelerin tahkim yargılamaları için de geçerli oldukları kabul edilmektedir. Özellikle AIHM tarafından verilen kararların *lex proceduralianın* somut kaynaklarından olduğu söylenebilecektir. New York Anlaşması ve insan haklarına ilişkin verilen kararlar gibi milletlerarası kurumların verdikleri kararalar, örneğin ICC hakem kararları da *lex proceduralianın* kaynağı olarak kabul edilebileceklerdir. Bu kaynakların ardından milletlerarası alanda yer alan tahkim yargılamasını ilgilendiren bağlayıcı olmayan *soft law* düzenlemeleri de *lex proceduralianın* kaynaklarını oluşturmaktadır. Gerek Birleşmiş Milletler gibi kurumların hazırlamış olduğu gerekse Uluslararası Barolar Birliği gibi özel kurumların hazırlamış olduğu düzenlemeler *lex proceduralianın* somut kaynaklarını oluşturacaklardır⁹⁵. *Lex proceduralianın* kaynakları arasında son olarak milletlerarası alanda usuli olarak kabul edilmiş prensiplerin olduğu söylenebilecektir⁹⁶. Özellikle gerçek milletlerarası kamu düzeninin usule ilişkin temel hükümler ve uygulanması genel kabul görmüş emredici hükümlere ilişkin temel prensipler, *lex proceduralianın* somut olmayan kaynakları olarak sayılabilecektir.

Lex proceduralianın kaynakları olarak sayılabilecek unsurlar arasında bir hiyerarşinin olduğunu söylemek zordur. Bununla birlikte somut kaynakların, yani anlaşma ve düzenlemelerin, soyut kaynaklara göre, yani genel kabul edilen ilke ve

⁹⁴ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.11.

⁹⁵ Örneğin IBA Etik Kuralları, IBA Kuralları, IBA Kılavuz ve İlkeleri *lex proceduralianın* kaynakları olarak gösterilebileceklerdir. Draetta, **a.g.e.**, s.331.

⁹⁶ Draetta, **a.g.e.**, s.330.

kurallara göre tespitinin kolay olması bu düzenlemeleri daha önemli kaynaklar haline getirmektedir⁹⁷.

Milletlerarası alanda usule ilişkin kuralların hangilerinin *lex proceduralianın* parçası olacağı konusunda da bir kesinlik bulunmamaktadır. Kimi hususların genel kabul edilen hususlar olduğunun söylenmesi daha kolayken kimi durumlarda her bir kural veya ilke için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Konu hakkında doktrinde kimi testler de ileri sürülmüştür. Bir kuralın *lex proceduralia* kapsamında kabul edilebilmesi için birçok milli düzenlemede benzer bir düzenlemeye sahip olması ve milletlerarası alanda genel kabul görmesi aranabilecektir. Bir hususun milletlerarası alanda genel kabul görüyor oluşuna da milletlerarası anlaşmalarda ilgili hususun düzenlenmesi gerekçe olarak gösterilmektedir⁹⁸. Fakat uygulamada her bir kural veya ilke hakkında, ayrı bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

Lex proceduraliaya ilişkin hususların bir ana kaynak olmadıkları bu sebeple taraflarca tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak belirlenemeyecekleri, sadece ilgili hukukun uygulanması sırasında sınırlama yapan genel ilkeler oldukları kabul edilmektedir. Her ne kadar *lex proceduraliaya* uygun hareket etmenin hukuki bir uygulama dayanağının olmadığı iddia edilebilecekse de *lex proceduralia* kapsamındaki kural ve ilkelerin genel kabul edilen kural ve ilkeler olmaları ve herhangi bir hukuki düzenlemede yer alacak olmaları, *lex proceduraliaya* tabi kuralların tahkim yargılamasında mutlaka değerlendirilmeleri gerektiğini göstermektedir. Tahkim yargılamasının usulü mutlaka bir hukuka tabi olacaktır. Bu hukuk, tahkim yeri hukuku olabileceği gibi tenfiz yeri mahkemesi hukuku da olabilecektir. *Lex proceduraliaya* uyma yükümlülüğü de tahkim yeri emredici kurallarından gelebilecekleri gibi tenfiz yeri ülkesi kamu düzeninden de gelebilecektir. Ayrıca, *lex proceduraliaya* tabi hükümlerin milletlerarası alanda genel kabul görmesi, bu hükümlerin uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak uygulanmasını da sağlayabilecektir⁹⁹.

⁹⁷ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.11.

⁹⁸ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.15.

⁹⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.110.

IV. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİN SINIRLANDIRILMA KRİTERLERİ

A. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında taraflar, tahkim yargılamasına uygulanacak usule, irade serbestisi kapsamında karar verebileceklerdir. İrade serbestisinin kapsamı ise birçok farklı kriter ile sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlar, kaynaklarına göre tarafların tercihleri ve tahkim yargılaması üzerinde farklı etki göstermektedirler.

Milletlerarası ticari tahkimde irade serbestisinin sınırlarını oluşturan kısıtlamalar, genel olarak irade serbestisinin dış sınırını oluşturmaktadırlar. Milletlerarası tahkim irade serbestisinin en geniş şekilde değerlendirildiği kurum olduğu için, tahkimde irade serbestisini sınırlayan hususların irade serbesti ilkesinin en dış sınırları olduğu söylenilebilecektir¹⁰⁰. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkimde irade serbestisinin değerlendirilmesi aslında irade serbesti ilkesinin genel sınırlarının değerlendirilmesi anlamına da gelmektedir.

Tahkim yargılamasında tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayan unsurların gerek milletlerarası düzenlemelerde gerekse milli düzenlemelerde benzerlik taşıdığı ve hangi hukuk veya kurallar tercih edilirse edilsin, bu hususların irade serbestisini kısıtlayacağı söylenebilecektir. Kriterler hakkında yer alan konsensüs, usule ilişkin düzenlemelerin uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduklarını da göstermektedir¹⁰¹.

¹⁰⁰ Strong, **a.g.e.**, s.1103.

¹⁰¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.110.

Milletlerarası tahkim yargılamasında usule ilişkin getirilen sınırlamalar, çoğunlukla iç hukukta adil yargılanmayı sağlamayı hedefleyen, amaçları ve nitelikleri milli hukuka, mahkemelerde yapılan yargılamalara ilişkin düzenleme getirmek olan tedbirlerdir¹⁰². Her ne kadar bu sınırlamaların benzerleri milletlerarası alanda tahkim yargılamaları için düzenlenmiş olsalar da sınırlamalar ilk olarak mahkeme yargılamaları için getirildiğinden, yorumlanmaları da tahkim kurumunun özellikleri göz önüne alınmadan mahkeme yargılamalarında kullanıldıkları gibi yapılmaktadır. Bu sebeple, sınırlamaların milli hukuka tabi niteliklerinin milletlerarası tahkim yargılamasında sorun çıkartabilecekleri, doğrudan kabul edilmeleri yerine, tahkim hukuku kapsamında yeniden değerlendirilmeleri gerektiği kabul edilmektedir.

Tahkim yargılamasında usuli konularda irade serbestisine getirilen sınırlamaların, tarafların, mahkeme yargılamasında tabi oldukları sınırlamalardan ne kadar farklı olabileceği de doktrinde tartışılmıştır. Kriterlerin korumaya çalıştıkları amaçların, hem iç hukuklarda hem de tahkim yargılamasında aynı olduğu göz önüne alınınca, konu hakkında yapılacak yorumların benzer olabileceği aşıkardır¹⁰³. Fakat, tahkim yargılamasının, mahkeme yargılamasından öz olarak farklı olduğu göz önünde bulundurulduğunda sınırlama ve usuli garantilerin, tahkim yargılaması ile elde edilmeye çalışılan etkili ve alternatif yargılama yolu niteliğini zedelememesi gerekmektedir. Örneğin, adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin tahkim yargılamasında da dikkate alınmaları gerektiği kabul edilse de bu hususların mahkeme yargılamasından farklı değerlendirilmesi gerektiği bir gerçektir. Milletlerarası tahkimin milletlerarası niteliği dikkate alındığında adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin, iç hukuka kıyasla, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında daha kısıtlı bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilebilecektir¹⁰⁴. Doktrinde özellikle adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin tahkim yargılamasında hassas olarak değerlendirilmesi gerektiği dillendirilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰² Strong, **a.g.e.**, s.1082.

¹⁰³ Strong, **a.g.e.**, s.1085.

¹⁰⁴ Park, **Procedural Integrity**, s.678.

¹⁰⁵ Bantekas, **a.g.e.**, s.162.

Milletlerarası ticari tahkimde kullanılan yöntemlerin değişmesi, adil yargılanmaya ilişkin unsurların da değerlendirilmesinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Özellikle, teknolojik gelişmeler sonrası uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde meydana gelen değişiklikler veya ortaya çıkan yeni uygulamalar, adil yargılanmaya ilişkin unsurların farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir. Örneğin, online tahkim yargılamalarına ilişkin yapılan çalışmalarda veya düzenlemelerde, online tahkimde bir durumun tarafların savunma hakkını ihlal edip etmeyeceğine ilişkin yapılacak değerlendirmenin normal tahkim yargılamalarında yapılan değerlendirmeden daha hafif olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bu durum, online tahkim yargılamalarında tarafların savunma haklarından vazgeçebilecekleri veya tarafların eşit yargılanma haklarına sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Sadece online tahkim yargılamalarında, adil yargılanmaya için aranacak unsurların normal bir tahkim yargılamasında aranan unsurlar ile aynı olmayabileceği ve tarafların savunma hakkına ilişkin getirilen her kısıtlamaların da hakkaniyete aykırı olmayabileceği anlamına gelmektedir.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarında usuli irade serbestilerinin sınırları incelenirken bu sınırlar, prensipler ve kurallar olarak iki başlık altında toplanabilecektir. Tahkim yargılamalarında tarafların iradelerini kısıtlayan prensiplerin, farklı hukuk düzenlemelerinden gelen farklı hükümlerin ortak amaçlarını kapsayan hususlar olduğu söylenilebilecektir. Milli veya milletlerarası düzenlemeler yapılırken adil yargılamalara ilişkin genel kabul gören ortak ilkeler usuli prensipleri oluşturmaktadırlar. Bu sebeple prensiplerin, ulaşılmaya çalışılan adil yargılanma sistemine ilişkin ortak amaç ve tutumları yansıttığı söylenebilecektir. Prensipler, usuli adaletin sağlanması amacıyla varılan hukuki teorilerin somutlaştırılmış halleri olarak düşünülebilecektir. Prensipler genel kabul edilen ilkeler olduğundan, uygulanmaları konusunda herhangi bir hukuki dayanağa sahip olmadan, meşru geçerlilikleri kabul edilen hususlardır¹⁰⁷. Milletlerarası alanda yer alan usuli prensiplere karşılık taraf iradesini kısıtlayan kurallar ise tahkim

¹⁰⁶ Baert, **a.g.e.**, s.56.

¹⁰⁷ Robert Kolb, "General Principles of Procedural Law", **The Statute of The International Court of Justice: A Commentary**, Editörler Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Oxford, Oxford University Press, 2006, s.793-835, s.795.

yargılamasının tabi olduğu hukuktan gelen, taraflarca uyulması tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olmaları sebebiyle zorunlu olan milli veya milletlerarası somut hukuki düzenlemelerdir. Kurallar, düzenlendikleri hukuk sisteminde belirli ve kesin görevler yerine getirirler. Kurallar belirli bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için özel olarak düzenlendikleri için kapsamaları dar ve tespitleri kolaydır¹⁰⁸.

Prensipler ve kurallar arasında kesin bir ayrım yapılması zordur. Bir prensip, kural olarak düzenlenebileceği gibi bir kural da tamamen prensibin özelliklerini taşıyabilecektir. Fakat iki kavram arasındaki temel farklılıklar ortaya koyulabilecektir. Öncelikle prensipler genel kabul görmüş ilkeleri yansıtırken, kurallar belirli bir amacı yansıtmaktadırlar. Bu sebeple prensiplerin kurallar gibi tespit edilmeleri veya tespit edilseler de kapsamlarının belirlenmesi kolay değildir. Prensipler ilgili uyuşmazlığa göre değişiklik gösterebilmekteyken kurallar ya hep ya hiç mantığı ile uyuşmazlıklara uygulanırlar. Yani, prensiplerin yorumlanması daha serbestken, kuralların yorumlanması daha kısıtlıdır. Prensipler zamanla daha kolay değişirken, kuralların ihtiyaçlar kapsamında değişimleri daha yavaştır. Prensiplerin uygulanma dayanakları bir topluluk uyarınca ne kadar kabul gördüklerine göre belirlenirken, kurallar tabi oldukları hukuklar uyarınca uygulanırlar¹⁰⁹.

Esas olarak prensipler ve kuralların birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları söylenebilecektir. Prensiplerin kuralların uygulanması konusunda iki temel işlevinin olduğundan bahsedilebilecektir. Prensipler öncelikle kuralların dar ve katı yorumlanmasını önleyerek kuralların düzenlenme amaçlarına uygun yorumlanmalarını sağlarlar. Bu bakımdan prensiplerin kuralların uygulanmalarını kolaylaştırdıkları söylenebilecektir. İkinci olarak prensipler, adil yargılanmaya ilişkin ortaya çıkan ihtiyaçlar kapsamında var olan kuralların değişmesine veya yeni kurallar düzenlenmesini sağlarlar. Yani prensipler, kurallar ile ulaşılmaya çalışılan adil düzen arasında hem kuralların yorumlanması hem de güncellenmesi açısından bir köprü olarak görev yapmaktadırlar.

¹⁰⁸ Kolb, **a.g.e.**, s.795.

¹⁰⁹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.13.

Prensiplerin belki de en önemli fonksiyonları, hukuki meşrutiye kazanmaları için kuralların kapsamlarını genişletebilmeleridir¹¹⁰. Uygulamada her bir prensip kural olarak düzenlenmemektir ve fakat düzenlenen kurallar birçok prensibi kapsamaktadır. Bu durum prensiplerin, kuralların düzenlenme amaçları doğrultusunda geniş yorumlanmalarını sağlamalarından kaynaklanmaktadır. Örneğin, bir hukuki düzenlemede sadece taraflara eşit imkânlar sağlanması gerektiği düzenleniyor ise bu kuralın, tarafların savunma haklarını veya makul süre içinde yargılanma hakkını da kapsadığı kabul edilmektedir. Sadece tarafların eşitliği ilkesinden bahsedilmesi diğer prensiplerin aranmayacağı anlamına gelmemektedir¹¹¹. Bu sebeple, mevcut kuralların prensipler ışığı altında değerlendirilmeleri gerekmektedir.

Çalışmamız kapsamında öncelikle tarafların tahkim yargılamalarında irade serbestilerinin kısıtlanmasına sebep olan prensipler ardından irade serbestisini kısıtlayan kurallar değerlendirileceklerdir. Unutulmamalıdır ki bahsi geçen prensipler, kuralların var olma amaçlarını yansıtmaktadırlar. Prensipler ve kurallar arasındaki bu amaç ortaklığı, her bir kurum hakkında ayrıntılı bir ayırım yapılmasını zorlaştırmaktadır. Her ne kadar her bir başlık altında farklı hususların değerlendirilmesine özen gösterilse de kimi noktalarda tekrarların olması konunun özünden kaynaklanmaktadır.

¹¹⁰ Kolb, **a.g.e.**, s.795 dn.4.

¹¹¹ Örneğin MTK 15(1)(g) hükmü uyarınca hakem kararlarının iptal edilmesi için, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğinin ispatlanması gerekmektedir. Bu düzenlemenin sadece tarafların eşitliği ilkesi hakkında olmadığı, adil yargılanmaya ilişkin diğer unsurların da hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bozkurt, **a.g.e.**, s.387.

B. Milletlerarası Ticari Tahkimde Usuli Konularda İrade Serbestisini Sınırlayan Prensipler

1. Kamu Düzeni

a) Kamu Düzeni Kavramının Tanımı

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararları, sadece karar lehine veya aleyhine çıkan tarafları değil bir bütün olarak toplumu ilgilendiren sonuçlar doğurur¹¹². Burada toplum ile kastedilen bir devlet veya devlette yaşayan kişiler olabilecekleri gibi milletlerarası alanda yer alan kurumlar da olabileceklerdir. Bu sebeple milletlerarası ticari hakem kararlarının etkileyebileceği bütün kurumların, kendi kamu düzenlerini korumak amacıyla tarafların irade serbestileri üzerinde kısıtlamalar getirdikleri söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında tarafların usule ilişkin konularda irade serbestilerine bir kısıtlama olarak getirilen kamu düzeni kavramının açıklanmasına geçmeden önce, genel olarak kamu düzeni kavramı ile kastedilen prensibin ve kamu düzeni kavramının milletlerarası özel hukukta nasıl anlaşıldığının açıklanması gerekmektedir.

Gerek milletlerarası düzenlemelerde gerekse milli düzenlemelerde genel olarak, kamu düzeni kavramının tanımı yapılmamıştır¹¹³. Bu da kamu düzeni

¹¹² Park, **Procedural Integrity**, s.650.

¹¹³ Uluslararası Hukuk Derneği (International Law Association-ILA) Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu'nun 2002 yılında Yeni Delhi'de düzenlediği konferansta, kamu düzeni ve etkisine ilişkin "*Public Policy as a Bar to Enforcement of International Awards*" adında bir rapor (ILA Raporu) sunulmuştur. Bu rapor ile kamu düzeni kavramının tanımı ve çeşitlerine ilişkin sınıflandırma yapılmış ve mahkemelerin yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında kamu düzeni engelini nasıl yorumlamaları gerektiğine dair öneriler sunulmuştur. Pierre Mayer/Audley Sheppard, "Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", **Arbitration International**, vol.19 S.2, 2003, s.249-263, s.249; Raporun amacı kamu düzeni kavramının, mahkemelerce suiistimal edilmemesidir. Hans Smit, "Comments on Public Policy in International Arbitration", **13 American Review of International Arbitration** 65, 2002, s.65-67 (**Comments**), s.66. Rapor kapsamında da kamu düzeni kavramının tanımının yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

kavramını ve etkilerini çok tehlikeli bir hale getirmektedir. En genel tanımıyla kamu düzeni, bir topluluğa hâkim olan sosyal, siyasal ve ekonomik temel nitelikler olarak tanımlanabilecektir¹¹⁴. Kamu düzeni kavramı toplumdan topluma değişebileceği gibi aynı toplum içerisinde zamanla değişiklik de gösterir¹¹⁵. Zaten bu sebeple yapılan tanımlamalar, kavramı açıklamaktan çok kavramın sınırlarını belirleme amacı taşımaktadırlar¹¹⁶.

b) Kamu Düzeni Kavramının Türleri

Milletlerarası alanda kamu düzeninin kesin tanımı yapılamasa da kamu düzenine ilişkin kavram, uygulama kapsamı dikkate alınarak üçlü bir ayrıma tabi

¹¹⁴ Nomer, **Devletler Hususi**, s.165; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.702; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.370; Ekşi, **Tenfiz**, s.153; Günseli Öztekin Gelgel, “New-York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, 2002, s.1137-1158 (New York), s.1153; Dursun, **a.g.e.**, s.181; Ceren Kaya, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015, s.7; Aslında bu tabir de bir tanımdan çok kamu düzenin işlevlerini göstermektedir. Franz T. Schwarz/ Helmut Ortner, “The Arbitration Procedure - Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration”, **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Editörler Christian Klausegger ve Peter Klein, vol. 2008, s.133-220, s.136.

¹¹⁵ Kalpsüz, **Tahkim**, s.146; Nomer, **Devletler Hususi**, s.164; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.702; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.370; Ekşi, **Tenfiz**, s.152; Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.254; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.137; Chang, **a.g.e.**, s.99; Kaya, **a.g.e.**, s.6.

¹¹⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulunun, 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. sayılı kararında kamu düzeni kavramı şu şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır: “Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulî, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlali gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir”. (Çevrimiçi, 2019) www.legalbank.net

tutulabilecektir. Bu ayrım uyarınca milletlerarası alanda kamu düzeni; milli kamu düzeni, milletlerarası kamu düzeni ve gerçek milletlerarası kamu düzeni olarak üç başlık altında incelenmektedir.

Milli kamu düzeni kavramı ile bir ülkenin içinde yer aldığı hukuki, siyasi, sosyal, kültürel, ahlaki ve ekonomik düzenin korunmasına ilişkin getirilen düzen kastedilmektedir¹¹⁷. Milli kamu düzenine, devletin kendi iç pazarını korumak amaçlı düzenlediği rekabet hukukuna ilişkin kurallar örnek verilebilecektir. Milli kamu düzeni, ilgili devlete has özellikler içermesi sebebiyle devletler arasında farklılıklar gösterecektir. Milli kamu düzeni kavramı, devletin uyuşmazlığın ortaya çıktığı andaki menfaatlerine göre, yani zamana göre değişiklik gösterebilecektir¹¹⁸. Bu sebeple milli kamu düzeni değerlendirilirken, kamu düzeni kavramı hangi anda değerlendirilmeye ihtiyaç duyuluyor ise o andaki, yani hakimin veya hakemin karar verme anındaki koşulların dikkate alınması gerekmektedir.

Milli kamu düzeninden farklı olarak milletlerarası kamu düzeni kavramı ile, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda uygulanması için tespit edilen yabancı hukukun *lex forin* kamu düzenine aykırı olması sebebiyle uygulanmasını engelleyen veya yabancı bir kararın tenfiz edilmesini engelleyen kamu düzeni kastedilmektedir¹¹⁹. Milletlerarası kamu düzeni kapsamında; devletin korumak istediği usuli adalete ilişkin temel prensipler, devletin politik, sosyal ve ekonomik

¹¹⁷ Kalpsüz, **Tahkim**, s.146; Nomer, **Devletler Hususi**, s.171; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.379; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.370; Özel, **a.g.e.**, s.173; Catherine Kessedjian, “Transnational Public Policy”, **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.13, Kluwer Law International, 2007, s.857-870, s.859; Kaya, **a.g.e.**, s.23.

¹¹⁸ Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.254; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.702; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.370; Özel, **a.g.e.**, s.130; Christopher S. Gibson, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and The Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, **Penn State Law Review**, S.113, İlkbahar 2009, s.1227-1267, s.1230; Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement”, **Dispute Resolution International**, vol.2, S.1, 2008, s.123-132 (**Public Policy**), s.124; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.152.

¹¹⁹ Nomer, **Devletler Hususi**, s.171; Lalive, **a.g.e.**, s.260; Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.251; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.389; Kaya, **a.g.e.**, s.24.

çıkarları ve devletlerin diğer devletlere veya uluslararası organizasyonlara karşı sorumluluklarını korumak için getirdiği düzenlemeler sayılabilecektir¹²⁰.

Milletlerarası kamu düzenine ilişkin hususlar, milli kamu düzenine ilişkin hususlar gibi devletlerin korumaya çalıştığı özel menfaatlerdir. Bu sebeple iki kamu düzeninin de kaynakları ve amaçları aynıdır. Milletlerarası kamu düzeninin milli kamu düzeninden tek farkı, milletlerarası kamu düzeninin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar hakkında değerlendirilecek olmasıdır¹²¹. Yani milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramları arasında sadece uygulama kapsamı açısından bir fark bulunmaktadır¹²². Milletlerarası kamu düzeni, bu sınırlı uygulama kapsamı sebebiyle milli kamu düzeninden daha sınırlı ve dar yorumlanmalıdır¹²³. Fakat milletlerarası kamu düzeninin değerlendirilmesi gerektiği durumlarda, kaynakların milli kamu düzeni ile aynı olması milletlerarası kamu düzeni ile milli kamu düzeni arasındaki ayrımın bulanıklaşmasına sebep olmaktadır¹²⁴.

¹²⁰ Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.255; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.22.

¹²¹ Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.254; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.390; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.155.

¹²² Alman hukukunda milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramları birbirlerinden ayrılarak, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında milletlerarası kamu düzeni incelemesi yapılmaktadır. Yeni Fransız Usul Hukuku Kanunu 1502(5) hükmünde de milletlerarası kamu düzeni tabiri hüküm metninde açıkça kullanılmıştır. Bir hakem kararının tenfizinin milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil ederse tenfiz edilmeyeceği “*if the recognition or enforcement is contrary to public international order*” denilerek kabul edilmiştir. Salama, **a.g.e.**, s.163; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.154.

¹²³ Kalpsüz, **Tahkim**, s.147; Margaret L. Moses, “Public Policy Under the New York Convention: National, International, and Transnational”, **60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges**, Editörler Katia Fach Gomez ve Ana M. Lopez-Rodriguez, Kluwer Law International, 2019, s.169-184 (**Public Policy**), s.173; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.371; Aygül, **a.g.e.**, s.112; Dickson, **a.g.e.**, s.122; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.153; Chang, **a.g.e.**, s.103; Milletlerarası kamu düzeni kavramının milli kamu düzeni kavramından dar yorumlanmasındaki en önemli amaç, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanıma tenfizinde kamu düzenine ilişkin problemlerin azaltılmasıdır. Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.253; Yargıtay da milli ve milletlerarası kamu düzeni arasında fark olduğunu vurgulayarak, milletlerarası kamu düzeninin dar yorumlanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Y. 13. HD. 17.04.2012 T., 2012/8426 E., 2012/8426 K. kararında da “(k)amu düzeni kavramı, iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı içerikler taşımaktadır. İç hukukta kamu düzeni, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan, gerek kanun gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla iç hukukta kamu düzeni ihlali sayılan bir durum, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir” denilerek milletlerarası kamu düzeninin dar ve sınırlı yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır. (Çevrimiçi 2019) www.legalbank.net.

¹²⁴ Lalive, **a.g.e.**, s.283.

Milli ve milletlerarası kamu düzeninden farklı olarak, milletlerarası alanda geçerli ve bu iki kavramdan üstün bir kamu düzeninin olup olmadığı gerek doktrinde gerekse uygulamada tartışma konusudur. Milletlerarası alanda her devletin kabul ettiği evrensel normların olduğu ve bu evrensel normların kaynaklarını, tabii hukuktan, toplumlarının hukuk ve adalet şuurundan, devletlerce kabul edilmiş genel ahlak ve kamu prensiplerinden, ius cogenslerden ve adaletin evrensel kurallarından geldiği iddia edilmektedir¹²⁵. Örneğin köleliğe, korsanlığa ve terörizme ilişkin anlaşma yapmayı yasaklayan hükümlerin, hakkaniyet, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına ilişkin prensiplerin veya adil yargılanmaya ilişkin hususların milletlerarası alanda genel kabul görmüş hususlar oldukları savunulmaktadır¹²⁶. Bu normlar klasik manada devletler tarafından oluşturulmamışlardır veya bir kabul usulünden geçirilmemişlerdir¹²⁷. Bahsi geçen hususların, milletlerarası alanda kabul edilmiş pratiklere dayanmaları ve milletlerarası düzenlemelerin konusu olmaları da konu hakkında devletlerin ilgili hususları üst norm olarak kabul ettiklerini göstermektedir¹²⁸. Bu normların devlet politikalarına doğrudan bağlı olmamaları normları, milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramına göre daha stabil hale de getirmektedir¹²⁹.

Günümüz milletlerarası ticari pratiği ve milletlerarası ticari tahkim uygulaması incelendiğinde genel kabul edilen normları içeren gerçek bir milletlerarası kamu düzeninin varlığı inkâr edilemeyecektir¹³⁰. Bu hükümler doktrinde, gerçek milletlerarası kamu düzeni (*“truly international public policy”*),

¹²⁵ Ayoğlu, **a.g.e.**, s.117; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.21; Petrochilos, **a.g.e.**, s.110; Salama, **a.g.e.**, s.165; Kessedjian, **a.g.e.**, s.862; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.156.

¹²⁶ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.390; Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.336; Lalive, **a.g.e.**, s.298; Özel, **a.g.e.**, s.179.

¹²⁷ Kessedjian, **a.g.e.**, s.861.

¹²⁸ Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.259; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.21; Lalive, **a.g.e.**, s.298.

¹²⁹ Alan Redfern, “Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy”, **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.13, Kluwer Law International, 2007, s.871-875, s.872.

¹³⁰ Lalive, **a.g.e.**, s.310.

uluslararası kamu düzeni (“*transnational public policy*”) veya *lex mercatorianın* kamu düzeni olarak adlandırılmaktadırlar¹³¹.

Her ne kadar gerçek bir milletlerarası kamu düzeni olduğu genel olarak kabul görse de doktrinde, kavramın teorik ve pratik zorlukları da dillendirilmektedir. Hakemlerin kararlarında gerçek milletlerarası kamu düzenine dayanmaktan çekinecekleri, çünkü milli ve milletlerarası kamu düzenine dayanmanın kararın selameti açısından daha rahat olduğu söylenmektedir. Yine gerçek milletlerarası kamu düzeni kavramının kapsamının belirlenmesinin zorluğu da ayrı bir problemidir. Gerçek milletlerarası kamu düzenin kapsamının belirlenmesinde, *lex mercatorianın* kapsamının belirlenmesine benzer sıkıntıların ortaya çıkabileceği ileri sürülmektedir¹³².

Milletlerarası kamu düzeni ile gerçek milletlerarası kamu düzeni arasındaki ayrım da tam olarak bir kesinlik taşımamaktadır. Kavramların birbirlerini destekledikleri ve besledikleri kabul edilmektedir. Fakat milletlerarası kamu düzeni kavramı kapsamında gerçek milletlerarası kamu düzeni kavramına göre devletlerin menfaatlerine daha çok önem verildiği ve bu sebeple milletlerarası kamu düzeninin her durumda gerçek milletlerarası kamu düzeninin savunduğu temel prensipleri kapsamayacağı söylenebilecektir¹³³.

Kamu düzenine ilişkin milli, milletlerarası ve gerçek milletlerarası kamu düzeni ayrımından başka bir de esasa ilişkin kamu düzeni (“*substantive international public policy*”) ile usule ilişkin milletlerarası kamu düzeni (“*procedural international public policy*”) ayrımından bahsedilebilecektir¹³⁴. Esasa ve usule ilişkin kamu düzeni arasında yapılan ayrım, milletlerarası ticari tahkim yargılaması

¹³¹ Ayoğlu, **a.g.e.**, s.118; Petrochilos, **a.g.e.**, s.110; Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.259; Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.335; Kessedjian, **a.g.e.**, s.860; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.156; Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi**, İstanbul, Adalet, 2019, s.155.

¹³² Lalive, **a.g.e.**, s.286-310; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.158.

¹³³ Lalive, **a.g.e.**, s.313.

¹³⁴ Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.253; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.22; Magdalena Ingлот, “Separability of or Overlap Between Public Policy and Procedural Grounds for Refusal of Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under New York Convention”, **Polish Review of International and European Law**, vol.4, S.1, 2015, s.41-69, s.47; Ekşi, **Tenfiz**, s.152.

için özellikle önem arz etmektedir; çünkü, usule ilişkin milletlerarası kamu düzeni, tahkim yargılamasında tarafların usuli irade serbestisini doğrudan kısıtlamakta ve tahkim yargılamasının meşru bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülmesini sağlamaktadır¹³⁵.

Anglo-sakson hukuk sistemlerinde kamu düzeni ilkesi ile usule ilişkin adil yargılanma ilkeleri birbirlerinden ayrılırken, Kıta Avrupası sisteminde usule ilişkin adil yargılanma ilkeleri de kamu düzeni ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir¹³⁶. Fakat Anglo-sakson hukuk sistemlerinde de hangi hususların usule ilişkin veya hangi hususların esasa ilişkin kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiği bir netlik taşımamaktadır¹³⁷. Bir uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verilirken kullanılması gereken yöntemler ve bir yargılamanın yürütülmesi için gerekli bütün hususların, usule ilişkin kamu düzeninin kapsamı dahilinde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir¹³⁸. Özellikle uygulanacak hukuka ve vakalara ilişkin kamu düzeninin, usule ilişkin kamu düzeni olmadığı vurgulanmaktadır¹³⁹.

Milli, milletlerarası veya gerçek milletlerarası kamu düzenlerinde esasa ilişkin konular hakkında bir birliğin olduğundan veya en azından gerçek milletlerarası kamu düzeninin esasa ilişkin hususlarda bir yeknesaklık sağladığından bahsetmek oldukça zordur. Bununla birlikte usule ilişkin kamu düzenleri arasında bu farklılık daha azdır. Özellikle milletlerarası ticari tahkim hukuku alanında, bir usuli birlikteliğin sağlandığı ve bu durumun gerçek bir milletlerarası kamu düzenini işaret ettiği söylenebilecektir¹⁴⁰. Adil yargılanma ve savunma hakkına ilişkin hususların farklı hukuki düzenlemeler tarafından sistematik olarak tekrar edilmesi, bu unsurların milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni olarak kabul edilmesini sağlamaktadır. Doktrinde; tarafların eşit yargılanma hakları, hakemlerin tarafsızlıkları ve

¹³⁵ Salama, **a.g.e.**, s.169.

¹³⁶ Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.334.

¹³⁷ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.19.

¹³⁸ UNCITRAL Secretariat, **Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards New York, (1958)**, United Nations Commission on International Trade Law, 2016, s.247; Inglot, **a.g.e.**, s.47.

¹³⁹ Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.256.

¹⁴⁰ Redfern, **a.g.e.**, s.874; Kessedjian, **a.g.e.**, s.867.

bağımsızlıkları, tarafların yargılama hakkında hukuki dinlenilme hakkına sahip olması gibi adil yargılanmaya ilişkin temel hususların, milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninin unsurları oldukları kabul edilmektedirler¹⁴¹.

c) Tahkim Yargılamalarında Kamu Düzeninin Uygulama Dayanağı

Kamu düzenine ilişkin hususların tahkim yargılamalarında tarafların iradelerini nasıl kısıtlayacakları ve hakemlerin kamu düzenine ilişkin unsurları neden ve hangi dayanağa tabi olarak tahkim yargılamalarında değerlendirecekleri, tahkim yargılamalarında kamu düzeni sınırlamasının başka bir problemlili boyutudur.

Mahkeme yargılamalarında hakimler, milli ve milletlerarası kamu düzenine ilişkin kuralları, bu kuralların kendi milli düzenlemelerinden gelmeleri sebebiyle uygulamak zorundadırlar. Hakimler *lex forin* kamu düzenine ilişkin kurallarına, yetkilerini bu hukuktan aldıkları için karşı çıkamazlar. Milletlerarası tahkim yargılamalarında ise hakem kurulları bir devlet organı değildir ve hakemlerin, hakimler gibi bir *lex forileri* de yoktur. Bu sebeple hakemlerin, hakimlere göre daha geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları söylenebilecektir. Fakat hakemlerin sahip oldukları bu geniş takdir yetkisi sebebiyle, tahkim yargılaması bu dünyaya ait olmayan bir kavram gibi görülmemeli veya tahkim yargılamasının hiçbir sınırının olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁴². Yani hakemlerin bir *lex forilerinin* olmaması, onların kamu düzenine tabi olmadıkları anlamına gelmemektedir.

Tahkim yargılamasının hukuki niteliğine ilişkin ister yargısal ister sözleşmesel teori kabul edilsin hakemlerin, kamu düzenine ilişkin hususlara uygun karar vermeleri gerekmektedir. Hakemler, yargısal teori uyarınca, yargılama yetkilerini aldıkları tahkim yeri hukukuna ve tahkim yeri hukukundan gelen kamu düzenine uygun hareket etmelidirler. Sözleşmesel teori uyarınca da tarafların icra

¹⁴¹ Nomer, **Kamu Düzeni**, s.560; Ekşi, **Tenfiz**, a.g.e., s.159-160; Mayer/Sheppard, a.g.e., s.256; Salama, a.g.e., s.171; Inglot, a.g.e., s.47.

¹⁴² Lalive, a.g.e., s.270.

edilebilir bir karar elde etmeye dair meşru beklentileri, tahkim yargılamasında hakemlerin uygulanacak hukuktan gelen kamu düzenini dikkate almalarını gerektirmektedir¹⁴³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin milletlerarası alanda oluşmuş bir kamu düzeni ile bağlı oldukları ve bu kamu düzeninin de gerçek milletlerarası kamu düzeni olduğu söylenebilecektir¹⁴⁴. Bu sebeple hakemler, gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin hükümlere uygun yargılama yapmalılardır. Hakemlerin bir hakem kararlarının iptal edilmesine sebep olabilecek veya tenfizini engelleyebilecek, birçok farklı hukukça iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak düzenlenmiş hususları, gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin oldukları için re'sen dikkate alabilecekleri de doktrinde ileri sürülmektedir¹⁴⁵.

Hakemler gerçek milletlerarası kamu düzeni ile birlikte, *lex arbitri* olarak tespit edilen hukuktan gelen kamu düzenine de uygun yargılama yapmalılardır. Tahkim yargılamalarında delocalization teorisi kabul edilirse, yani tarafların iradeleri ile belirledikleri hukuk veya kurallar *lex arbitri* olarak kabul edilirse, tarafların iradesinin sınırının gerçek milletlerarası kamu düzeninden gelen kurallar olduğu söylenebilecektir¹⁴⁶. Fakat bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukuku kabul edilirse, gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin kuralların yanında tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukunun kamu düzenine ilişkin kurallarının da hakemlerce uygulanması gerekecektir¹⁴⁷. Bu görüş, tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararları hakkında açılacak iptal ve tenfiz davaları açısından da olumlu sonuçlar doğuracaktır. Çünkü tahkim yeri emredici kurallarına uymayan kararların tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilme ve dolaylı olarak tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıkabilecektir.

¹⁴³ Lalive, **a.g.e.**, s.272.

¹⁴⁴ Lalive, **a.g.e.**, s.300; Kessedjian, **a.g.e.**, s.863.

¹⁴⁵ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.20.

¹⁴⁶ Şanlı, **Hakem Kararı**, s.26.

¹⁴⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.418; Aygöl, **a.g.e.**, s.111; Özel, **a.g.e.**, s.179; Zaten iyi düzenlenmiş bir *lex arbitrinin* gerçek milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir husus içermeyeceği söylenmektedir. Waincymer, **a.g.e.**, s.200.

Hakemlerin icra edilebilir kararlar vermeleri için karaların, tanıma tenfiz davası açılabilir yer hukuklarından gelebilecek kamu düzenine uymaları gerektiği de söylenebilecektir. Fakat tahkim yargılaması sırasında, hakem kararı hakkında tanıma tenfiz davası açılabilir her mahkeme ve hukukun tespit edilebileceğinin ve bu hukukların kamu düzeni hususlarının hakemlerce bağlayıcı olabileceğinin söylenmesi mümkün değildir. Günümüzde tanıma tenfiz davalarında kamu düzenine ilişkin yapılacak olan değerlendirmenin, tenfiz devletinin milli kamu düzenine değil milletlerarası kamu düzenine ilişkin olması hatta ve hatta gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin olması gerektiği söylenmekte ve uygulamada da mahkemeler bu yönde karar vermektedirler¹⁴⁸. Bu sebeple de hakemlerin, tenfiz edilebilen kararlar vermeleri için gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin hususlara ve kısıtlamalara dikkat ederek karar vermeleri gerektiği söylenebilecektir.

d) Tahkim Yargılamalarında Kamu Düzeninin Yorumlanması

Milletlerarası kamu düzeni hakkında var olan açıklamaların ve ayrımların, milletlerarası ticari tahkim yargılamaları kapsamında yeniden yorumlanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Milletlerarası tahkim hukuku açısından kamu düzeni kavramıyla; hakem kararlarının farklı yargılama düzenlerinde etki doğurmasını önleyecek, kesin olarak korunması gereken temel ilkelerin ifade edildiği söylenebilecektir¹⁵⁰. Bu kamu düzeni kavramının, mahkemelerce uygulanan veya mahkemelerce dikkate alınan kamu düzeni kavramından farklı yorumlanması gerekmektedir¹⁵¹. Taraflar tahkim yargılamasını seçtiklerinde mahkeme harici veya mahkemede kullanılan usulden farklı bir usul ile uyuşmazlıklarını çözümlmek istemektedirler. Bu sebeple tahkim yargılamasında kamu düzenine ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığında uyuşmazlığın, mahkemede değerlendirildiği kapsamdan farklı bir kapsamda, tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasından

¹⁴⁸ Tanıma tenfiz davalarında hakem kararları değerlendirilirken dikkate alınacak kamu düzeni hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(f)-(1))

¹⁴⁹ Böckstiegel, **Public Policy**, s.124.

¹⁵⁰ Ekşi, **Tenfiz**, s.162; Kaplan, **Usul**, s.57.

¹⁵¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.110.

farklı olan nitelikleri ile tarafların iradeleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında; tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuktan mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesine, tahkime elverişlilikten tahkim anlaşmalarının değerlendirilmesine, hakem kararlarının iptal edilmesinden tenfiz edilmelerine kadar birçok farklı aşamada kamu düzeni müdahalesi ortaya çıkabilecektir¹⁵². Bu müdahaleler tarafların esasa ilişkin iradelerini kısıtladıkları gibi usule ilişkin iradelerini de kısıtlamaktadırlar. Tarafların usule ilişkin iradelerini kısıtlayan kamu düzenine ilişkin unsurlar ise özellikle önem arz etmektedir; çünkü tahkim yargılaması özü itibariyle tarafların tahkim yargılaması hakkında yaptıkları usuli tercih ile var olmakta ve tarafların usuli tercihleri doğrultusunda ilerlemektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayan bir milletlerarası kamu düzeni olduğu kabul edilmektedir¹⁵³. Milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni olarak ifade edilen bu kamu düzenin, bütün hukuklarda yer alan usuli genel geçer ilkelerin temel hukuki kaidelerine karşılık geldiği ve tahkim yargılamasının usulüne hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, değerlendirilmesi gerektiği savunulabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında gerek milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni gerekse *lex proceduralia*, tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında verebilecekleri kararların üst sınırını oluşturmaktadırlar. Zaten milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninden gelen kuralların tahkim yargılaması kapsamında değerlendirilmesi suretiyle *lex proceduralianın* kapsamının da tespit edilmesi mümkündür.

¹⁵² Böckstiegel, **Public Policy**, s.124.

¹⁵³ Diego P. Fernandez Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.199-233, s.203; Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.336.

Çalışmamızın devamında milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni kapsamında sayılan adil yargılanmaya ilişkin hususlar, taşıdıkları önem sebebiyle ayrı ayrı başlıklar altında değerlendirileceklerdir. Bu başlıklar altında sayılan prensipler milli ve milletlerarası düzenlemelerde, mahkeme kararlarında veya hakem kararlarında kamu düzeninden ayrı başlıklar altında değerlendirilebildikleri gibi tamamen kamu düzeni altında da değerlendirilebilmektedirler¹⁵⁴.

2. Adil Yargılanma Hakkı

a) Genel Bilgi

Milletlerarası ticaret alanında taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlıklarının tahkim yargılamasında çözümlemesini isteyerek, mahkemeye başvuruya ilişkin anayasal haklarından feragat etmektedirler veya bu hakkı kısıtlamaktadırlar¹⁵⁵. Fakat bu durum, tarafların tahkim yargılamasını seçerek, adil yargılanmaya ilişkin haklarından da vazgeçtikleri anlamına gelmemektedir¹⁵⁶. Tarafların mahkeme yargılamalarında sahip olacakları adil yargılanmaya ilişkin haklar ve bu hakların sağlanması için gerekli olan sınırlamalar, tahkim yargılamaları için de geçerliliklerini korumaktadır. Milletlerarası alanda tarafların uyuşmazlıklarını çözümlmek için tahkim yargılamalarını tercih edebilmeleri yeterli değil, tahkim yargılamasında adil bir yargılamaya da sahip olabilmeleri gerekmektedir.

Tahkim yargılamasında tarafların adil bir yargılamaya sahip olabilmeleri için yargılamanın, kimi usuli temel prensiplere uygun olması gerekmektedir. Bu temel prensiplerin ortak amacının, tahkim yargılamasında usuli garantilerin temin edilmesi olduğu söylenebilecektir. Hatta bu sebeple kimi prensiplerin, özellikle tarafların

¹⁵⁴ Strong, **a.g.e.**, s.1101; Andrey Ryabinin, **Procedural Public Policy in Regard to the Enforcement and Recognition of Foreign Arbitral Awards**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, 2009, s.20; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.182.

¹⁵⁵ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.43.

¹⁵⁶ Dickson, **a.g.e.**, s.122; Bantekas, **a.g.e.**, s.163.

eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının, tahkim yargılamasının *Magna Carta*'sı olduğu söylenmektedir¹⁵⁷.

Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukuk sistemleri ve bu hukuk sistemlerinin usuli hükümleri incelendiğinde, iki sistemin farklılıklar gösterdiği ve hatta aynı hukuk sistemi içerisinde devletlerin aynı konu hakkında farklı uygulamalar izledikleri görülmektedir. Fakat tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayacak hususlar hakkında iki sistemde de kimi ortak noktaların olduğu ve bu hususların milletlerarası alanda genel geçer olarak kabul edildiğinden bahsedilebilecektir. Usuli hakkaniyet, hakkaniyete uygun olarak yargılanma başlığı altında; Kıta Avrupası hukuk sisteminde var olan hukuki dinlenilme hakkı ve Anglo-sakson hukuk sistemlerinde kabul edilen adil yargılanma veya tabii yargıç güvencesi ilkeleri kapsamında¹⁵⁸; tarafların eşit haklara sahip olması, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olması, ve tarafların tarafsız ve bağımsız makamlarca yargılanma hakkına sahip olması, makul sürede yargılanma hakkı, milli ve milletlerarası düzenlemelerde veya uygulamada kimi farklılıklar gösterse de temel olarak aynı amaçları güden ve dikkate alınması gerektiği kabul edilen ilkelerdir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Howard M. Holtzmann/Joseph. E. Neuhaus, **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**, La Haye, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, s.550; Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.111; Aygöl, **a.g.e.**, s.113; Özel, **a.g.e.**, s.101; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.18; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.89.

¹⁵⁸ Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkını da bünyesinde bulunduran kapsam itibari ile daha geniş bir kavramdır. Hukuki dinlenilme hakkı kapsamında tarafların yargılama başladıktan sonra eşit hakka ve iddia ve savunma hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamında ise hukuki dinlenilme hakkının kapsadığı haklar ile birlikte bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından yargılanma hakkının ve makul bir süre içinde yargılanma hakkının var olduğu kabul edilmektedir. Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", **Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı**, İzmir, 2000, s.753-791, (**Hukuki Dinlenilme**), s.760; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 53, 2004, s.191-215, s.192. Bu sebeple çalışma kapsamında hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı başlığı altında incelenmiştir.

¹⁵⁹ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.95-526; Kaufmann-Kohler, **Place**, s.356; Kalpsüz, **Tahkim**, s.102; Nomer, **Kamu Düzeni**, s.560; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.690; Ekşi, **Tenfiz**, **a.g.e.**, s.159-160; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.465; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.426; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.547; Aygöl, **a.g.e.**, s.7 dn.12; Dickson, **a.g.e.**, s.126; Strong, **a.g.e.**, s.1101; Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.112; Paulsson, **Idea**, s.91; Born, **a.g.e.**, s.2163; Lucy Reed, Ab(ue) of Due Process: Sword and Shield", **Arbitration International**, vol.33, 2017, s.361-377, s.366; Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.124; Petrochilos, **a.g.e.**, s.114; Inglot, **a.g.e.**, s.48; Erkaya, **a.g.e.**, s.73; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.37.

Yine doktrinde bu ilkeler, adil bir tahkim yargılaması için gerekli temel prensipler veya *lex proceduralia* olarak da adlandırılmaktadırlar¹⁶⁰.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan adil yargılanmaya ilişkin temel prensiplerin sadece bu sayılan unsurlardan oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bir hakkın esası hakkında karar verilirken, tabii yargıç güvencesinde adil bir yargılama için sahip olunması gereken unsuların hepsi bu başlıklar altında sayılabilecektir. Bu sebeple, bahsi geçen hususların, aslında, adil yargılanmaya ilişkin temel hakların kalkanı oldukları doktrinde savunulmaktadır¹⁶¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayan prensiplerin net bir şekilde tanımlanmaları veya birbirlerinden ayrılmaları da mümkün değildir. Milletlerarası alanda prensiplerin tam tanımlarının yapılamaması, prensiplerin kapsamının birbirlerine karışmasına sebep olmaktadır. Çoğu zaman bir prensibe uygun hareket edilmesi başka bir prensibe uygun hareket edilmiş olmasına bağlanmaktadır. Prensipere ilişkin, düzenlemelerde aynı kavramların farklı isimler ile ifade edilmesi de prensipler arasında ayrım yapılmasını zorlaştırmaktadır. Örneğin tahkim yargılamasının adil bir şekilde yürütülememesini ifade ederken, MTK “*tarafların eşitliğinin gözetilmemesi*” ifadesini kullanırken, UNCITRAL Model Kanun “*iddiasını ileri sürmekten yoksun bırakılmak*” demiş, İsviçre DÖHK ise “*tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkında aykırılık*” demiştir¹⁶².

Milletlerarası tahkim yargılamalarını usuli olarak sınırlayan adil yargılanmaya ilişkin unsular, iki tarafı keskin bıçağa benzetilmektedir¹⁶³. Bir tarafta tarafların irade serbestileri yer alırken, diğer tarafta adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için korunması gerektiği kabul edilmiş genel ilkeler yer almaktadır. Bahsi geçen prensiplerin katı bir şekilde yorumlanmaları, tahkim yargılamasının

¹⁶⁰ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.201.

¹⁶¹ Reed, **a.g.e.**, s.366.

¹⁶² Bozkurt, **a.g.e.**, s.356.

¹⁶³ Dickson, **a.g.e.**, s.128.

efektif bir yargılama yöntemi olmasına engel olabilecektir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli konularda irade serbestisi, bu ince ayırım üzerinde yer almakta ve hangi taraftan bakıldığına göre, genişlemekte veya kısıtlanmaktadır. Bu sebeple ilgili prensipler ayrı başlıklar altında mümkün olan en kapsamlı şekilde tanımlanmaya çalışılmalıdır ki tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları irade serbestisi gereğinden fazla kısıtlanmasın.

b) Tarafların Eşit Hakka Sahip Olması

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli konularda sahip oldukları en temel hak ve sınırlama, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin eşit hakka sahip olmalarıdır. Tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk dahi değerlendirilmeden, tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak usul hakkında eşit haklara sahip olduklarının kabul edilmesi ve taraftarlara tahkim yargılaması boyunca bu hakkın sağlanması gerekmektedir. Yani *lex proceduralianın* en temel ilkelerinden biri olarak tarafların, tahkim yargılamasının usulü hakkında eşit hakka sahip olmaları gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında irade serbestisi tahkim yargılamasının bel kemiği ise tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin eşit hakka sahip olmaları, tahkim yargılamasının ayakta durmasını sağlayan ayaklardır. Tarafların eşit usuli haklara sahip olmadıkları bir tahkim yargılamasının, ayakta durması, adil ve doğru bir karar üretmesi mümkün değildir¹⁶⁴.

Tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ilkesinin, aslında ayrımcılık yasağının tahkim yargılamasındaki bir yansıması olduğu söylenmektedir¹⁶⁵. Bu sebeple tarafların eşitliği esas olarak, tarafların hakem kurulu önünde eşit olma halini

¹⁶⁴ Maxi Scherer/Dharshini Prasad/Dina Prokic, **The Principle of Equal Treatment in International Arbitration**, (Çevrimiçi 2019), <https://ssrn.com/abstract=3377237>, 2018, s.23; Erkaya, **a.g.e.**, s.74; Zelal Narçin, “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Taraflara Eşit Davranılması Prensibine Aykırılığın Hakem Kararına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.11, S.123, 2016, s. 29-40, s.30; Dursun, **a.g.e.**, s.182.

¹⁶⁵ Born, **a.g.e.**, s.2173; Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.22.

tanımlamak için kullanılabilir. Bir tarafa herhangi bir niteliğinden dolayı ayrımcılık yapılması veya taraflardan birbirlerine diğerinden daha avantajlı bir imkân sağlanması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁶⁶. Yani, milletlerarası tahkim yargılamasında usuli eşitlik tarafların, usuli prosedürlerden aynı oranda yararlanıp yine aynı muameleye tabi olmaları anlamına gelmektedir. Bu hak kapsamında tarafların usuli konularda, silahların eşitliği ilkesi kapsamında, benzer haklara sahip olmaları gerekmektedir¹⁶⁷.

Milletlerarası ticari yargılamalarında tarafların eşit hakka sahip olmalarının pratik olarak; tarafsız bir hakem kurulu ile yargılanma hakkını, hakemlerin atanmasında veya delillerin incelenmesinde eşit hakka sahip olmayı, hakem kurulu ile eşit şekilde iletişim kurma hakkını, hakem kararına karşı eşit şekilde etki edebilme hakkını kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶⁸. Taraflara tanınan sürelerle, taraflara tanınan imtiyazlara, yargılamaya katılan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına yapacakları etkilere ilişkin konularda, tarafların eşit haklara sahip olmaları gerekmektedir¹⁶⁹. Taraflardan birinin görmediği bir kanıt ile karar verilmesinin, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmiştir¹⁷⁰. Milletlerarası ticari yargılamalarında hangi unsurların tarafların arasında eşitsizliğe yol açabileceği

¹⁶⁶ Binder, **a.g.e.**, s.331; Örneğin, 12575 numaralı 16 Aralık 2003 tarihli ICC kararında hakem kurulu, davalı tarafça çağırılan tanığın sadece davalı tarafça çapraz sorguya tabi tutulmasının taraflar arasındaki eşitlik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceği yönünde karar vermiştir. *Turkish Company v. State Party*, ICC No. 12575, 16 Aralık 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.67-68, p.2.

¹⁶⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s.534 dn.281; Gül, **a.g.e.**, s.379; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.46.

¹⁶⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.948; Born, **a.g.e.**, s.2173; Nomer, **Kamu Düzeni**, s.561; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.234; Arroyo, **a.g.e.**, s.203; Waincymer, **a.g.e.**, s.81; Kaplan, **Usul**, s.127; Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında taraflardan birinin hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin, taraflar arasında ayrımcılığa sebep olabileceği ve bu ayrımcılığın önlenmesi için tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında yeknesaklaştırma çalışmaları yapılması gerektiği söylenebilecektir. Aygül, **a.g.e.**, s.18-116.

¹⁶⁹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.356; Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.5.

¹⁷⁰ 1985 tarihli bir ICC kararına konu olan, Fransız şirket ile uzak doğulu şirket arasında sözleşmeye aykırılıktan doğan uyuşmazlıkta Fransız taraf, Fransız Hükümetince verilen gizli bir kararın mücbir sebep teşkil ettiği iddiasında bulunmuştur. Hakemlerin çoğunluğu tarafından da yargılamanın son günü bir tanık tarafından okunan gizli hükümet kararı delil olarak kabul edilmiş ve gizli karar karşı tarafa iletilmemiştir. Lalive, **a.g.e.**, s.299 dn.119. Bu durum açık bir şekilde silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde bu durumun sürpriz karar verme yasağı olarak da adlandırıldığı ve tarafların hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık teşkil ettiği vurgulanmaktadır. Gül, **a.g.e.**, s.395.

veya hangi unsurlarda taraflara eşitlik sağlanması gerektiğinin kesin bir listesinin yapılması mümkün olmasa da bu hususlar, örnek olarak sayılabileceklerdir.

Tarafların eşitliği prensibinin, adil yargılanma hakkına ilişkin diğer prensipler ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Tarafların eşitliği prensibi en temel prensip olduğu için, uygulanması diğer prensipleri tetikleyebileceği gibi tarafların eşit haklara sahip olmaları için diğer prensiplere uyulması da gerekebilecektir. Örneğin, taraflardan sadece birine hakemleri seçme hakkı verilmesi tarafların eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarını da etkileyecektir¹⁷¹. Yine, bir tarafa yargılama sırasında kendisini savunması için daha fazla zaman tanınması eşitlik prensibine aykırılık teşkil edeceği gibi tarafların hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık teşkil edecektir¹⁷². Tarafların duruşmalara usulüne uygun olarak çağırılmaması, taraflara kendini savunma hakkı verilmemesi veya tarafların delillerini ileri sürememesi, tahkim yargılamasında usuli konularda eşitliğe aykırılık teşkil eden ve aynı zamanda tarafların hukuki dinlenilme haklarına aykırı işlemler olarak kabul edilmektedir¹⁷³.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin eşitliğin, tahkim yargılamasının her aşamasında geçerli olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının imzalanmasından karar hakkında iptal veya tenfiz dava açılmasında kadar her aşamada tarafların eşit haklara sahip olmaları gerekmektedir. Ayrıca tarafların sahip oldukları eşitliğin sürekli olması gerekmektedir. Tarafların yargılamanın başında sahip oldukları eşitlik, sonraki aşamalarda taraflar arasında ortaya çıkan eşitsizliği meşru hale getirmeyecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar arasındaki eşitliğin tam olarak ne anlama geldiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü tarafların tahkim yargılamasının usulü konusunda eşit haklara sahip olması, matematiksel bir

¹⁷¹ Nomer, **Kamu Düzeni**, s.561; Narçin, **a.g.e.**, s.36.

¹⁷² Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.22.

¹⁷³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.234.

eşitliğe karşılık gelmemektedir¹⁷⁴. Yani, taraflara eşit davranılması, taraflara aynı şekilde davranılması gerektiği anlamına gelmemektedir¹⁷⁵. Tahkim yargılamalarda taraflara tanınan imkânlar arasında farklılıklar olabilecektir, fakat bu durum tarafların arasında eşitsizliğe sebebiyet vermemelidir. Aksine kimi durumlarda, taraflara aynı şekilde davranılması daha adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında taraflar arasındaki eşitliğin nasıl sağlanması gerektiğine ilişkin tartışma 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının düzenlenmesine ilişkin çalışmalarda da ortaya çıkmıştır. Kurallar için teklif edilen, taraflar arasında kesin eşitlik (“*absolute equality*”) tabirinin, taraflar arasında eşitliği sağlayamayacağı ve taraflara tam olarak aynı prosedürlerin uygulanmasının eşitliğe aykırılık teşkil edebileceği haklı olarak savunulmuştur¹⁷⁶.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların eşit haklara sahip olması, taraflara aynı hak veya imkânların sağlanması ile değil, taraflara kendilerini savunmaları için eşit haklar sağlanması ile mümkündür. Yani taraflara, bir husus hakkında kendilerini ifade edebilecek, delillerini ileri sürebilecek ve karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaları çürütebilecek kadar imkân tanınması yeterlidir. Bu imkânın karşı tarafa tanınan imkân ile aynı niteliklere sahip olmaması, taraflar arasında eşitsizliğin var olduğu anlamına gelmeyecektir. Örneğin bir tarafa, rüşvete ilişkin bir iddianın kanıtlaması için daha fazla süre tanınması, taraf eşitliği açısından sorun teşkil etmeyecektir; çünkü rüşvetin ispatı daha zordur¹⁷⁷.

Tarafların tahkim yargılamalarında eşit hakka sahip olmalarına ilişkin değerlendirme, her bir uyuşmazlık için tarafların savunmaya ilişkin ihtiyaçları dikkate alınarak yapılacak ise hangi hususların tarafların arasında eşitsizliğe yol açabileceği de problemli bir hale gelecektir. Tahkim yargılamalarında hangi durumların eşitlik prensibine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin milletlerarası alanda

¹⁷⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.234; Aygöl, **a.g.e.**, s.116; Waincymer, **a.g.e.**, s.81; Bozkurt, **a.g.e.**, s.389; Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.23.

¹⁷⁵ Born, **a.g.e.**, s.2174; Petrochilos, **a.g.e.**, s.145; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.190; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.554; Aygöl, **a.g.e.**, s.116; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.47.

¹⁷⁶ Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.23.

¹⁷⁷ Born, **a.g.e.**, s.2174 dn.275.

genel kabul edilmiş bir test bulunmamaktadır. Konu hakkında oluşturulmaya çalışılan testler, her bir uyuşmazlığın kendine has özel niteliklerinden ötürü ve her bir uyuşmazlık için eşitlik kavramının yeniden değerlendirilmesi gerektiği için kapsayıcı bir yöntem haline gelememektedir. Konu hakkında verilen hakem kararlarının ve mahkeme kararlarının bir araya getirilerek bir test elde edilmesi de oldukça zordur.

Fakat doktrin ve uygulamada yapılan yorumlardan, kimi kriterlerin ortaya çıktıklarını söylemek de imkânsız değildir. Örneğin, doktrinde AIHM ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) tarafından verilen kararların bir araya getirilmesi sonucu bir testin düzenlenebileceği savunulmuştur. Örneğin, İHK'nın Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin adil yargılanmaya ilişkin 14. maddesi hakkında 32 numaralı görüşünde; tarafların yargılamada sahip oldukları eşitliğin silahların eşitliği anlamına geldiği, bu durumun taraflara eşit usuli hak sağladığı, kanunla düzenlenmiş objektif ve makul temellere dayanıyorsa bir taraf lehine dezavantajlı veya haksız bir durum yaratmadığı müddetçe taraflar arasındaki eşitlik ilkesinin aranmayabileceği belirtilmiştir¹⁷⁸. Bu kararlardan çıkan test uyarınca, tahkim yargılamasında gerçekleştirilen işlemin makul ve objektif bir temelini olup olmadığı ve bir taraf için dezavantaj yaratacak bir duruma sebebiyet verip vermediği değerlendirilerek taraflar arasında eşitsizlik yaratıp yaratmadığına karar verilecektir¹⁷⁹. Yine doktrinde bir farklı görüş, tahkim yargılamasında usule ilişkin sağlanan garantiler hakkında nasıl bir etkide bulunduğuna ve tarafların hukuk düzenince korunan menfaatlerine ne ölçüde müdahale ettiğine bakılarak da bir işlemin, tarafların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edip etmediğine karar verilebileceğini ileri sürmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁸İHK, Rapor No. 32, Madde 14: Adil Yargılanma Hakkı, 19. Toplantı, 23 Ağustos 2007, p.13. Rapor için bkz. (Çevrimiçi, 2019), <https://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>.

¹⁷⁹ Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.28.

¹⁸⁰ Yazar aslında sayılan kriterleri, hakem kararında yer alan bir usul hatasının kararın tenfizine engel olabilecek ağırlığa sahip olup olmadığını değerlendirmek için önermektedir. Kaplan, **Usul**, s.57. Fakat belirtilen kriterler, usuli işlemlerin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğini belirlemek için de kullanılabilecektir.

Tahkim yargılamasında gerek taraflarca yapılan tercihlerin gerekse hakemlerce verilen kararların, tarafların eşit hakka sahip olmasına etki edip etmediği yukarıda sayılan yöntemler ışığında iki farklı yönden incelenebilecektir. Öncelikle yapılan tercihin veya işlemin makul ve objektif olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme tarafların arasındaki uyuşmazlıktan öte, hukuki işlemin niteliği ile alakalı olacaktır. İkinci değerlendirme ise, yapılan işlemin taraflar arasında dezavantaj yaratan somut bir sonuç doğurup doyurmadığına ilişkin olacaktır. Diğer bir ifadeyle, yapılan tercih veya işlemin, yargılama sırasında somut olarak değerlendirilmesi ve taraflar arasında somut bir eşitsizlik yaratması aranabilecektir¹⁸¹. Tahkim yargılamalarına aktif olarak etki etmeyen soyut nitelikteki eşitsizliklerin, hakem kararını etkilemeyeceği ve kararların iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olamayacağı kabul edilmektedir¹⁸². Tahkim yargılamalarında tarafların eşit imkân veya haklardan yararlandıklarına, ortaya çıkan somut sonuca bakılarak karar verilmesi, tahkim yargılamasının etkinliğini koruyacak ve pratik açıdan kararların değerlendirilmesini kolaylaştıracaktır¹⁸³.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında bir tarafa, her ne kadar kendisini savunması için yeteri kadar zaman tanınmış olsa da eğer diğer tarafa tanınmış olan zamandan daha az bir zaman verilmişse, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği de söylenmektedir¹⁸⁴. Bu durum, yapılan işlemin tarafların ihtiyaçlarına uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin yukarıda açıklanan testten öte

¹⁸¹ Özel, **a.g.e.**, s.183.

¹⁸² Kaplan, **Usul**, s.127.

¹⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.6.1999 tarihli kararın da benzer bir yorum yöntemi ile tahkim yargılamasında taraflara eşit imkân tanınması gerekliliği ve bu durumun tahkim yargılamasına nasıl yansımaları gerektiği değerlendirilmiştir. Karara konu uyuşmazlıkta taraflar, tahkim kurumunun ve hakem kurulunun, tahkim yargılamasını başlatacak kişi tarafından seçilmesini kararlaştırmışlardır. Tahkim yargılaması sonunda verilen karar hakkında açılan tenfiz davasında davalı taraf, hakem seçme hakkının sadece bir tarafa verilmesinin tarafların eşitliği ilkesine ve kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Uyuşmazlık, Hukuk Genel Kurulunun önüne geldiğinde, Kurul, hakem seçme yetkisinin her iki tarafa da verildiğine, iddia sahibi tarafın her iki taraf da olabileceğine bu sebeple ilgili hükmün bir tarafı diğer taraftan daha üstün konuma getirmedicine karar vermiştir. Yani, tarafların tercihlerinin, somut olarak uyuşmazlıkta taraflar arasında bir dezavantaj yaratması gerektiğine aksi takdirde tarafların eşitliği ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkmadığına karar verilmiştir. HGK 09.06.1999 T., 1999/19-468 E., 1999/489 K., naklen Nomer, **Kamu Düzeni**, s.555-558; Ekşi, **Tenfiz**, s.180-181; Öztekin Gelgel, **New York**, s.1155; Özel, **a.g.e.**, s.182. Fakat doktrinde bu durumun taraflardan birinin hızlı hareket etmek suretiyle diğer taraf karşısında bir üstünlük elde etmesine sebep olabileceği de savunulmaktadır. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.211.

¹⁸⁴ Born, **a.g.e.**, s.2173.

yargılamada yüzeysel bir eşitsizlik olup olmadığının değerlendirilmesinin sonucudur. Tahkim yargılaması sonunda, her iki tarafa da kendilerini savunmaları ilişkin makul süreler verildiği ve taraflar kendilerini yeterince savunabildiklerine inandıkları müddetçe, hakem kararlarına saygı duyulması gerekmektedir. Fakat tahkim yargılaması sırasında konu hakkında taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde her iki tarafa da fazla zamana ihtiyaç duyan tarafın ihtiyacı kadar zaman tanınması da kararın ileride iptal edilmemesi ve tenfiz edilmemesi için en güvenli yoldur.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tarafların eşitliği prensibinden iradi olarak vazgeçemeyecekleri kabul edilmiştir¹⁸⁵. Tarafların tahkim yargılamasına ilişkin yapacakları tercihlerin, her iki taraf için de eşit olarak etki etmesi gerekmektedir¹⁸⁶. Bu sebeple örneğin, tek tarafın savunma hakkına sahip olacağına ilişkin tercihler, geçerli bir tercih olarak kabul edilmeyecektir¹⁸⁷.

Tarafların eşitliği prensibi, milletlerarası tahkim alanında birçok düzenlemeye doğrudan veya dolaylı olarak düzenlenmiştir. Her bir düzenlemeden tek tek bahsetmek mümkün olmasa da önemli milletlerarası düzenlemelerden ve kimi milli düzenlemelerden bahsedilmesi faydalı olabilecektir.

1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu ve New York Anlaşmalarında tarafların eşit usuli imkânlarla sahip olmaları gerektiği doğrudan düzenlenmemiştir. Fakat bu durum düzenlemeler kapsamında tarafların tahkim yargılamalarında eşit hakka sahip olmalarının aranmadığı anlamına gelmemektedir. Cenevre Konvansiyonu 2. maddesinde taraflara kendilerini savunmaları için bildirim yapılmış olması ve New York Anlaşmasının V(1)(b) hükümlerine göre tarafların hakem kurulunun oluşumu

¹⁸⁵ Kalpsüz, **Tahkim**, s.142; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.235; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.103; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.46.

¹⁸⁶ Fransız Yüksek Mahkemesi 7 Ocak 1992 tarihli *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction* kararında, bir tarafın hakem belirleme yetkisi varken diğer tarafların hakem belirleme yetkisinin olmamasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini, hakem kurulunun oluşturulurken tarafların eşit hakka sahip olmasının Fransız kamu düzeni ile alakalı olduğunu ve bu konu hakkında taraflarca uyuşmazlıktan önce yapılacak aksine anlaşmaların geçerli olmayacağını kabul etmiştir. *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction*, Cour de Cassation, Fransa, No. 89-18708 89-18726, 7 Ocak1992, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XVIII, 1993, s.140-142, p.2.

¹⁸⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.235.

hakkında bilgilendirilmiş olması ve delillerini ileri sürebilmiş olmaları, kararların tenfiz edilebilmeleri için aranmış; doktrin ve uygulamada taraflara tanınan bu savunma haklarının tarafların eşit muamele görme zorunluluğunu da kapsadığı kabul edilmiştir. Ayrıca, Cenevre Konvansiyonu 1. maddesinde ve New York Anlaşmasının V(2)(b) maddesinde kararların tenfizini önleyen kamu düzeni istisnası kapsamında da tarafların eşit hakka sahip olmaları aranacaktır.

UNCITRAL Model Kanun 18. maddesinde, taraflara eşit muamele edilmesinin zorunlu olduğu düzenlemiştir¹⁸⁸. Kanunun yapım aşamasında 18. madde, tarafların usuli serbestilerini düzenleyen 19. maddenin üçüncü bendi olarak hazırlanmıştır. Fakat daha sonra maddenin taşıdığı önem de göz önünde bulundurularak, Model Kanunun son halinde ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir¹⁸⁹. Model Kanun, tahkim yargılaması ve sonrasında tarafların eşit haklara sahip olması gerektiğini hüküm dahilinde düzenlerken, ilgili düzenlemenin taraflarca tahkim anlaşması yapılırken de dikkate alınması gerektiği Çalışma Gurubu tarafından vurgulanmıştır¹⁹⁰.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 17(1) maddesi “*hakem mahkemesi, taraflara eşit olarak davranılması...şartıyla, tahkimi uygun gördüğü tarzda yürütür*” demek suretiyle hakemlerin, tarafların eşitliğine dikkat etmeleri gerektiğini vurgulamıştır. ICC Tahkim Kurallarında da tarafların eşitliği prensibi doğrudan düzenlenmemiştir. 2017 tarihli ICC Tahkim kuralları 22(4) hükmü: “*bütün durumlarda, hakem kurulu adil ve tarafsız şekilde hareket eder ve her bir tarafa davasını sunmada yeterli imkânı verir*” diyerek, tarafların tahkim yargılaması sırasında eşit haklara sahip olmaları gerektiğini düzenlemiştir. ICDR Tahkim Kuralları 20(1) hükmü uyarınca tarafların eşit haklara sahip olmaları şartıyla hakem kurulunun uygun gördükleri şekilde tahkim yargılamasını yürütebilecekleri

¹⁸⁸ UNCITRAL Model Kanun 18. maddesi “*the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case*”.

¹⁸⁹ Model Kanun 18. maddede yer alan düzenleme, Kanun açısından o kadar çok önem arz etmektedir ki Model Kanunu referans alarak iç hukuk düzenlemeleri yapan devletlerin, bu hükmü dikkate almamaları halinde Model Kanunu referans aldıklarının söylenemeyeceği dahi savunulmaktadır. Binder, **a.g.e.**, s.331.

¹⁹⁰ Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.550; Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.4.

düzenlenmiştir¹⁹¹. ISTAC Tahkim Kuralları 19. maddesi uyarınca da hem adil yargılanma hakkı hem de tarafların yargılamada eşit hakka sahip olmaları: “(t)ek Hakem veya Hakem Kurulu, yargılamayı adil ve tarafsız yürütmeli, tarafların eşitliği ilkesine uygun davranmalı...” denilerek ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Milli düzenlemelerde de tahkim yargılamalarında tarafların eşit hakka sahip olmaları gerektiği düzenlenmiştir. İngiliz hukukunda tarafların arasındaki eşitliğin matematiksel bir eşitliğe dayanmadığı, İngiltere Tahkim Kanunda hakem kuruluna eşit davranma yükümlülüğündense (“equal treatment”), adil davranma yükümlülüğü (“act fairly”) yüklenmesinde anlaşılmaktadır. Adil davranma yükümlülüğü eşit davranma yükümlülüğünden çok daha kapsayıcı bir kavramı ifade etmektedir¹⁹². İsviçre DÖHK 182(3) maddesinde de tahkim yargılamasının usulüne hangi prosedür uygulanırsa uygulansın, hakem kurulunun taraflara yargılamada eşit davranması gerektiği düzenlenmiştir¹⁹³.

Türk hukukunda tarafların eşitliği ilkesi “hakkaniyete uygun olarak yargılanma” olarak adlandırılmıştır¹⁹⁴. MTK 8. maddesinde “taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler” denilerek, tarafların tahkim yargılamasında eşit haklara tabi olmaları gerektiği özel olarak düzenlenmiştir.

c) Tarafların Hukuki Dinlenilme Hakkına Sahip Olması

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerine bir sınırlama olarak getirilen ve usule ilişkin adil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli en önemli prensiplerden biri, tahkim yargılamalarında taraflara

¹⁹¹ ICDR Tahkim Kuralları İngilizce 20(1) hükmü: “Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in whatever manner it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case...”.

¹⁹² Petrochilos, **a.g.e.**, s.145.

¹⁹³ Born, **a.g.e.**, s.2171; Waincymer, **a.g.e.**, s.184.

¹⁹⁴ Hakan Pekcanitez, **Medeni Usul Hukuku**, 15. bs., İstanbul, On iki Levha, 2017, (**Medeni Usul**) s.854.

yargılamaya ilişkin hukuki dinlenilme hakkının tanınmış olmasıdır¹⁹⁵. Hukuki dinlenilme hakkı bütün yargılama türlerinde, en temel usuli haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı verilmeden gerçekleştirilen bir hakem kararı keyfidir¹⁹⁶. Bu sebeple, hukuki dinlenilme hakkının, hakkın niteliğinden ötürü kendiliğinden ve doğrudan bütün yargılamalara uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁹⁷. Hakkın bu niteliği sebebi ile *lex proceduralianın* en temel ilkelerinden biri olduğu kabul edilebilecektir.

Hukuki dinlenilme hakkı da adil yargılanmaya ilişkin diğer prensiplerle bir bütünlük içindedir. Hatta diğer prensipler yerine getirilmeden, tarafların hukuki dinlenilme haklarına uyulmuş olduğunun söylenmesi oldukça zordur. Tarafsız veya bağımsız olmayan hakemler ile yapılan tahkim yargılamalarında tarafların hukuki dinlenilme haklarına uygun bir yargılama yapıldığı söylemek mümkün değildir. Yine insan haklarına aykırı unsurlar içeren bir yargılama, tarafların hukuki dinlenilme haklarına aykırılık teşkil edecektir. Hukuki dinlenilme haklarına uyulmaması da diğer prensiplere aykırılık teşkil edecektir. Taraflara hukuki dinlenilme haklarının tam bir şekilde verilmediği tahkim yargılamalarında, taraflara eşit davranıldığından bahsedilemeyecektir¹⁹⁸.

Tarafların hukuki dinlenilme hakları kapsamında; bu sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla, tahkim yargılaması hakkında bilgilendirilme hakkının, karşı tarafın iddiaları ve delileri hakkında bilgilendirilme hakkının, iddia ve savunmaların ileri sürebilme hakkının, iddia ve savunmalar hakkında ispatlama hakkının, delil ileri sürebilme hakkının, dikkate alınma hakkının, karar açıklanmadan önce dava hakkında görüş bildirme hakkının, tahkim yargılamasında temsil edilme hakkının, tahkim yargılamasında savunma yapabilmek üzere makul süre ve imkâna sahip olma hakkının, bağımsız ve tarafsız hakemlerle yargılanma hakkının yer aldığı

¹⁹⁵ Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.862; Nomer, **Kamu Düzeni**, s.571.

¹⁹⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.690.

¹⁹⁷ Aygöl, **a.g.e.**, s.119; Ansari, **a.g.e.**, s.50.

¹⁹⁸ Petrochilos, **a.g.e.**, s.145; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.40.

söylenmektedir¹⁹⁹. Doktrinde, hukuki dinlenilme hakkına ilişkin bütün bu hakların, bilgilendirme hakkı, açıklama hakkı ve dikkate alınma hakkı başlıkları altında toplanabileceği ileri sürülmektedir²⁰⁰.

Hukuki dinlenilme hakkının, en temel unsurlarından biri bilgilendirilme hakkıdır²⁰¹. Tarafların hukuki dinlenilme hakkı kapsamında açıklama yapma ve dikkate alınma haklarını kullanılabilmeleri için öncelikle yargılama hakkında bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Bu bilgilendirilmenin de sadece dava hakkında değil, dava ile ilgili bütün deliller ve hukuki sebepler hakkında yapılması gerekmektedir²⁰². Bu sebeple taraflara eksik tebligat yapılması hali, tarafların hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmektedir²⁰³. Ayrıca yapılan bilgilendirmelerin, bilgilendirilen konu hakkında işlem yapmaya yetecek makul bir süre öncesinden yapılması gerekmektedir²⁰⁴. Bilgilendirmenin, öncelikle tarafların anlaşmalarına eğer taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkimin tabi olduğu hukuka göre yapılması gereklidir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında genellikle resmi yolla yapılmayan bilgilendirmeler de kabul edilmektedir²⁰⁵. Hukuki dinlenilme hakkının bir diğer ayağı, tahkim yargılamasına ilişkin açıklama yapma hakkıdır²⁰⁶. Bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkı, taraflara savunma için yeterli süre verilmesi, iddia ve savunmalarını mahkeme heyetine iletebilme hakkını içerir²⁰⁷. Tarafların, karşı tarafça ileri sürülen bütün iddialar hakkında cevap verme hakkının bulunması gerekir. Karşı tarafın iddiasını öğrenip, bu iddiaya karşı savunma ileri sürme hakkı,

¹⁹⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.949; Born, **a.g.e.**, s.2179; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.690; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.421 vd.; Arroyo, **a.g.e.**, s.203; Kaplan, **Usul**, s.117; Özel, **a.g.e.**, s.102; Waincymer, **a.g.e.**, s.16; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.41.

²⁰⁰ Aygül, **a.g.e.**, s.120.

²⁰¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.690; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.498; Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.868; Gül, **a.g.e.**, s.369; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.42.

²⁰² Aygül, **a.g.e.**, s.120; Ansari, **a.g.e.**, s.50; Petrochilos, **a.g.e.**, s.145.

²⁰³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.419.

²⁰⁴ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.187.

²⁰⁵ Ekşi, **Tenfiz**, s.183; Gül, **a.g.e.**, s.370; Chang, **a.g.e.**, s.98.

²⁰⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.506; Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.874; Gül, **a.g.e.**, s.378; Örneğin Caribbean Niquel v Overseas Mining kararında Paris Temyiz mahkemesi; davacı, mahrum kalınan kar üzerinden tazminat talep ederken hakem kurulunun, taraflara konu hakkında özel olarak danışmadan, kaçırılan fırsat üzerinden tazminata hükmetmesini savunma hakkına aykırılık olarak değerlendirmiş ve hakem kararını iptal etmiştir. *La Societe Commercial Caribbean Niquel v La Societe Overseas Mining Investments Ltd*, Paris Court of Appeals, Fransa, No. 08/23901, 25 Mart 2010, naklen Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.122 dn.66.

²⁰⁷ Petrochilos, **a.g.e.**, s.145; Aygül, **a.g.e.**, s.121.

audi alteram partem ilkesi olarak ifade edilmektedir²⁰⁸. Açıklama yapma hakkı kapsamında, iddialarını ispatlama hakkı ve delillerini ileri sürebilme hakkı da yer almaktadır²⁰⁹. Hukuki dinlenilme hakkının üçüncü ayağı, taraflarca ileri sürülen iddia ve delillerin dikkate alınması hakkıdır²¹⁰. Hakemlerin, tarafların ileri sürdüğü delil, savunma ve iddiaları kullanarak karar vermeleri gerekmektedir²¹¹. Tarafların hiçbir gerekçeye dayanmayan, sürpriz bir karara maruz kalmama hakkının, hukuki dinlenilme hakkı içerisinde dikkate alınma hakkı kapsamında yer aldığını söylemek mümkündür²¹².

Doktrinde *Matti S. Kurkela ve Santtu Turunen*, tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları hukuki dinlenilme haklarına ilişkin 10 başlıklı bir liste hazırlamışlardır²¹³. Bu liste uyarınca: 1.Taraflar, tahkim yargılamasına sunulan bütün belgelerden haberdar olmalılardır. Taraflar, yargılamanın bütün aşamaları hakkında savunma yapmak için makul süre içinde bilgilendirilmelilerdir. 2.Tarafların, tahkim yargılamasının diğer tarafları ve hakem kurulu ile sürekli iletişim hakkına sahip olmaları gerekir. 3.Taraflar, telefon veya internet üzerinden de olsa bütün duruşmalarda bulunma hakkına sahip olmalılardır. 4.Taraflar, tahkim yargılamasında yer alan bütün unsurlara, yazılı dokümanlara, kanıtlara, bilirkişi raporlarına, tanık beyanlarına ulaşma hakkına sahip olmalılardır. 5.Taraflar, uyuşmazlık hakkında yeni iddia ortaya koyabilmeli, karşı tarafça ileri sürülen iddialar hakkında savunma yapabilmelilerdir. Tarafların ispat amaçlı belge sunabilme imkânlarının olması gerekmektedir. 6.Taraflar, kendi iddiaları hakkında delil ileri sürebilmelilerdir. 7.Tarafların, tanık ve bilirkişileri çapraz sorgulama haklarının olması gerekmektedir. 8.Tarafların, tahkim yargılamasında yapılan bütün savunmalar hakkında yorum yapma hakkı ve yorum yapmak için hazırlanabilme imkânının olması gerekmektedir. 9.Tarafların, tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan yeni deliller hakkında savunma yapma veya yeni iddialar hakkında delil ileri sürebilme imkânları olmalıdır.

²⁰⁸ Waincymer, **a.g.e.**, s.82; Bir taraf karşı tarafın herhangi bir delili hakkında savunma yapamazsa ilgili delil karar aşamasında dikkate alınamaz. Petrochilos, **a.g.e.**, s.146.

²⁰⁹ Öztekin Gelgel, **New York**, s.1148; Gül, **a.g.e.**, s.382-383.

²¹⁰ Pekcanıtez, **Medeni Usul**, s.879; Gül, **a.g.e.**, s.392.

²¹¹ Aygöl, **a.g.e.**, s.121; Dickson, **a.g.e.**, s.116; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.42.

²¹² Born, **a.g.e.**, s.2179; Arroyo, **a.g.e.**, s.203; Kaplan, **Usul**, s.117; Gül, **a.g.e.**, s.395.

²¹³ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.187-188.

10.Hakem kurulunca uyuşmazlık sonlandırılmadan önce taraflara iddia ve savunmalarını toparlamaları için süre verilmelidir. Her ne kadar tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları hukuki dinlenilme haklarının bu sayılan unsurlar ile sınırlı olduğu veya sadece bu unsurlara dikkate edilmesi halinde tarafların hukuki dinlenilme haklarına uygun bir tahkim yargılamasının gerçekleştirileceğinin söylenmesi mümkün değilse de bu sayılan unsurlara dikkate edilen bir tahkim yargılamasında karine olarak hukuki dinlenilme haklarına aykırı hareket edilmediği söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının her aşamasında hukuki dinlenilme hakkına sahip olmalıdırlar²¹⁴. Tahkim yargılamasının başından hakem kararlarına karşı yapılan itirazlara kadar her aşamada tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaları gerekmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları hukuki dinlenilme hakkının sınırsız olduğu söylemeyecektir. Tarafların hukuki dinlenilme hakkına ilişkin yaptıkları her tercih veya hakemlerce tahkim yargılamasının usulüne ilişkin verilen her karar, tarafların savunma haklarına aykırı işlem olarak yorumlanamayacaktır. Her bir somut uyuşmazlık için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Özellikle, tahkim yargılamasının verimliliği ve seriliği adına hukuki dinlenilme hakkına sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir²¹⁵. Uyuşmazlıkla alakalı olmayan delillerin kabul edilmemesi, ispatlanmış konular hakkında delil ibraz talebinin reddedilmesi, süre geçtikten sonra verilen delillerin kabul edilmemesi gibi durumlar hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul edilmeyeceklerdir²¹⁶.

²¹⁴ Aygöl, **a.g.e.**, s.122.

²¹⁵ Savunma hakkının sınırsız olmadığı ICC kararlarında da kabul edilmiştir. “*However, the right to be heard, while mandatory, is not absolute.*” *Nigerian Company v. Canadian Company*, ICC No. 12297, 22 Ağustos 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.47-56, s.51.

²¹⁶ Aygöl, **a.g.e.**, s.125.

Tarafların tahkim yargılamasında sahip oldukları hukuki dinlenilme hakkı, taraflara tanınması zorunlu ve taraflarca vazgeçilemeyecek bir hak olarak kabul edilmektedir²¹⁷. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisi kapsamında yapacakları tahkim anlaşmaları ile savunma haklarından vazgeçemezler. Fakat taraflar kendi tercihleri doğrultusunda, hukuki dinlenilme hakkı doğduktan sonra bu hakkı kullanmayabilirler²¹⁸. Yani taraflar, tahkim yargılamasına ilişkin savunma yapmak veya tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkına ilişkin bir işlem yapmak istemeyebilirler.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların hukuki dinlenilme hakkından vazgeçemeyecekleri kabul edilse de bu hakkı sınırlayabilecekleri söylenebilecektir. Yani tarafların hukuki dinlenilme hakkı aleyhine kısıtlama getiren tercihleri, geçerli olarak kabul edilebilecektir. Örneğin tarafların, delillere ve delillerin nasıl değerlendirileceklerine ilişkin anlaşmaları usuli irade serbestisi kapsamında mümkündür²¹⁹. Fakat delillere ilişkin tercihlerin, hakkı aşırı derece kısıtlamaması ve hukuki koruma mekanizmalarının kullanılmasının önüne geçmemesi gerekmektedir²²⁰. Yine tarafların adil yargılanma hakkına açık aykırılık teşkil etmeyen, tahkim yargılamalarının duruşmasız yapılmasına yönelik tercihlerinin de geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir²²¹. Her ne kadar tarafların hukuki dinlenilme hakkını kısıtlanabileceği kabul edilse de bu kısıtlamaların kapsamının çok dar olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Hukuki dinlenilme hakkı tahkim yargılamasının özünü oluşturmaktadır. Hakka getirilen her kısıtlama, tahkim yargılamasında adil bir yargılama sürdürülmesine engel olabilecektir. Bu sebeple doğrudan veya dolaylı olarak hakka getirilen kısıtlamaların,

²¹⁷ Ekşi, **Değerlendirme**, s.309; Kaplan, **Usul**, s.116; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.103.

²¹⁸ Aygöl, **a.g.e.**, s.119.

²¹⁹ Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.34.

²²⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.296; Kaplan, **Usul**, s.147; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.36; Gül, **a.g.e.**, s.384.

²²¹ Binder, **a.g.e.**, s.371; İsviçre Federal Temyiz Mahkemesinin de kabul ettiği üzere, tarafların savunma haklarının olması her tahkim yargılamasının mutlaka duruşmalı yapılması gerektiği anlamına gelmemektedir. *Re Ta G v. H Company*, İsviçre, 1997, naklen Bantekas, **a.g.e.**, s.15 dn.42; Bantekas, **a.g.e.**, s.180 dn.51.

her bir somut olayda çok sıkı bir şekilde denetlendiği ve uygulamada hakemlerce dahi kabul edilmediği hallerin olduğu söylenebilecektir²²².

Tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında sahip oldukları hukuki dinlenilme hakkına ilişkin hükümler, milletlerarası ve milli düzenlemelerde yer almaktadırlar. Her ne kadar düzenlemeler, çoğu zaman doğrudan tarafların hukuki dinlenilme hakkından bahsetmeseler de hakkın kapsamı dahilindeki unsurlar düzenlemelerde yer almaktadırlar.

New York Anlaşması m. V(1)(b) maddesi tarafların hukuki dinlenilme haklarına ilişkindir. Bu hüküm uyarınca: *“hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkânını elde edememiş bulunur ise...”* hakem kararı tenfiz edilmeyecektir. 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu sadece taraflara bildirim yapılmamış olmasını düzenlerken New York Anlaşması daha geniş bir yorum ile herhangi bir sebep ile tarafların delillerini ikame imkânından mahrum kalması halini de düzenlemiştir²²³. Yani New York Anlaşması uyarınca taraflara sadece bildirim yapılmaması önemli değil, başka herhangi bir sebeple taraflar savunma yapamazlarsa da hakem kararı tenfiz edilmeyecektir²²⁴. UNCITRAL Model Kanun 18. maddesinde *“each party shall be given a full opportunity of presenting his case”* denilerek tarafların tahkim yargılamasında kendilerini savunabilmeleri için taraflara hak tanınması gerektiği düzenlenmiştir. Fakat madde metninde yer alan *“full opportunity”* ifadesinin, tarafların her türlü isteğinin hakemlerce yerine getirileceği anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir²²⁵. Hükmün taraflara makul bir imkân tanınması gerektiği

²²² Örneğin, 12545 numaralı 10 Eylül 2003 tarihli ICC kararında hakem kurulu, davacının bir aylık süre uzatım talebi üzerine, tarafların önceki anlaşmalarına aykırı olsa da savunma hakkına ilişkin unsurları göz önünde bulundurarak, iki hafta süre uzatım kararı vermiştir. *Venezuelan Company v. Venezuelan Company* ICC No. 12545, 10 Eylül 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.64-65, s.65.

²²³ Cenevre Konvansiyonu 2(b) hükmü: *“the party...was not given notice of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case”*.

²²⁴ Reed, **a.g.e.**, s.371.

²²⁵ Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.421.

şeklinde yorumlanması gerekmektedir²²⁶. Aynı yönde Model Kanununun düzenlenme aşamasında 18. maddenin tahkim yargılamalarının her aşamasında geçerli olacağına dair “*at any stage of the proceedings*” ifadesi, tarafların tahkim yargılamasını usuli taktikler ile uzatabilecekleri gerekçesiyle metinden çıkartılmıştır²²⁷. Fakat bu durumun tahkimin her aşamasında tarafların savunma hakkına sahip olmadıkları şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir. Bu ifadenin metne koyulmaması, konu hakkında karar vermesi gereken hakemlere takdir hakkı tanımak amaçlıdır. Yine Model Kanun 26(2) maddesi uyarınca hakem kurulunun bilirkişi ataması halinde taraflara konu hakkında itiraz hakkı verilmesi gerekliliği ve 34(2)(a)(ii) maddesinde yer alan tarafların tahkim yargılaması hakkında bilgilendirilmesi gerekliliği de hukuki dinlenilme hakkı kapsamında getirilen düzenlemelerdir. Model Kanun, bu hükümler ile tarafların hukuki dinlenilme haklarını garanti altına almaktadır.

1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları 15(1) hükmünde hukuki dinlenilme hakkı, taraflara tahkim yargılamasının her aşamasında tam fırsat tanınması gerektiği “*at any stage*” ve “*full opportunity*” ifadeleri ile düzenlenirken²²⁸; 2010 tarihli ve 2012 tarihli revizyon ile güncellenen UNCITRAL Tahkim Kuralları 17(1) hükmünde hak, taraflara yargılamanın uygun bir aşamasında makul bir savunma fırsatının tanınması gerektiği “*at an appropriate stage of the proceedings*” ve “*reasonable opportunity*” ifadeleri ile düzenlenmiştir²²⁹. Fakat bu ifade değişikliği ile tarafların hukuki dinlenilme hakkına ilişkin kısıtlama yapılmadığı; taraflara kendilerini savunma için *makul imkân* verilmesi gerektiğine

²²⁶ Binder, **a.g.e.**, s.331; Kaufmann-Kohler, **Place**, s.358; Model Kanunun diğer hükümleri de bu yöntem ile yorumlanmalıdır. Örneğin, tahkim yargılamasının nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin 24(2) hükmünün de 18. madde kapsamında yorumlanması gerekmektedir. 24(2) hükmü uyarınca “(t)he parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents” denilerek, tarafların hukuki dinlenilme haklarını kullanabilmeleri için makul bir zaman önce tahkim yargılaması hakkında bilgilendirilmeleri gerektiği düzenlenmiştir.

²²⁷ Kaufmann-Kohler, **Place**, s.358; Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.422.

²²⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.357; Reed, **a.g.e.**, s.368; “Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that **at any stage** of the proceedings each party is given **a full opportunity** of presenting his case”.

²²⁹ “Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that **at an appropriate stage of the proceedings** each party is given **a reasonable opportunity** of presenting its case”.

ilişkin güncel düzenlemelerle uyum sağlandığı söylenmektedir²³⁰. Bu ifadeyle, hukuki dinlenilme hakkının her bir somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır²³¹. Yapılan düzenleme, hakkaniyetli bir yargılama için daha uygundur. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaları, istedikleri her işlemi yapmaya hakları oldukları anlamına gelmemektedir. Tarafların taleplerinin hakemler tarafından değerlendirilmesi ve taraflara kendilerini savunmak için makul imkân tanınması daha etkili bir tahkim yargılamasının gerçekleşmesini sağlayacaktır. 2017 tarihli ICC 22(4) hükmü ile de tahkim yargılamasında hakem kurulunun, adil ve tarafsız bir şekilde hareket edeceğini ve taraflara yeterli savunma hakkının verileceği düzenlenmiştir²³². ICDR Tahkim Kuralları 20(1) hükmü uyarınca, taraflara savunma hakkı ve kendilerini savunmaları için makul imkân tanındığı sürece, hakemlerin tahkim yargılamalarını uygun gördükleri şekilde yürütebilecekleri kabul edilmiştir²³³. ISTAC Tahkim Kuralları 19. maddesi uyarınca da “(t)ek Hakem veya Hakem Kurulu, ... tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet etmelidir” denilerek hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir.

Milli hukuklarda da tarafların, tahkim yargılamalarında hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları farklı ifadeler ile yer almıştır. İngiltere hukukunda 1966 tarihli Tahkim Kanunu 33(1)(a) maddesi uyarınca, taraflara kendilerini savunmaları için makul bir imkân verilmesi gerekmektedir²³⁴. İsviçre hukukuna göre hakem kurulu, İsviçre DÖHK 182. maddesi uyarınca tarafların savunma haklarının gözetilmesiyle görevlendirilmiştir²³⁵.

²³⁰ Aygöl, **a.g.e.**, s.125; Waincymer, **a.g.e.**, s.184; Reed, **a.g.e.**, s.369; Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.422.

²³¹ Waincymer, **a.g.e.**, s.184.

²³² Reed, **a.g.e.**, s.368; 2017 tarihli ICC 22(4) hükmü: “In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case”.

²³³ ICDR Tahkim Kuralları 20(1) hükmü: “Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in whatever manner it considers appropriate, provided ... that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case”.

²³⁴ Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.422.

²³⁵ Karrer, **Switzerland**, s.843.

Türk hukukunda da MTK 8(B)(1) hükmü ile “*taflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır*” denilerek, tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları hukuki dinlenilme hakkı özel olarak düzenlenmiştir.

d) Hakemlerin Tarafsız ve Bağımsız Olması

Milletlerarası tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin usuli düzenin korunabilmesi için hakemlerin, yargılama boyunca tarafsız ve bağımsız olmaları gerekmektedir²³⁶.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin genel düzenlemelerde çoğu zaman hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı doğrudan düzenlenmemektedir²³⁷. Bunun sebebi milletlerarası alanda tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmalarının aranmaması değil, ilkenin, doğrudan değerlendirilmesi yerine kamu düzeni veya tarafların tahkim yargılamasında eşit haklara sahip olmaları gerektiği gibi farklı prensipler altında değerlendirilmiş olmasıdır²³⁸. Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları diğer prensiplerle de bir bütünlük içerisinde. Tarafsız ve bağımsız bir yargılama, dürüst bir yargılamanın gereğidir²³⁹. Tahkim yargılaması, diğer bütün prensiplere uygun olarak, yani eşit ve savunma haklarına uygun bir şekilde yürütülse dahi; hakemlerin tarafsız ve bağımsızlıklarına ilişkin olumsuz bir

²³⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.561; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.254; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.256; Kalpsüz, **Tahkim**, s.55; Nomer, **Bağımsızlık**, s.29; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.705; Yavuz Kaplan, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 21, 2001, s.43-73 (**Hakem**), s.51; Bozkurt, **a.g.e.**, s.355; Özel, **a.g.e.**, s.180; Chang, **a.g.e.**, s.91; Dursun, **a.g.e.**, s.177; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.50.

²³⁷ Born, **a.g.e.**, s.1761; Konu hakkında doğrudan özel hüküm içeren düzenlemeler de vardır. Örneğin 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 11(1) hükmünde: “(h)er hakem tarafsız ve tahkime katılan taraflardan bağımsız olmalı ve bu şekilde kalmalıdır” veya ISTAC Tahkim Kuralları 12(1) hükmünde: “(h)er hakem, tarafsız ve bağımsız olmalı; tarafsızlık ve bağımsızlığını yargılama sona erinceye kadar korumalıdır” denilerek konu, özel olarak düzenlenmiştir.

²³⁸ Örneğin, New York Anlaşması hakemlerin tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını bir tenfiz engeli olarak doğrudan düzenlememiştir. Fakat Anlaşma kapsamında II(1), II (3), V(1)(b), V(1)(d) ve V(2)(b) hükümleri uyarınca hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiğini kabul edilmektedir. Born, **a.g.e.**, s.1761 dn.708.

²³⁹ Kaplan, **Hakem**, s.51.

unsurun varlığı, yargılama sonunda verilecek hakem kararını doğrudan etkileyecektir²⁴⁰.

Her ne kadar hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları genel olarak kabul edilen bir prensip olsa da bu prensibin tarafların tahkim yargılamasında sahip olduğu irade serbestisini ne ölçüde sınırlandırabileceği tam bir kesinlik taşımamaktadır. Hakemlerin hangi işlemlerinin tarafsızlık ve bağımsızlığa aykırılık teşkil edeceği kesinlik taşımazken, bu işlemler hakkında tarafların irade serbestilerinin nasıl kısıtlanacağını tespit etmesi esaslı bir problem teşkil etmektedir. Bu sebeple öncelikle hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığın ne anlama geldiği ve nasıl değerlendirildiğinin tespit edilmesi, ardından bu tespitlerin irade serbestisini nasıl kısıtladığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticaret alanında hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasına ilişkin sorunlar her geçen gün artmaktadır. Ticaret hayatının küreselleşmesi ve milletlerarası alanda şirketlerin kurdukları bağların artması, hakemlerin uyuşmazlıklar hakkında dikkat etmeleri gereken hususları arttırmakta ve hangi işlemlerin hakemlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilediği konusunda ortaya çıkan ihtilafların sayısını arttırmaktadır²⁴¹. Her ne kadar milletlerarası tahkim alanında çalışan insan sayısı fazla olsa da genellikle hakem olarak avukatların seçilmesi ve tahkim alanında çalışan avukat sayısının sınırlı olması, hakemlerin tarafsızları ve bağımsızlıkları hakkında çıkar çatışmalarının artmasına, tarafların konu hakkında yapabilecekleri tercihlerin kapsamının da daralmasına sebep olmaktadır²⁴².

²⁴⁰ Dickson, **a.g.e.**, s.127.

²⁴¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.134; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.113; Audley Sheppard, "Mandatory Rules in International Commercial Arbitration-An English Law Perspective", **American Review of International Arbitration**, vol.18, 2007, s.121- 145, s.137 dn.78.

²⁴² Bu durumun tahkim yargılamalarında hakemlerin daha tarafız davranmalarına sebep olacağı da söylenebilecektir. Çünkü, aynı taraflarca başka bir tahkim yargılamasında tekrardan hakem olarak seçilebilmeleri için, hakemlerin mevcut tahkim yargılamalarında tarafsız olmak için çaba göstermeleri gerekecektir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.135.

Hakimlerin adil bir tahkim yargılaması yürütebilmeleri için tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiği ilkesi, hukuk tarihinin başlangıcından beri kabul edilmiş ve birçok kanuni düzenlemeye konu olmuş bir ilkedir²⁴³. Hakemlerin, hakimler gibi bir yargılama fonksiyonu yerine getirmeleri sebebiyle, hakimler için geçerli olan tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüğü hakemler için de geçerliliğini korumaktadır²⁴⁴. Tek hakemli yargılamalarda hakemin veya üç hakemli yargılamalarında iki hakemin taraflarca seçilmesi veya sözleşmesel teori uyarınca hakemlerin yargılama yetkilerinin tahkim anlaşmasından kaynaklandığının kabul edilmesi dahi, hakemlerin tahkim yargılamalarında tarafsız ve bağımsız olamayacakları veya olamayabilecekleri söylenemez.

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmalarına ilişkin değerlendirmenin ve yaptırımların *lex arbitri* kapsamında değerlendirileceği genel olarak kabul edilmektedir. Konu hakkında milletlerarası alanda yer alan örnek kanun düzenlemelerinde (örneğin Model Kanun 12. maddesinde), milletlerarası tahkim kurallarında (örneğin 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 11. maddesinde) veya tahkime ilişkin milli düzenlemelerde (örneğin MTK 7. maddesinde) hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Fakat bu düzenlemelerde de genel olarak hakemlerin tarafsızlıklarının veya bağımsızlıklarının ne anlama geldiği veya hakemlerin tarafsız veya bağımsızlığa aykırı davranışları halinde yaptırımın ne olacağı doğrudan düzenlenmemiştir. Her ne kadar hakemlerin tarafsızlığa ve bağımsızlığa aykırı eylemlerinin hakem kararının iptaline veya tenfizinin engellenmesine sebep olacağı genel olarak kabul edilse de bu husus da çoğu zaman doğrudan düzenlenmemiştir²⁴⁵.

²⁴³ Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.850; Petrochilos, **a.g.e.**, s.131.

²⁴⁴ Nomer, **Kamu Düzeni**, s.566; Özel, **a.g.e.**, s.180; Kaplan, **Hakem**, s.52; Bozkurt, **a.g.e.**, s.92.

²⁴⁵ Örneğin, MTK 15. maddesinde hakem kararların hangi koşullar altında iptal edilebileceği düzenlenirken hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmaları gerektiği düzenlenmemiştir. Bu sebeple hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmaması sebebiyle bir kararın iptal edilmesi için 15(A)(1)(g) uyarınca tarafların eşitliğinin gözetilmediğinin ispat edilmesi veya 15(A)(2)(b) uyarınca kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Yine hakem kararının hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmamaları sebebiyle New York Anlaşması uyarınca tenfiz edilememesi için durumun; V(1)(b) uyarınca tarafların hakem prosedüründen haberdar edilmemiş olması, V(1)(d) uyarınca kararın tahkim anlaşmasına veya tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmesi veya V(2)(b) uyarınca kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hallerinden birinin kapsamına girmesi gerekmektedir. Born, **a.g.e.**, s.1761 dn.708.

Milletlerarası alanda hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıklarına ilişkin en ayrıntılı düzenlemelerin, Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association) (IBA) tarafından düzenlenen Milletlerarası Hakemler için IBA Etik Kuralları (IBA Etik Kuralları) ve Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA İlkeleri (IBA İlkeleri) olduğu söylenebilecektir. IBA Etik Kuralları 1987 yılında yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar Kuralların, tahkim anlaşmasının bir parçası olarak kabul edilmediği müddetçe bağlayıcı bir özelliği bulunmasa da milletlerarası alanda hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında genel kabul edilen prensiplere ilişkin birleştirici bir çalışma olduğu kabul edilmektedir. IBA İlkeleri ise 2004 yılında yayınlanmış ve 2014 yılında revize edilmiştir. IBA İlkeleri ile hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı tanımlanmayıp konu IBA Etik Kurallarındaki haliyle korunsada milletlerarası alanda var olan yeknesak düzenleme ihtiyacı karşılanmış ve IBA Etik Kurallarının kimi unsurları güncellenmiştir. IBA İlkeleri hazırlanırken, milletlerarası alanda farklı düzenlemelerde yer alan kuralların birer prensip haline getirilmesi amacıyla çalışma yapılmıştır. Günümüzde IBA İlkeleri, taraflarca, tahkim kurumlarınca ve mahkemelerce kullanılmaktadır. Fakat IBA İlkelerinin gerek tahkim yargılamasında gerekse mahkemelerde nasıl değerlendirileceği konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. IBA kurallarını dikkate alan mahkeme kararlarında konu hakkında bir değerlendirme olmaması da IBA kuralların nitelikleri hakkında yapılacak tespiti zorlaştırmaktadır. Doktrinde IBA İlkelerinin “*procedural soft law*”, “*lex mercatoria arbitralis*” veya “*usul hukuku ile bağlantılı lex mercatoria*” olarak değerlendirildiği görülmektedir²⁴⁶. Bu sebeple, IBA İlkelerinin *lex proceduralianın* bir kaynağı olarak görülmesi mümkündür.

Tahkim yargılamasında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin yükümlülüklerinin tahkim yargılaması boyunca devam etmesi gerektiği genel olarak kabul edilse de hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı ile neyin kastedildiği genel olarak tanımlanmamıştır²⁴⁷. Hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıklarına ilişkin

²⁴⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.66; Bozkurt, **a.g.e.**, s.214.

²⁴⁷ IBA İlkeleri Birinci genel standart: “*Her hakem, görevi kabul ettiği andan, nihai kararın verildiği ya da herhangi başka bir şekilde yargılamanın nihai olarak sona erdiği ana kadar tarafsız ve*

kavramların tam olarak birbirlerinden ayrılması hem teorik hem de pratik açıdan oldukça zordur. Birçok düzenlemede tarafsızlık ve bağımsızlık kavramları birbirlerinin yerine kullanıldığı gibi sadece biri kullanılırken aslında her ikisinin de kastedildiği görülmektedir. Örneğin 1998 tarihinde yürürlükte olan ICC Tahkim Kurallarında sadece hakemlerin bağımsız olmaları düzenlenirken; bu düzenlemenin hakemlerin taraflı olabilecekleri anlamına gelmediği kabul edilmekteydi²⁴⁸. Keza MTK 7(C) maddesinin ikinci cümlesinde hakemlerin tarafsızlıklarından şüpheyi düşüldüğünde hakemlerin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar madde hükmünde sadece hakemlerin tarafsızlıklarından bahsedilse de hakemlerin bağımsızlığının da madde hükmü kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir²⁴⁹. Bu kavramlardan birine değinmeden diğerrinin kullanılması ve değerlendirilmesi oldukça zordur²⁵⁰. Günümüzde her iki kavramın da birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve kavramlar arasında yapılan ayırımın geçerliliğini yitirdiği de ileri sürülmektedir²⁵¹.

Hakemlerin tahkim yargılamalarında tarafsız olmaları, uyuşmazlıkta bir taraf lehine veya bir karara yakın olmamaları anlamına gelmektedir²⁵². IBA Etik Kuralları 3(1) maddesinde taraflılık, hakemlerin taraflardan birisini kayırması veya uyuşmazlık hakkında bir ön yargıya sahip olması olarak tanımlanmıştır. Hakemlerin tarafsız olmaları bir taraf veya karar lehine yakın olmamaları anlamına geldiği gibi, yine bir taraf lehine işlem yapmamaları anlamına da gelmektedir.

bağımsız olmalıdır” diyerek bu ilkeyi düzenlemiştir. Yine ISTAC Tahkim Kuralları 12(1) hükmünde “(h)er hakem, tarafsız ve bağımsız olmalı; tarafsızlık ve bağımsızlığını yargılama sona erinceye kadar korumalıdır” denilerek, tarafsızlık ve bağımsızlığın yargılama sona erinceye kadar korunması gerektiğine dair özel düzenleme getirilmiştir. Doktrinde bağımsızlık yükümlülüğünün tahkim yargılaması bittikten sonra da devam edip etmediğine dair bir tartışma bulunmaktadır. Bu konuda verilmiş farklı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, Paris Yüksek Mahkemesi, hakem kararının verilmesinden sonra hakemlerden birinin davalı tarafça işe alınmasının, hakemin bağımsız olmadığını gösterdiğinden hakem kararının tenfizini kabul etmemiştir. *Raoul Duval v. MerkuriaSudcen*, Fransa, 1996, naklen Dickson, **a.g.e.**, s.127. Doktrinde tahkim yargılamasının bitmesinin ardından yapılacak değerlendirmenin daha kısıtlı olması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.255.

²⁴⁸ Born, **a.g.e.**, s.1831; Petrochilos, **a.g.e.**, s.131.

²⁴⁹ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.63; Bozkurt, **a.g.e.**, s.69.

²⁵⁰ Born, **a.g.e.**, s.1777.

²⁵¹ Bozkurt, **a.g.e.**, s.120.

²⁵² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.255; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.258; Kalpsüz, **Tahkim**, s.56; Born, **a.g.e.**, s.1776; Petrochilos, **a.g.e.**, s.132; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.113; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.222; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.63; Kaplan, **Hakem**, s.43; Özel, **a.g.e.**, s.180.

Hakemlerin yargılamada bağımsız olmaları ise hakemin, taraflarla veya taraflara yakın birisi ile olan yakın ilişki içinde olmaması olarak tanımlanmıştır. Mahkemelerin veya hakimlerin bağımsızlığı, hakimlerin üçüncü kişi veya kurumlar ile bir ilişkileri olmadan veya bunların baskılarından bağımsız olarak karar verebilmeleri anlamına gelmektedir. Hakimlerin bağımsızlığı ile esas kastedilen, yürütme organına karşı olması gereken bağımsızlıktır²⁵³. Tahkim yargılamalarında hakemlerin bağımsızlığı ise hakemlerin kurumsal olarak hiçbir baskı altında kalmadan, taraflardan bağımsız olarak karar verebilmeleri anlamına gelmektedir²⁵⁴. Yani esas olarak hakemlerin taraflar ile veya taraflara yakın kişiler ile kişisel bağlarının olmaması gerekmektedir²⁵⁵. Hakemlerin bağımsızlığı, hakemlerin gerek ekonomik gerekse siyasi olarak, tahkim yargılamasının tarafları veya tahkim yargılaması ile alakalı üçüncü kişiler ile aralarında önceden bir bağımlılık ilişkisinin olmaması ve yine hakemlerin tahkim yargılamasında hiçbir otoritenin etkisi altında olmadan karar verebilme serbestisine sahip olmaları anlamına gelmektedir²⁵⁶. IBA Etik Kuralları 3(1) maddesinde de hakemlerin bağımlılığının, hakemlerin taraflarla veya taraflara yakın birisi ile olan ilişkisinden doğacağı vurgulanmıştır.

Hakemlerin tarafsızlıkları değerlendirilirken, hakemlerin taraflar veya uyuşmazlık hakkındaki fikirlerine bakılacağı için sübjektif bir değerlendirme yapılabilecekken, hakemlerin bağımsızlığına ilişkin değerlendirme yapılırken, hakemin taraflar ile olan ilişkilerine bakılacağı için objektif bir değerlendirme yapılacaktır²⁵⁷. Hatta bu sebeple hakemlerin tarafsızlığı *sübjektif bağımsızlık* olarak tanımlanırken; hakemlerin bağımsızlığı, *objektif tarafsızlık* olarak tanımlanmaktadır²⁵⁸.

²⁵³ Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.850; Kalpsüz, **Tahkim**, s.55; Bozkurt, **a.g.e.**, s.95.

²⁵⁴ Kalpsüz, **Tahkim**, s.55; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.222; Bozkurt, **a.g.e.**, s.98.

²⁵⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.255; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.261; Kaplan, **Hakem**, s.44; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.63.

²⁵⁶ Born, **a.g.e.**, s.1776; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.93; Bozkurt, **a.g.e.**, s.94.

²⁵⁷ Born, **a.g.e.**, s.1777; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.114.

²⁵⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.255; Binder, **a.g.e.**, s.217; Petrochilos, **a.g.e.**, s.133 dn.98.

Hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarının her bir somut uyuşmazlık hakkında, o uyuşmazlığa has unsurlar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kimi zaman uyuşmazlıkların sahip olduğu özel durumlar sebebiyle, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda yapılacak değerlendirmede farklı yöntemlerin izlenmesi gerekebilecektir²⁵⁹.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıklarının değerlendirilmesi amacıyla, hakimler için düzenlenen kriterler kullanılmakta veya kullanılması teklif edilmektedir²⁶⁰. Fakat hakimler ile hakemlerin gerek nitelik gerekse çalışma farklılıkları, hakimler için getirilen kriterlerin hakemler için kullanılamamasına, kullanılsa dahi istenilen sonuçların alınamamasına sebep olmaktadır²⁶¹. Bu sebeple hakimlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarının tespiti için kullanılan kriterlerin ve testlerin, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakemler için doğudan kullanılmaması, hakemler için hakimlerden daha hafif şartlar içeren ve farklı testlerin değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁶².

Tahkim yargılamasında kullanılması gereken testin *haklı şüphe, makul şüphe, makul üçüncü şahıs* testleri olduğu doktrinde savunulmaktadır²⁶³. Bu testlerin genel

²⁵⁹ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.261; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.110; Bozkurt, **a.g.e.**, s.100.

²⁶⁰ Nomer, **Kamu Düzeni**, s.560; Petrochilos, **a.g.e.**, s.137; Kaplan, **Hakem**, s.53; Mahkemelerde hakimlerin tarafsız olup olmadıklarına ilişkin iki tane testin var olduğu kabul edilmektedir. Sübjektif teste göre hakimlerin herhangi bir taraf veya uyuşmazlık hakkında taraflı işlemlerde bulunması veya bir taraf lehine veya aleyhine işlem yapması, hâkimin tarafsız olmadığını göstermektedir. Fakat bu test uyarınca, hâkimin taraflı olduğunun kanıtlanması, hâkimin düşüncesinin veya hareketlerinin altında yatan amacın ispatlanmasını gerektirdiğinden çok kolay değildir. Buna karşılık kullanılan objektif teste göre ise hâkimin herhangi bir tarafa daha yakın olmasına sebep olabileceğine ilişkin şüphe uyandıran herhangi bir ilişkinin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu test, hâkimin ilişkilerinin kanıtlanması suretiyle ispatlanabileceğinden daha kolaydır. Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.114.

²⁶¹ Mahkemeler ve hakimler önlerine gelecek olan uyuşmazlıklar için sabit iken tahkim yargılamasında her bir dava için yeni bir hakem kurulu oluşturulmaktadır. Bir uyuşmazlık için hakemlerin sahip olabileceği menfaat ihtilafları hakimlere kıyasla oldukça fazladır çünkü milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında belirlenen hakemler belirli bir zümreden seçilmektedir ve bu kişiler aynı zamanda milletlerarası ticaret alanında iş yapmaktadırlar. Bu ve buna benzer, mahkemeler ve tahkim yargılamaları arasında var olan farklılıklar, tahkim yargılamasında hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasına ilişkin hususları karmaşık hale getirmektedir.

²⁶² Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.258; Nomer, **Kamu Düzeni**, s.568; Ekşi, **Tenfiz**, s.161; Öztekin Gelgel, **New York**, s.1156; Born, **a.g.e.**, s.1794; Petrochilos, **a.g.e.**, s.138; Williams/Kirk, **a.g.e.**, s.104.

²⁶³ Born, **a.g.e.**, s.1778; Bozkurt, **a.g.e.**, s.152; ABD hukukunda ise daha sıkı bir test olarak taraflılığın açık olarak ispatlanması ("*evident partially*") aranmaktadır. Petrochilos, **a.g.e.**, s.138; Mahkemelerde

olarak milletlerarası düzenlemeler de karşılıklarını görmek mümkündür. Model Kanun 12. maddesinde “*Hakem olarak atanma ihtimali olan kişi, tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin haklı şüphelere yol açması muhtemel bütün hal ve şartları bildirmek zorundadır*” diyerek hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları değerlendirilirken haklı şüphe testinin kullanılacağını düzenlemiştir²⁶⁴. IBA Etik Kuralları 3(2) maddesi uyarınca da hakemin düşüncesini bilmeyen makul bir kişide hakemin taraflardan birine bağımlı olabileceğini düşünmesine sebep olacak olgular, hakemin tarafsız ve bağımsız olmadığı hakkında bir şüphe ortaya çıkartacaktır. Hakemlerin tahkim yargılaması sonunda verilecek olan karardan bir çıkarının olması veya uyuşmazlığın sonucu hakkındaki tavrını önceden belli etmesi de hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmadıkları hakkında bir şüphe ortaya çıkartacaktır. Yine IBA Etik Kuralları 3(3) hükmü uyarınca hakemlerin, taraflar veya tanıklar ile arasında dolaylı veya doğrudan bir iş ilişkisinin olması da hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında şüphe uyandıracaktır. IBA İlkeleri uyarınca da hakemlerin tarafsızlıklarının ve bağımsızlıklarının değerlendirilmesi hakkında haklı şüphe testinin uygulanması kabul edilmiştir. Herhangi bir durumun hakemin tarafsızlığı veya bağımsızlığını etkilemesi için IBA İlkeleri İkinci genel standart (b) bendinde “*bilgi sahibi olan makul üçüncü şahıslar açısından hakemin tarafsız veya bağımsızlığına ilişkin haklı şüphe doğurabilecek nitelikte olmaları*” aranmıştır. MTK 7(C) hükmünde yer alan “*tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartları*” ifadesi ile de haklı şüphe testinin kabul edildiği söylenebilecektir²⁶⁵.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmalarının nasıl tespit edilebileceğine ilişkin bir görüş birliği olmadığı gibi tarafların, hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında irade serbestisine sahip olup olmadığı konusunda da bir fikir birliği bulunmamaktadır. Milletlerarası düzenlemelerinde açık bir hüküm olmadığı gibi UNCITRAL Model Kanunu temel

kullanılan testler tahkim yargılamasında değerlendirilirse de esas olarak objektif testin kullanılabileceği, sübjektif test ile tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsız olmadıklarının tespit edilmesinin çok zor olduğu haklı olarak söylenmektedir. Sadece hakemlerin hileli bir hareketi var ise sübjektif test ile hakemlerin tahkim yargılamasında bağımsız veya tarafsız olmadıkları ispat edilebilecektir. Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.114; Petrochilos, **a.g.e.**, s.133.

²⁶⁴ Model Kanun 12. maddesinin Türkçe çeviri için bkz. Bozkurt, **a.g.e.**, 244.

²⁶⁵ Kalpsüz, **Tahkim**, s.60.

alınarak yapılan milli tahkim düzenlemelerinde de genel olarak konu hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır²⁶⁶.

Hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıklarına uygulanacak hukuk hakkında tarafların tercih yapabilecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Örneğin, MTK tahkime tabi bir tahkim yargılamasında MTK 7(D) uyarınca taraflar IBA Etik Kurallarının uygulanması konusunda anlaşabileceklerdir²⁶⁷. Burada önemli olan husus esas olarak tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarının *lex arbitriye* tabi olduğunun unutulmamasıdır²⁶⁸. Taraflarca konu hakkında yapılacak tercihlerin, *lex arbitriye* daha doğrusu *lex arbitrinin* emredici kurallarına aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Nasıl ki tarafların tercihleri veya esasa veya usule uygulanması için seçtikleri hukukun *lex arbitriye* aykırılık teşkil etmesi, tahkim yargılaması açısından sorunlu bir hal ortaya çıkartacaksa; tarafların tahkim hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkındaki tercihleri veya seçtikleri hukuk veya kuralların da *lex arbitri* ile çatışması tahkim yargılamasında problemlerin ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Fakat *lex arbitri* olarak tespit edilecek hukuklarda konu hakkında genellikle ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığından uygulamada bu yönde bir çatışmanın ortaya çıkma ihtimali çok yüksek değildir.

Tarafların aralarında yapacakları anlaşma uyarınca irade serbestisi kapsamında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları ile ilgili olarak daha yüksek bir standart belirleyebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir²⁶⁹. Fakat tarafların, hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları değerlendirilirken daha düşük bir standart belirleyip belirleyemeyeceği tartışma konusudur. Tartışma özellikle, tarafların, birer hakem belirledikleri ve belirlenen iki hakemin de bir baş hakem belirlediği tahkim yargılamalarında, tarafların belirlediği hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı konusunda bir anlaşma yapılıp yapılamayacağı kapsamında ilerlemektedir. Taraflarca atanan hakemlerin, tek hakem veya baş hakemin tabi

²⁶⁶ Born, **a.g.e.**, s.1815.

²⁶⁷ MTK 7(D) hükmü uyarınca: “Taraflar, hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilirler”.

²⁶⁸ Bozkurt, **a.g.e.**, s.177.

²⁶⁹ Born, **a.g.e.**, s.1814; Bozkurt, **a.g.e.**, s.180.

tutulduğu tarafsızlık ve bağımsızlık kriterine tabi olması gerekip gerekmeyeceği veya bu standart üzerinde oynama yapıp yapılamayacağı bir kesinlik içermemektedir. ABD hukukunda baş hakemin bağımsız ve tarafsız olması aranırken, taraflarca belirlenen hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmamaları konusunda anlaşma yapılabilecekleri kabul edilmektedir²⁷⁰. Doktrinde, taraflarca seçilen hakemlerin, baş hakemlerin tabi oldukları standartlara tabi olmasının gereksiz olduğu ve taraf hakemlerinin tarafsızlık ve bağımsızlıkları değerlendirilirken tek hakem veya baş hakem için aranılan tarafsızlık ve bağımsızlığa göre daha rahat bir değerlendirmenin yapılması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷¹. Günümüzde milletlerarası düzenlemelerde genel olarak hakemler arasında bir ayırım yapılmadığı ve hakemlerin aynı standartlara tabi tutuldukları söylenebilecektir²⁷². Buna rağmen pratikte taraf hakemlerinin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları değerlendirilirken daha rahat değerlendirme yapıldığı genel olarak söylenebilecektir. Örneğin, baş hakemin seçimi sırasında taraf hakemlerinin konu hakkında taraflar ile özel olarak görüşmelerinin, taraf hakemlerinin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında bir şüphe uyandırmayacağı kabul edilmektedir²⁷³.

Tarafların hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında irade serbestisine sahip olup olmadıklarının değerlendirilmesinden önce hakemlerin tarafsızlıkları veya bağımsızlıkları hakkında şüphe uyandırabilecek hususları taraflara bildirim yükümlülüklerinin incelenmesi gerekmektedir. Çünkü tarafların hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin yapacakları herhangi bir tercih, ancak hakemin ilgili durumu hakkında bilgi sahibi olmaları halinde geçerli olabilecektir. Bu sebeple birçok milletlerarası ve milli düzenlemede hakemlerin, tarafsızlık veya bağımsızlıklarını etkileyen durumlar hakkında tarafları haberdar

²⁷⁰ Born, **a.g.e.**, s.1815; Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.903; Fakat böyle bir anlaşmanın geçersiz olacağına dair düzenleme yapan milli hukuklar da bulunmaktadır. İngiliz, Çin, Macar ve Brezilya tahkim düzenlemeleri uyarınca taraf hakemlerinin tarafsız veya bağımsız olmayabileceklerine ilişkin taraflarca yapılacak anlaşmalar, geçersiz olarak kabul edilmektedir. Bozkurt, **a.g.e.**, s.181 dn.493.

²⁷¹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.115; Kaplan, **Hakem**, s.57; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.65.

²⁷² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.575; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.254; Born, **a.g.e.**, s.1811; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.271; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.65; Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.903; Örneğin IBA İlkeleri Beşinci genel standart (a) bendi uyarınca düzenlemenin bütün hakemlere uygulanacağı vurgulanmıştır.

²⁷³ Born, **a.g.e.**, s.1800.

etme yükümlülükleri düzenlenmiştir²⁷⁴. Eğer taraflar hakemlerin tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını etkileyecek unsurlar hakkında bilgi sahibi olamazlar ise konu hakkında bir tercihte de bulunamazlar. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, bildirim yapan hakemler, ilgili hususun tahkim yargılamasının yürütülmesi konusunda kendilerine bir engel teşkil etmediğini düşünmektedirler. Zaten hakem, ilgili hususun tahkim yargılamasına devam edilmesini engelleyecek bir husus olduğunu düşünürse hakemlikten çekilebilecektir. IBA İlkeleri Üçüncü genel standart (c) bendinde de belirttiği üzere bildirim yapan hakemler, mevcut durumun tarafsızlık ve bağımsızlıklarını etkileyen durumun yargılamaya devam etmelerini engelleyecek bir husus içermeyeceğini kabul etmektedirler. Yapılan bildirimin amacı, tarafların ilgili durum hakkında bir karar vermeleri ve yargılamaya bildirim yapan hakem ile devam etmek istemediklerine ilişkin iradelerinin ortaya çıkmasıdır.

Hakemler tarafından tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında taraflara bildirim yapıldıktan veya taraflarca hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında şüphe uyandıracak bir hususu öğrenildikten sonra, tarafların, konu hakkında itirazda bulunmamaları, söz konusu tarafsızlığa veya bağımsızlığa sebebiyet veren konu hakkında itiraz haklarından feragat ettikleri anlamına gelmektedir. Bu durumun tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisi kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Yani taraflar, hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmadıklarını düşündürecek bir unsuru biliyor ve buna itiraz etmiyorlarsa tahkimin ilerleyen

²⁷⁴ 2014 tarihli IBA İlkeleri Üçüncü genel standartta: “*taraflar nazarında hakemin tarafsızlığına veya bağımsızlığına şüphe düşürebilecek hal veya koşulların varlığı halinde, hakem söz konusu hal veya koşulları görevi kabulden önce veya görevi kabul ettikten sonra öğrenmesi halinde, mümkün olan en kısa sürede taraflara, tahkim kurumuna ya da hakemi tayin eden diğer bir kuruma (kurumun mevcut olması ve ilgili kurumsal kuralların gerekli kılması halinde) ve şayet mevcutsa diğer hakemlere bildirmekle yükümlüdür*” diyerek bildirim yükümlülüğünü düzenlemiştir. Model Kanun 12. maddesi uyarınca hakemlerin gerek atanmadan önce gerekse atandıktan sonra tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında şüphe uyandırabilecek her durumu taraflarla paylaşmaları gerekmektedir. Madde uyarınca: “*Hakem olarak atanma ihtimali olan kişi, tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin haklı şüphelere yol açması muhtemel bütün hal ve şartları bildirmek zorundadır. Bir hakem, atandığı andan itibaren, tahkim yargılaması süresince, evvelce kendisinin tarafları bilgilendirmediği bu tür durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir*”. Yine MTK 7(C) hükmü, Model Kanun ile paralel bir düzenlemeye sahiptir. Hüküm uyarınca: “*Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir*”.

aşamalarında da bu duruma itiraz edemeyeceklerdir²⁷⁵. Genel kabul edilen görüş, itiraz hakkından vazgeçen tarafın tahkim yargılamasının ilerleyen aşamalarında aynı hüküm hakkında tekrardan itirazda bulunamayacağı yönündedir²⁷⁶.

Hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin itirazların, belirli bir süre içinde açık veya zımni olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Tarafsızlık veya bağımsızlığı ile ilgili bir çekince duyan hakemin kendisine bildirim yapması halinde taraf, eğer belirli bir süre içinde itirazda bulunmazsa itiraz hakkından feragat etmiş sayılacaktır²⁷⁷. Birçok milletlerarası düzenlemede tarafların, hakemin tarafsızlığına gölge düşürecek olay hakkında bilgi sahibi olduktan sonra ya hemen ya da belirli bir süre içerisinde itirazlarını ileri sürmeleri gerektiği düzenlenmiştir²⁷⁸. Tarafların hakemlere itirazlarının veya itiraz hakkından feragatlerinin şekli konusunda genellikle zorunlu düzenlemeler bulunmamaktadır. Feragat veya itirazların şekli konusunda tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun düzenlemelerine bakılması gerekmektedir.

Tahkim yargılaması başlamadan önce, hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında yapılacak itiraz hakkından feragatlerin kabul olmayacağı genel kabul edilen görüştür²⁷⁹. Önceden feragat olarak adlandırılan bu durumun geçerliliğinin ilgili hukukça belirleneceğini ve fakat hakemlerin böyle bir anlaşmaya rağmen bildirim yükümlülüklerinin devam edeceği IBA İlkeleri Üçüncü genel standarta ilişkin açıklamaların (b) bendinde vurgulanmıştır. Bu durumun tek istisnası

²⁷⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.278; Born, **a.g.e.**, s.1919; Kaplan, **Hakem**, s.50 dn.20; Bozkurt, **a.g.e.**, s.359; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.118; Williams/Kirk, **a.g.e.**, s.97; Carlevaris, **a.g.e.**, s.16.

²⁷⁶ Ekşi, **Tenfiz**, s.161; Bkz. 2014 tarihli IBA İlkeleri Dördüncü genel standart (a) bendi; ILA Raporunda da tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmeyen temel prensiplerin tanıma tenfiz davasında ileri sürülemediği gerektiği savunulmuş, örnek olarak da tarafların hakemlerin tarafsızlıklarına ilişkin itirazlarını belirli bir sürede yapmaları gerektiği ve eğer yapılmazsa itiraz haklarını kaybedecekleri gösterilmiştir. Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.260; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.23. Mahkemelerce, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmeyen ihlallerin iptal ve tenfiz davalarında dikkate alınmayacağına ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(3)-(c))

²⁷⁷ Kaplan, **Hakem**, s.70; Bozkurt, **a.g.e.**, s.307; Bkz. IBA İlkeleri Dördüncü genel standart (a) bendi.

²⁷⁸ Örneğin Model Kanun 13(2) hükmü konu hakkında on beş gün süre tanırken, MTK 7(D) hükmü otuz gün süre tanımaktadır.

²⁷⁹ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.307; Ekşi, **Tenfiz**, s.156; Kaplan, **Hakem**, s.61; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.127.

olarak, iki tarafa karşı tarafsızlığı sorgulanabilir durumda olan kurumsal tahkim yargılamalarındaki hakemler gösterilmektedir²⁸⁰.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında, tarafların hangi hususlarda hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarından feragat edebilecekleri konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat IBA İlkeleri, hakemlerin hangi koşullarda tarafları bilgilendirmelerinin gerektiği ve tarafların hangi durumlarda hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarından feragat edebildiklerine dair bir sınıflandırma yapmıştır. Bu sınıflandırmayı da üç renk kategorisine ayırmıştır. Bu noktada önemli olan IBA İlkeleri uyarınca yapılan sınıflandırmanın sınırlayıcı olarak düzenlenmemiş olduğudur²⁸¹. Yani tahkim yargılamasında hakemlerin veya mahkemelerde hakimlerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, her seferinde, yapılan sınıflandırma dahilinde yeniden değerlendirme yapılması gerekmektedir²⁸².

IBA İlkeleri yeşil listede yer alan hususlar uyarınca, objektif bir bakış açısıyla görünüşte veya fiilen bir menfaat çatışması yoktur ve bu konular hakkında hakemlerin bildirim yükümlülükleri bulunmamaktadır²⁸³. Hakemlerin yeşil listede

²⁸⁰ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.127.

²⁸¹ Bkz. IBA İlkeleri Bölüm II: Genel Standartların Uygulanması.

²⁸² Williams/Kirk, **a.g.e.**, s.101.

²⁸³ Yeşil listede yer alan hususlar şunlardır: “4.1 Önceden açıklanmış hukuki görüş 4.1.1 Tahkimde değerlendirilmesi gereken bir husus hakkında hakemin, doğrudan tahkim davasına odaklanmış olmaması kaydıyla, önceden hukuki görüşünü (örneğin, bir hukuk dergisi makalesinde veya kamuya açık bir derste/konferansta) açıklamış olması. 4.2 Taraflardan biri için hâlihazırda hizmet sağlanması 4.2.1 Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosu ile iş birliği yapmakta olan, ancak önemli miktarda ücret veya diğer gelirleri paylaşmayan bir büronun, taraflardan birine veya taraflardan birinin bağlı şirketine somut olayla bağlantısı bulunmayan bir konuda hizmet sağlaması. 4.3 Başka bir hakem veya taraflardan birinin vekili ile irtibat 4.3.1 Hakemin, diğer bir hakemle veya taraflardan birinin vekili ile aynı mesleki kuruluşa veya sosyal kurum ya da hayır kurumlarına üye olması veya sosyal medya ağları vasıtasıyla irtibatının bulunması. 4.3.2 Hakem ve taraflardan birinin vekilinin, önceden bir davada hakem olarak birlikte görev yapmış olması. 4.3.3 Hakemin, diğer bir hakem veya taraf vekiliyle aynı fakülte veya okulda ders vermesi ya da diğer bir hakem veya taraf vekiliyle birlikte aynı mesleki kuruluşa veya sosyal kurum ya da hayır kurumunda görevli olarak çalışması. 4.3.4 Hakemin, diğer bir hakem veya taraf vekiliyle birlikte konuşmacı, moderatör veya organizatör olarak, bir veya birden çok konferansta görev almış olması, seminerlere katılmış olması ya da mesleki kuruluş veya sosyal veya hayır kurumlarının çalışma gruplarına katılmış olması. 4.4 Hakem ile taraflardan biri arasındaki irtibat 4.4.1 Bağlantının yalnız hakemin müsaitliği ve vasıf ve niteliklerine veya muhtemel başhakem adaylarının belirlenmesine ilişkin olması ve hakeme sadece davaya ilişkin temel bilgilerin verilmesi, davanın usulüne ve esasına ilişkin hususların görüşülmemiş olması kaydıyla; hakemin göreve atanmadan önce taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketi ile (veya bunların vekili ile) irtibat kurmuş olması. 4.4.2 Hakemin, halka açık taraflardan birinde veya bu tarafın bağlı şirketinde, önemli sayılmayacak miktarda hisseye sahip olması. 4.4.3 Hakemin, taraflardan biri veya

belirtilen durumlar hakkında tarafları bilgilendirip bilgilendirmeme konusunda takdir hakları bulunmaktadır.

Turuncu listede yer alan hususlar, haklı şüpheye sebebiyet verebilecek hususlardır ve tarafların ilgili durum hakkında bilgi sahibi olmaları ve açık rıza vermeleri halinde hakemler yargılama görevlerine devam edebileceklerdir²⁸⁴. Bu

taraflardan birinin bağlı şirketinde yönetici, müdür veya denetim kurulu üyesi olarak görev alan ya da taraf veya bağlı şirketi üzerinde kontrol yetkisine sahip olan kişiyle birlikte, bilirkişi heyetinde veya aynı davada hakemlik de dâhil olmak üzere, başka bir mesleki sıfatla çalışmış olması. 4.4.4 Hakemin, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketleriyle, sosyal medya ağı üzerinden irtibatının bulunması”.

²⁸⁴ Turuncu listede yer alan hususlar şunlardır: “3.1 Taraflardan birine önceki bir dönemde hizmet sağlama veya dava ile başka ilişki 3.1.1 Hakem ile ilgili taraf veya bağlı şirketi arasında devam eden bir ilişkinin var olmaması kaydıyla, hakemin son üç yıl içerisinde, uyuşmazlıkla ilgisi olmayan bir olayda taraflardan birinin veya taraflardan birinin bağlı şirketinin vekili olarak görev yapmış olması veya atamayı yapan tarafa veya taraflardan birinin bağlı şirketine önceden danışmanlık hizmeti sağlamış olması. 3.1.2 Hakemin son üç yıl içerisinde, uyuşmazlıkla ilgisi olmayan ve taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketinin taraf olduğu olayda, karşı taraf vekilliği yapmış olması. 3.1.3 Hakemin son üç yıl içerisinde, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketi tarafından, iki veya daha fazla sefer hakem olarak atanmış olması. 3.1.4 Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosunun son üç yıl içerisinde, uyuşmazlık ile ilgisi olmayan ve hakemin dahil olmadığı bir olayda, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketinin ya da karşı tarafın vekilliğini yapmış olması. 3.1.5 Hakemin, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketinin dahil olduğu ve bağlantılı bir uyuşmazlık konusunu ilgilendiren başka bir tahkim davasında, hâlihazırda görev yapması veya son üç yıl içerisinde hakem olarak görev yapmış olması. 3.2 Taraflardan biri için hâlihazırda hizmet sağlama 3.2.1 Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosu için önemli bir ticari ilişki oluşturmaması ve hakemin müdahil olmaması kaydıyla, söz konusu hukuk bürosunun taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketine hâlihazırda hizmet sağlıyor olması. 3.2.2 Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosuyla önemli bir miktar ücret veya başkaca gelirlerini paylaşan bir hukuk bürosu ya da sair hukuki kuruluşun, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketine Hakem Heyeti huzurunda hizmet sağlaması. 3.2.3 Hakemin veya hakemin bağlı olduğu büronun, somut tahkimi ilgilendirmeyen durumlarda, tahkim davasının taraflarından birini veya taraflardan birinin bağlı şirketini düzenli olarak hukuken temsil etmesi. 3.3 Hakem ile başka bir hakem veya vekil arasındaki ilişki 3.3.1 Hakem ve diğer bir hakemin aynı hukuk bürosunda faaliyet gösteren avukatlar olması. 3.3.2 Hakem ve diğer bir hakemin veya taraflardan birinin vekilinin aynı barristerlar bürosuna (İngilizcede barristers' chambers) üye olması. 3.3.3 Son üç yıl içerisinde, hakemin diğer bir hakemle veya tahkimdeki herhangi bir taraf vekiliyle ortaklık yapmış olması veya başka bir bağının bulunması. 3.3.4 Hakemin hukuk bürosunda çalışan bir avukatın, aynı taraf veya tarafları ya da taraflardan birinin bağlı şirketini ilgilendiren başka bir uyuşmazlıkta hakemlik yapması. 3.3.5 Hakemin yakın aile üyelerinden birinin, somut uyuşmazlıkta çalışmaması kaydıyla, taraflardan birini temsil eden hukuk bürosunda ortak veya çalışan olması. 3.3.6 Hakem ve taraflardan birinin vekili arasında yakın arkadaşlık ilişkisinin bulunması. 3.3.7 Hakem ile tahkimde vekillik yapan kişi arasında husumet bulunması. 3.3.8 Son üç yıl içerisinde hakemin, aynı vekil veya hukuk bürosu tarafından üç seferden fazla hakem olarak atanması. 3.3.9 Hakem ile başka bir hakemin veya tahkim davasındaki herhangi bir taraf vekilinin, hâlihazırda veya son üç yıl içerisinde birlikte taraf vekilliği yapmış olması. 3.4 Hakem ile taraf ve tahkimle ilişkili diğer kişiler arasındaki bağlantı 3.4.1 Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosunun, hâlihazırda taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketi aleyhine faaliyet gösteriyor olması. 3.4.2 Hakemin, eski ortak veya çalışan gibi bir mesleki sıfatla, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketiyle ilişkilendirilmiş olması. 3.4.3 Hakem ile aşağıda sayılanlardan birinin yöneticisi, müdürü veya denetim kurulu üyesi arasında yakın arkadaşlık ilişkisinin bulunması: taraf; tahkimde verilecek kararlar doğrudan bağlantılı maddi menfaati bulunan

sebeple hakemlerin turuncu listede yer alan hususlar hakkında bildirim yükümlülükleri vardır.

Kırmızı listede yer alan hususlar iki kısma ayrılmıştır; tarafların feragat edemeyecekleri unsurlar ve tarafların feragat edebilecekleri unsurlar. Kırmızı listede yer alıp da tarafların feragat edebilecekleri hususlar hakkında objektif bir menfaat çatışması ilgili hal ve koşullar hakkında bilgi sahibi olan makul üçüncü kişi açısından mevcuttur ve tahkim yargılamasının bütün tarafları, diğer hakemler de dahil olmak üzere bilgilendirilmiş ve taraflar hakemin yargılamayı yürütmesine açık rıza gösterilmişse hakem görevine devam edebilecektir²⁸⁵.

kuruluş; veya taraflardan biri, taraflardan birinin bağlı şirketi, tanık veya uzman üzerinde, hakim hissedar hakkı benzeri hakimiyet kurmuş olan herhangi bir kişi. 3.4.4 Hakem ile aşağıda sayılanlardan birinin yöneticisi, müdürü veya denetim kurulu üyesi arasında husumet bulunması: taraf; tahkimde verilecek kararlar doğrudan bağlantılı maddi menfaati bulunan kuruluş; veya taraflardan biri, taraflardan birinin bağlı şirketi, tanık veya uzman üzerinde hakimiyet kurmuş herhangi bir kişi. 3.4.5 Şayet hakem eski bir hakimse, son üç yılda taraflardan birinin veya taraflardan birinin bir bağlı şirketinin önemli bir davasına bakmış olması. 3.5 Diğer haller 3.5.1 Hakemin, halka arz olmuş taraflardan birinin veya bu tarafın bağlı şirketinin, sayı veya nominal değer itibarıyla önemli bir miktar payını, doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulundurması. 3.5.2 Hakemin yayınlanmış bir makale, bir konuşma veya diğer bir yolla, dava hakkında alenen bir görüş beyan etmesi. 3.5.3 Hakemin, hakem atamaya yetkili kurum nezdinde uyumsuzluğa ilişkin olarak statü sahipliğinin bulunmaması. 3.5.4 Bağlı şirketin tahkimde çözümlenecek uyumsuzluk konusu ile doğrudan ilişkisi bulunmaması kaydıyla, hakemin taraflardan birinin bağlı şirketinin yöneticisi, müdürü veya denetim kurulu üyesi olması ya da şirket üzerinde kontrol yetkisinin bulunması”.

²⁸⁵ IBA İlkeleri Dördüncü genel standart (c) bendi. Feragat edilebilir kırmızı listede yer alan hususlar şunlardır: “Hakemin uyumsuzluk ile bağlantısı 2.1.1 Hakemin taraflardan birine veya taraflardan birinin bağlı şirketine uyumsuzluk hakkında hukuki danışmanlık yapması veya uzman görüşü sağlaması. 2.1.2 Hakemin uyumsuzlukla önceden ilişkisinin bulunması. 2.2 Hakemin uyumsuzlukla ilgili doğrudan veya dolaylı menfaatinin bulunması 2.2.1 Hakemin, ilgili taraf veya bağlı şirketin halka açık olmayan özel şirket olduğu durumlarda, taraflardan biri veya bağlı şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olması. 2.2.2 Hakemin yakın aile üyelerinden birinin uyumsuzluğun neticesiyle ilgili önemli bir ekonomik menfaatinin bulunması. 2.2.3 Hakem veya hakemin yakın aile üyelerinden birinin, davayı kaybeden tarafça kaybın rücu edilebileceği kişi olan ve dava tarafı olmayan kişi ile yakın bağlantısının bulunması. 2.3 Hakemin taraf veya temsilcisi ile bağlantısı 2.3.1 Hakemin, hâlihazırda taraflardan birini veya taraflardan birinin bağlı şirketini temsil ediyor veya bunlara danışmanlık hizmeti veriyor olması. 2.3.2 Hakemin, hâlihazırda taraflardan birinin vekili olarak görev yapan avukatı veya hukuk bürosunu temsil ediyor veya bunlara danışmanlık hizmeti veriyor olması. 2.3.3 Hakemin taraflardan birinin vekili ile aynı hukuk bürosunda avukat olarak çalışıyor olması. 2.3.4 Bağlı şirketin tahkimde uyumsuzluk konusu olan mesele ile doğrudan bağlantılı olması şartıyla, hakemin taraflardan birinin bağlı şirketinde 4 yönetici, müdür veya denetim kurulu üyesi olarak görev alması veya şirketin idaresinde kontrol yetkisinin bulunması. 2.3.5 Hakemin şahsen hiç ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, hakemin bağlı olduğu hukuk bürosunun önceden dava ile sona ermiş bir bağlantısının mevcut olması. 2.3.6 Hakemin bağlı olduğu hukuk bürosunun, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketi ile hâlihazırda önemli bir ticari ilişkisinin bulunması. 2.3.7 Hakemin taraflardan birine veya taraflardan birinin bağlı şirketine düzenli olarak, hakem ve bağlı olduğu bürosu tarafından önemli bir ekonomik gelir elde edilmeksizin, hukuki danışmanlık hizmeti sağlaması. 2.3.8 Hakemin, taraflardan biriyle, taraflardan birinin yönetici,

Taraflarca feragat edilemez kırmızı listede ise kişinin kendi davasında yargıç olamayacağı ilkesine dayanan hususlar bulunmaktadır²⁸⁶. Bu hususlar hakkında taraflar açık olarak veya susarak feragatte bulunamazlar ve ilgili hakem yargılamadan çekilmek zorundadır. Roma hukukundan itibaren kabul edilen “*Nemo judex in re su*” (kimse kendi davasının yargıç olamaz) veya Justinien döneminde kanunlaşmış şekliyle “*Ne quis in sua causa judicet vel jus cibi dicit, genreali decernimus neminem sibi esse judicem*” (kimse kendi davasını yargılayamaz, kendisine hukuku buyuramaz ve kural olarak kimse kendisinin yargıç olamaz) ilkeleri günümüzde de tarafsız ve bağımsız hâkim veya hakem olmanın sınırını çizmektedir²⁸⁷.

Tarafların irade serbestisi kapsamında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları aksine anlaşma yapıp yapamayacakları da tam bir kesinlik taşımamaktadır. Doktrinde böyle bir anlaşmanın geçerli olmayacağını kabul eden görüşler olduğu gibi kimi kısıtlamalar dahilinde tarafların, tahkim yargılamalarını yürütmelerini istedikleri hakemlerin nitelikleri hakkında karar verebilmeleri gerektiğini vurgulayan görüşler de bulunmaktadır.

müdür veya denetim kurulu üyesi olarak çalışan kişiyle, taraflardan birinin idaresinde kontrol yetkisi sahibi olan kişiyle, taraflardan birinin bağlı şirketiyle ya da taraflardan birini temsil eden vekil ile yakın ailevi bağlantısının bulunması. 2.3.9 Hakemin yakın bir aile üyesinin, taraflardan biri veya taraflardan birinin bağlı şirketinde önemli bir ekonomik ya da kişisel menfaatinin bulunması”.

²⁸⁶ Feragat edilemez kırmızı listede yer alan hususlar şunlardır: “1.1 Taraf sıfatıyla hakem sıfatının birleşmesi veya hakemin, tahkimde taraf olan kurumun yasal temsilcisi veya çalışanı olması. 1.2 Hakemin, taraflardan birinin yöneticisi, müdürü veya denetim kurulu üyesi olması veya ilgili taraf üzerinde ya da tahkimde verilecek karara bağlı maddi çıkarı bulunan bir kurum üzerinde kontrol yetkisine sahip olması. 1.3 Hakemin taraflardan biri veya davanın neticesi ile ilgili önemli ekonomik veya kişisel menfaatinin bulunması. 1.4 Hakemin veya bürosunun düzenli olarak ilgili tarafa veya tarafın bağlı şirketine danışmanlık hizmeti vermesi ve hakemin veya bürosunun bu ilişki vesilesiyle önemli ekonomik bir gelir elde etmesi”.

²⁸⁷ Bozkurt, **a.g.e.**, s.43; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.127. Aynı ilke Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. “Hakem ve hakemin dava konusu çekişmeli işle ilgisi olmayan üçüncü kişilerden olması şarttır. Usulün 156. maddesindeki sözleşme serbestliği mutlak değildir. Kamu düzeni ile ilgili konularda hakem sözleşmesi yapılamaz. **Hakemin uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarından olmaması kuralı da kamu düzeni ile ilgilidir.** Aksi halde o sözleşmeden çıkan uyuşmazlığın, uyuşmazlığı çıkaranın hakemliği ile onun yararına çözümleneceğinin peşinen kabul edilmesi demek olur ki bu da hakimlik ve hakemlik görevi ile bağdaşamaz. Bu nedenle sözleşmenin davacı avukatla davalı banka arasında çıkan uyuşmazlıkta banka idare meclisinin hakem olacağına ilişkin şartı geçersizdir. Geçersiz hakem sözleşmesine dayanılarak uyuşmazlığın mahkeme yerine hakemle çözülmüş olması kabul şekli yönünden usule aykırıdır”. Y. 13. HD. 26.09.1974 T., 2385 E., 2161 K., naklen Bozkurt, **a.g.e.**, s.42 dn.100.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların tarafsız ve bağımsız olmayan hakemlerce tahkim yargılamalarının yürütülmesi konusunda anlaşılmayacakları doktrinde savunulmaktadır²⁸⁸. Bu görüş uyarınca, hakemlerin ancak gerçekten bağımsızlıkları var ise yargılama görevini yerine getirebilecekleri aksi takdirde tahkim yargılamasının gerçekleşmeyeceği savunulmaktadır²⁸⁹. İrade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü adına bu ilkelerden vazgeçilebilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir²⁹⁰. Bu yönde kısıtlama yapan milli tahkim düzenlemeleri de bulunmaktadır²⁹¹.

Tahkim yargılaması taraf iradesine dayandığı için iki tarafın da taraflı veya bağımsız olmayan hakem atama hakkına sahip olması halinde anlaşmanın geçerli olabileceği karşı görüş olarak ileri sürülmektedir. Birçok milletlerarası düzenlemede hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları emredici olarak düzenlenmemiştir. UNCITRAL Model Kanun 12. maddesi uyarınca hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasına ilişkin getirilen düzenlemenin de emredici olduğuna dair bir hüküm veya karar bulunmamaktadır²⁹². Model Kanun dikkate alınarak hazırlanan MTK 7 hükmünün de emredici olmadığı ve taraflarca bir itirazda bulunulmadığı müddetçe yetkili organca ilgili sözleşmenin re'sen değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır²⁹³.

Milletlerarası düzenlemelerde tarafların hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarından feragat edebilecekleri genel olarak kabul edildiğine göre tarafların hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık aksine anlaşma yapabilmelerinin de kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca tahkim yargılamasında taraflar, istedikleri

²⁸⁸ Nomer, **Bağımsızlık**, s.30; Bozkurt, **a.g.e.**, s.72. Kurumsal tahkim merkezlerinde hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları genel olarak kurum kuralları dahilinde düzenlendiğinden, kurumsal tahkimi tercih eden tarafların tarafsız veya bağımsız olmayan hakemler ile uyumsuzluklarını yürütemeyecekleri, tarafların kurum kuralları aksine aralarında yaptıkları anlaşmalar geçerli olarak kabul edilse dahi bu yargılamaların ancak *ad hoc* tahkim ile yürütülebileceği savunulmaktadır. Bozkurt, **a.g.e.**, s.178.

²⁸⁹ Bozkurt, **a.g.e.**, s.73.

²⁹⁰ Nomer, **Bağımsızlık**, s.30.

²⁹¹ İngiliz, Çin, Macar, Brezilya hukuklarında yer alan düzenlemeler için bkz. Born, **a.g.e.**, s.1816 dn.984; Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.300.

²⁹² Born, **a.g.e.**, s.1816; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.110

²⁹³ Kaplan, **Hakem**, s.49 dn.15.

hakemler ile uyuşmazlıklarının çözülmesini talep etmektedirler. Bu sebeple tarafları istemedikleri hakemler ile tahkim yargılamasına zorlamanın da bir anlamı olmayacaktır. Tarafların tercihlerine saygı gösterilerek ilgili hakemle uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekmektedir. Tarafların, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlıkları hakkında tercihte bulunabilmelerinin; gelecekte hakem kararının tenfizi bakımından New York Anlaşması II(3) ve V(1)(d) uyarınca da geçerli olacağı, aksi bir yorumun hukuki bir temelini olmayacağı kabul edilmektedir²⁹⁴.

Tarafların hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında yapabilecekleri anlaşmaların da bir sınırının olduğu kabul edilmektedir. En temel yasak, kişinin kendi tahkim yargılamasında hakem olmasıdır²⁹⁵. Yani taraflar, taraflardan birinin hakem olması konusunda anlaşamazlar. Tek hakem tarafından yürütülen tahkim yargılamalarında tek hakemin veya baş hakemin olduğu tahkim yargılamalarında baş hakemin bağımsızlığı ile ilgili anlaşmaların da geçersiz oldukları kabul edilmektedir²⁹⁶. Tek bir tarafın görüş ve iddialarının hakemlerce dikkate alınarak, dava sonucunun belirlenecek olmasına ilişkin yapılan anlaşmaların geçerli olmayacakları kabul edilmektedir²⁹⁷. Hakem seçimi sırasında bir tarafa açık

²⁹⁴ Born, **a.g.e.**, s.1516-1517.

²⁹⁵ Kalpsüz, **Tahkim**, s.58; Born, **a.g.e.**, s.1518.

²⁹⁶ Born, **a.g.e.**, s.1819; Bozkurt, **a.g.e.**, s.180; Örneğin, İsviçre mahkemelerinde tenfiz davasına konu olan uyuşmazlıkta, farklı zamanlarda iki tarafın da avukatlığını yapmış olan Dr. E tarafından düzenlenen tahkim anlaşmasında, Dr. E'nin bir uyuşmazlık halinde tek hakem olarak atanacağı, her ne sebeple olursa olsun Dr. E'nin hakemliğine itiraz edilemeyeceği ve bu hükme uyulmaması halinde ise Dr. E'ye bir milyon İsviçre Frank'ının ödeneceği kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine başlatılan tahkim yargılaması sonucunda hakem, davacı Türk taraf lehine karar vermiştir. Her ne kadar kararın iptali için Türk mahkemelerinde açılan davalar sonucunda Türk Yargıtay'ı kararı iptal etmese de kararın tenfiz edilmesi için İsviçre mahkemelerinde açılan tenfiz davasında karar, New York Anlaşmasının V(2)(b) hükmü uyarınca tahkim şartının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz edilmemiştir. Mahkeme, sözleşmeyi düzenleyen ve bir tarafın avukatlığını uzunca yıllar yapmış kişinin hakem olarak kararlaştırılmasının diğer taraf için aşırı bir yük oluşturacağını ve bu kişiye uyuşmazlık hakkında bağlayıcı karar verme yetkisinin verilmesinin kabul edilemeyeceğini vurgulanmıştır. Hakemin iki tarafın da avukatlığını yapmış olması ise hakemi taraflara karşı daha tarafsız hale getirmeyecek aksine tarafsızlığını ve bağımsızlığını daha çok sorgulanır hale getirecektir. Sözleşmeyi düzenleyen kişinin sözleşmenin yorumlanması hakkında tarafların niyetlerinden farklı bir niyetinin olabileceği ve bu niyet kapsamında yapılan yorumların tarafların çıkarları aksine olabileceği de karar gerekçesinde vurgulanmıştır. *Not indicated v. Not indicated*, Court of First Instance, İsviçre, 26 Mayıs 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIII, 1998, s.754-63, p.14-22-23.

²⁹⁷ Born, **a.g.e.**, s.1818; Fakat bu durumun tarafsızlık veya bağımsızlıktan çok taraflar arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık doğuracağı için kabul edilmeyeceği söylenebilecektir.

dezavantaj sağlayan anlaşmaların geçersiz oldukları da kabul edilmektedir²⁹⁸. Tarafların, hakemlerin tarafsızlık veya bağımsızlıkları hakkında feragat edemeyecekleri, yukarıda bahsedilen hususlar hakkında da anlaşma yapamayacakları kabul edilebilecektir.

e) Yargılamanın Makul Sürede Gerçekleşmesi

Milletlerarası alanda var olan bütün uyuşmazlık çözüm yollarında tarafların makul bir süre içinde çözüme ulaşma hakları, en temel usuli haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında da adil bir yargılama kapsamında hakem kararların, makul bir süre içinde verilmesi gerekmektedir²⁹⁹. *Lex proceduralianın* temel ilkellerinden biri olan bu prensip uyarınca geç gelen adaletin, adil olamayacağı kabul edilmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları, her ne kadar tarafların aralarında yaptıkları anlaşmaya dayansalar da bir yargılama fonksiyonunu yerine getirmektedirler. Makul süre içinde yargılama da bütün yargılamaların, dolayısıyla da tahkim yargılamalarının asli amaçlarından biridir. Tarafların makul süre içinde elde edecekleri kararlar hem taraflardaki adalet duygusunu tatmin edecek hem de taraflarda kararların adil olduklarına dair inanç oluşacağından kararların icra edilme ihtimalleri artacaktır. Ayrıca tahkim yargılamasında yargılama sürelerinin aşırı uzun

²⁹⁸ Hakem seçimi hakkında, taraflar arasında eşitsizlik yaratan anlaşmaların geçersiz olacağını açık bir şekilde düzenleyen milli düzenlemeler ve mahkeme kararları vardır. Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1028 numaralı hükmünde gerek tarafların arasındaki anlaşmadan gerekse başka bir sebepten, taraflardan birine hakem kurulunun oluşturulması sırasında imtiyaz sağlanması halinde, tarafların, aralarında yapılan anlaşmaya aykırı olarak mahkemeden hakem veya hakem kurulunun atanması için talepte bulunabileceğini düzenlemiştir. Yine Alman ZPO 1034(2) hükmü uyarınca, taraflardan birine hakem kurulunun oluşturulmasında daha fazla imkân tanınması ve bu durumun diğer taraf için bir dezavantaj yaratması durumunda, dezavantajlı taraf, mahkemeye başvurarak hakem atanması talebinde bulunabilecektir. Yani taraflar arasında hakem seçiminde eşitsizlik yaratan hükümler, geçersiz kabul edilecek ve mahkemelerce tarafların tercihleri aksine hakem kurulu oluşturulabilecektir. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.253. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır: "...Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde (olayımızda görüldüğü gibi davalı şirketin davacı üretici üzerinde) ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yaradan fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir". Y. HGK. 12.02.1992 T., 1991/13-606 E., 1992/56 K. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net.

²⁹⁹ Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.851; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.104.

tutulması veya gereğinden fazla uzatılması, tahkim yargılamasının milletlerarası ticaret alanında başarısız bir uyuşmazlık çözüm yöntemine dönüşmesine sebep olabilecektir³⁰⁰.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında makul bir süre içinde yargılanma ve bir karara ulaşma hakkı adil yargılanmaya ilişkin diğer prensiplerle de bir bütünlük içerisinde. Makul bir süre içinde yargılanma hakkının özellikle hukuki dinlenilme hakkı ile doğrudan bağlantı içerisinde olduğu söylenebilecektir. Tahkim yargılamasında taraflara tanınan kısıtlı bir süre tarafların savunma haklarına zarar verebileceği gibi gereğinden fazla bir süre de tarafların adalete ulaşma hakkına ilişkin kamu düzeninden gelen haklarına aykırılık teşkil edebilecektir. Yine tarafların tahkim yargılamasına ilişkin yaptıkları tercihlerin, tahkim yargılamalarında makul bir süre içinde yargılanma hakkı ile uyumlu olup olmadığı, dürüstlük ilkesi kapsamında değerlendirilecektir³⁰¹.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında da makul bir süre içinde yargılama yapılmaması için hukuki sebep bulunmamaktadır³⁰². Fakat makul süreye ilişkin prensibinin, tahkim yargılamasının nitelikleri, özellikle de tahkim yargılamasında tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisi dikkate alındığında, tahkim yargılamaları açısından yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir³⁰³. Milletlerarası tahkim yargılamalarında hangi uyuşmazlık için hangi sürelerin makul olduğunun tespiti oldukça zordur. Her bir uyuşmazlık için o uyuşmazlığa ilişkin hususlar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Fakat tahkim yargılamalarında makul sürelerin tespit edilmesindeki tek zorluk uyuşmazlıklardan kaynaklanmamaktadır. Tarafların süre kazanabilmek için ihtiyaçlarından fazla süre talep etmeleri veya davayı uzatmak için çeşitli usuli taktiklere başvurmaları da yargılamaya ilişkin makul bir sürenin tespitini güçleştirmektedir.

³⁰⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.150.

³⁰¹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.194.

³⁰² Petrochilos, **a.g.e.**, s.150.

³⁰³ Böckstiegel, **Efficient Procedure**, s.51; Petrochilos, **a.g.e.**, s.150.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında makul bir sürede yargılamanın yapılması, usule ilişkin adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için önem teşkil etmektedir. Bu sebeple birçok düzenleme, tahkim yargılamalarının belirli bir süre içinde karara bağlanması için süre sınırlamaları koymuşlardır. Her ne kadar bu süre sınırlamaları emredici hükümler olmasa da tahkim yargılamasının etkili bir şekilde işletilebilmesi açısından önem taşımaktadırlar. Örneğin, MTK 10(B) hükmü: “...Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, hükmün “*taraflar aksini kararlaştırmadıkça*” diyerek kuralın emredici olmadığını vurgulamış olduğudur.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin sahip olukları irade serbestisi uyarınca, makul bir süre içinde yargılanma hakkı ile çatışan tercihlerde bulunup bulunamayacakları veya tercihleri hakkında hakemlerin nasıl hareket etmeleri gerektiği milli ve milletlerarası düzenlemelerde genellikle yer almamaktadır. Eğer konu hakkında bir düzenleme var ve tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk uyarınca bu düzenleme, tahkim yargılamasına uygulanacak ise tarafların irade serbestileri bu düzenleme uyarınca kısıtlanacaktır. Bu kısıtlamanın hukuki dayanağı, tahkim yargılamalarının tabi olduğu hukuk olan *lex loci arbitri*, tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için seçtikleri hukuk veya tenfiz yeri hukuku olabilecektir.

Tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk tarafların tahkim yargılamasının süresine ilişkin yapacakları tercih hakkında bir düzenleme getirmiyor ise adil yargılanmaya ilişkin kabul edilmiş diğer prensipler ile bir çelişki içinde bulunmadığı müddetçe tarafların istedikleri süreler dahilinde tahkim yargılaması sürdürülebilecektir. Yani tarafların belirledikleri normal koşullar altında makul sayılamayacak; uzun veya çok kısa süreler, tarafların eşitlik ilkesine, tarafların savunma haklarına, tahkim yargılamasında dürüst davranma ilklerine aykırılık teşkil

etmiyor ise tarafların tercihleri doğrultusunda uygulanmalıdır³⁰⁴. Her ne kadar doktrinde taraflarca belirlenen sürenin de makul bir sınırının olması gerektiği savunulsa da makul süre ile neyin kastedildiğinin tam olarak kesin olmaması, tarafların irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmasına sebep olabilecektir.

Taraflar, irade serbestileri kapsamında istedikleri sürelerle karar verebilecek olsalar da hakem kurullarının bu süreye müdahale haklarının olduğu da savunulmaktadır³⁰⁵. Bu yönde düzenlenmiş tahkim kurumu kuralları da bulunmaktadır. Örneğin UNCITRAL Tahkim Kuralları 17(2) hükmü: “*hakem mahkemesi, tarafları görüşlerini açıklamaya davet ettikten sonra, her zaman bu Kurallarda öngörülen veya taraflarca kararlaştırılmış bulunan herhangi bir süreyi uzatabilir veya kısaltabilir*” demektedir. Her ne kadar Kurallar ile hakemlere, tarafların iradeleri aksine hareket etme yetkisi verilmiş olsa da hakemlerin bu yetkilerini kullanırken çok dikkatli olmaları gerekmektedir. Tarafların iradeleri aksine yapılacak işlemler, tahkimin ilerleyen aşamalarında iptal veya tenfiz davalarında başka sorunlar çıkartabilecektir. Hakemler tarafların tahkim yargılamasına ilişkin belirledikleri süre kapsamında tahkim yargılamalarını yürütmek istemiyor veya tarafların belirledikleri sürelerin diğer prensipler ile çatışacağını düşünüyorlarsa, hakemlerin görevlendirmeyi kabul etmeyebilecekleri veya tahkim yargılamasından istifa edebilecekleri söylenebilecektir.

Tahkim yargılamasının başında bir zaman çizelgesi oluşturulması ve yargılamanın bu zaman çizelgesi dahilinde yapılması, hem hakemlerin işlerini kolaylaştıracak hem de karara karşı ileride makul süre içinde yargılama yapılmadığına dair itiraz edilebilmesinin önüne geçecektir. Bu sayede tahkim süratle ilerleyebilecek ve taraflarca tahkim süresini uzatmaya yönelik taktiklerin de önüne

³⁰⁴ Mesela İtalyan mahkemelerine konu olan bir tenfiz davasında, davalı taraftan yedi gün içinde hakem belirlemesi ve on dört gün içinde savunma yapmasının istenmesinin uyumsuzluk hakkında savunma için yeterli bir süre olduğuna ve bu durumun savunma haklarına aykırılık teşkil etmediğine karar verilmiştir. *Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro*, Corte Di Appello Di Napoli, İtalya, 20 Şubat 1975, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, s.275-276, p.8.

³⁰⁵ Kurkela/Turunen, a.g.e., s.193.

geçilebilecektir³⁰⁶. Tahkim yargılamasında tarafların uymaları gereken süreler belirlenirken şu hususlara dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır: belirlenen zaman çizelgesi adil yargılanmaya ilişkin diğer prensiplere aykırılık teşkil etmemelidir, belirlenen süre taraflara önceden bildirilmeli ve taraflar sürelere uymamaları halinde maruz kalacakları hukuki sonuçlar hakkında uyarılmalılardır, hakem kuruluna belirlenen süreyi mücbir bir sebep halinde uzatabilme yetkisi verilmelidir³⁰⁷.

3. İnsan Haklarına İlişkin Temel İlkeler

Milletlerarası tahkim hukukunda, diğer bütün hukuk dallarında olduğu gibi insan haklarına ilişkin hususlar, en üst norm olarak kabul edilmektedir. Tarafların uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için mahkemeler yerine alternatif uyuşmazlık yöntemi olan tahkim yargılamasını tercih etmeleri temel insan haklarından feragat ettikleri veya temel insan hakları aksine tercihte bulunabilecekleri anlamına gelmemektedir. Taraflar, uyuşmazlıklarının çözümü için mahkeme yargısına başvurma haklarından feragat ederken, mahkemelerde sağlanması zorunlu olan adil yargılanmaya ilişkin hükümlerden de feragat etmemektedirler. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin en belirgin sınırlarından bir tanesini, insan haklarına ilişkin temel ilkeler çizmektedir.

Milletlerarası ticaret hukukunda tarafların usuli irade serbestilerinin evrensel ve ortak kabul görmüş temel insan haklarına ilişkin unsurlarla sınırlandırıldığı söylenilebilecektir. Sadece tahkim yargılamalarında değil, milletlerarası alanda usul hukukunun temel unsurlarına ilişkin ortak bir düzenleme elde edilebileceğine dair ilk

³⁰⁶ Kimi tahkim kurumlarında usuli zaman çizelgesinin hazırlanması kurallar ile düzenlenmiştir. Örneğin, ISTAC Tahkim Kuralları 27. hükmü uyarınca “1. Görev belgesi düzenlenirken Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların görüşlerini aldıktan sonra bir zaman çizelgesi oluşturarak, özellikle dilekçelerin verilme tarihi, duruşma tarihi ve uygun gördüğü diğer usuli işlemlerin tarihlerini belirler. 2. Tek Hakem veya Hakem Kurulu, usuli zaman çizelgesini, taraflara ve Sekreteryaya’ya iletir. 3. Gerekli görülen hallerde Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların da görüşünü alarak usuli zaman çizelgesinde belirtilmiş tarihleri ve süreleri değiştirebilir. Bu halde Tek Hakem veya Hakem Kurulu, yeni zaman çizelgesini 5 gün içerisinde taraflar ve Sekreteryaya’ya bildirir”.

³⁰⁷ Kurkela/Turunen, a.g.e., s.195.

fikir, insan haklarına ilişkin gelişmelerden ortaya çıkmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) adil yargılanmaya ilişkin verdiği kararların bir araya getirilmesi suretiyle ortak bir usul hukukunun bile elde edilebileceği ileri sürülmüştür³⁰⁸. Bunun sebebi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki kuralların, tek bir kaynak olan AİHM tarafından yorumlanması ve AİHM tarafından verilen kararların taraf devletlerince bağlayıcı olmasıdır. Bu sayede adil yargılanmaya ilişkin asgari standartlar tek bir otorite tarafından yorumlanmakta ve bağlayıcılık kazanmaktadır. Her ne kadar New York Anlaşması birçok devlet tarafından imzalanmışsa da Anlaşma hükümlerinin her bir devlet mahkemesince yorumunun farklı oluşu, Anlaşma kapsamında düzenlenen hükümler hakkında yeknesak bir tutumun oluşmasına engel olmaktadır³⁰⁹.

AİHS ve AİHM kapsamında sağlanan birliktelik aynı zamanda eskiden iki farklı kavram olduğu ileri sürülen, insan haklarına ilişkin temel ilkelerin ve ticari tahkim yargılamalarının artık bir bütün olarak görülmesine ve ticari tahkim yargılamalarında da insan haklarına ilişkin hükümlerin dikkate alınmasına ön ayak olmuştur. Her ne kadar insan hakları ve milletlerarası ticari tahkime ilişkin hükümler birbirlerinden farklı, birbirlerinden bağımsız görünseler de insan haklarına ilişkin hususlar; bu sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla, tahkim yargılamasının usulü hakkında, tahkim yargılamasına uygulanacak kuralların yorumlanmasında, çok taraflı tahkim yargılamalarında hakem kurullarının oluşturulmasında, tahkim kurumlarının hakemlere itirazlara ilişkin düzenlemelerinde, tahkim yargılamalarında konulan süre kısıtlamaları ve delillerin, bilirkişilerin veya tanıkların kabul edilmesinde ve değerlendirilmesinde, hakem kararlarının gerekçelerine ilişkin hususlarda, hakem kararlarına karşı gidilebilecek itiraz yolları hakkında etkili olabileceklerdir³¹⁰. Etkili bir tahkim yargılaması için insan haklarına ilişkin temel ilkelerin, bahsi geçen bu hususları nasıl etkilediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁰⁸ Strong, **a.g.e.**, s.1095.

³⁰⁹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.11.

³¹⁰ Massimo V. Benedettelli, "Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience", **Arbitration International**, vol.31, S.4, 2015, s.631-659, s.632-648.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan insan haklarına ilişkin iki temel düzenlemenin var olduğundan bahsedilebilecektir. Bu düzenlemeler AİHS ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler kapsamında AİHM ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) kararları da tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestilerini kısıtlamaktadır. AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının kapsamı, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve İHK kararlarından daha geniştir. Bu sebeple AİHS ve AİHM kararlarının tahkim yargılamasının usulüne etkileri hakkında yapılacak yorumların, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve İHK kararları hakkında da geçerli olacağı söylenebilecektir. Her ne kadar Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde yer alan hükümler, çoğunlukla ceza muhakemesi hukukuna ilişkin asgari standartlar düzenseler de Sözleşmenin adil yargılanmaya ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde milletlerarası tahkim yargılamalarına da uygulanacaktır.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına getirilen sınırlamalar hakkında, New York Anlaşmasının ve hükümlerinin en çok kabul gören ve en etkili hükümler oldukları kabul edilmektedir. Fakat insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin ve hükümlerinin, tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kısıtlanmasında New York Anlaşmasının hükümlerinden daha etkili oldukları söylenebilecektir. New York Anlaşmasının uygulanabilmesi için kimi devletlerce karşılıklılık şartının aranması ve Anlaşmanın kapsamının belirli bir tür tahkim yargılamasına ilişkin hükümler getirmesine karşılık, insan haklarına ilişkin sözleşmelerde genellikle karşılıklılık aranmaması ve hükümlerin kapsamının belirli bir yargılama türüyle kısıtlanmaması, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin ve hükümlerinin tahkim yargılamaları için daha evrensel ve daha etkili olmasını sağlamaktadır³¹¹. Fakat bu durum, mevcut sözleşmelerin ve hükümlerin neden ve nasıl tahkim yargılamasında değerlendirileceğini açıklamamaktadır.

³¹¹ Strong, **a.g.e.**, s.1091.

Her ne kadar insan haklarına ilişkin ilkelerin tahkim yargılamalarında da geçerli olacakları genel olarak kabul edilse de AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının özel bir yargılama türü olan tahkim yargılamaları hakkında geçerli olup olmadıkları veya tahkim yargılamaları üzerinde nasıl bir etkileri olduğu doktrince uzun bir süre tartışılmıştır. Tarafların tahkim yargılamasına başvurmak suretiyle mahkemeye başvuru hakkından mahrum kalabilmeleri ve AİHS düzenlemelerinin tahkim yargılamalarının usulüne neden ve nasıl uygulanacağı, iki temel problem olarak görülmüştür. AİHS hükümleri kapsamında her uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesi gerekmediği ve tarafların, aralarında doğan kimi uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme yargılamasından feragat etme hakkına sahip oldukları hem doktrin hem de AİHM kararları ile kabul edilmiştir³¹². Yani taraflar, tahkim yargılamalarına başvurmak suretiyle mahkemeye erişim hakkından feragat edebileceklerdir. Bununla birlikte tarafların tahkim yargılamasına ilişkin usuli irade serbestilerinin tahkim yargılaması kapsamında AİHS hükümleri kapsamında nasıl

³¹² Mahkemeye başvuru hakkının kesin olmadığı, taraf devletlerin meşru amaçları kapsamında konu hakkında kurallar ve sınırlamalar belirleyebilecekleri AİHM kararları ile kabul edilse de 1980 tarihli *Deweere v. Belgium* kararı tarafların, tahkim yargılamaları ile mahkemeye başvuru hakkından feragat edebileceklerinin ilk kez kabul edildiği karardır. Her ne kadar dava, doğrudan tahkim yargılamalarına ilişkin olmayıp, idari yaptırım olarak bir sulh sözleşmesi kapsamında para ödemeye zorlanan ve eğer ödeme yapmaz ise hakkında ceza davası açılacağı söylenen başvurucunun adil yargılanma hakkından mahrum kalmasına ilişkin olsa da mahkeme, mahkeme yargısına paralel yargılamalar hakkında yorum yaparken tahkim yargılamalarından da bahsetmiştir. Karar uyarınca medeni uyuşmazlıklarda tarafların tahkim anlaşmaları ile mahkemelere başvuru haklarından feragat edebilecekleri kabul edilmiştir. Bu durumun AİHS hükümlerine aykırılık teşkil etmediği vurgulanmıştır. Bunla birlikte, adil yargılanma hakkının taşıdığı önem sebebiyle mahkeme yargılaması haricinde mahkemeye tali farklı bir yargılama yöntemi olan tahkim yargılamaları için de AİHS hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmiştir. *Deweere v. Belgium*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No:6903/75, 27 Şubat 1980, p.49, (Çevrimiçi, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57469%22%5D%7D>; Bu karardan sonra verilen kararlarda da bu içtihat devam ettirilmiştir. Mahkemeye başvuru hakkının farklı sebeplerle kısıtlandığında (akıl sağlığı, yaş vs.) AİHS 6 kapsamında bir ihlalin ortaya çıkmamasının tahkim yargılamalarına başvurulduğunda da mahkemeye başvuru hakkının ihlal edilmeyeceğini gösterdiği, AİHS 6 kapsamında ne metinden ne de Sözleşmenin ruhunda mahkemeye başvuru hakkından feragat edilemeyeceğine dair bir yasaklamanın anlaşılmadığı ve tahkim yargılamasının mahkemelerin iş yükünü hafiflettiği ve devletlerin iş yükünü hafifletmek için taraflara tahkim yargılamasına başvurma hakkı tanınmasının meşru bir amaç olduğu Komisyon kararlarıncı da vurgulanmıştır. *Axelsson v Sweden*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No:11960/86, 13 Temmuz 1990, p.1-2, (Çevrimiçi, 2020) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2211960/86%22%5D%22itemid%22:%5B%22001691%22%5D%7D>; *Sumukan Limited v Commonwealth Secretariat* davasında İngiliz Temyiz mahkemesi de İngiliz Tahkim Kanununa göre tarafların mahkeme yargısını yetkisiz kılmalarının, AİHS 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. *Sumukan Limited v Commonwealth Secretariat*, İngiltere, EWCA Civ 243, 2007, naklen Bantekas, **a.g.e.**, s.163 dn.5.

kısıtlanabileceği, AİHS hükümlerinin tahkim yargılamalarına nasıl etki edebilecekleri konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır³¹³.

AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının milletlerarası tahkim yargılamaları üzerinde etkisi olup olmadığına dair doktrinde, tahkim yargılamalarının özel yargılamalar oldukları için AİHS kapsamında olmadıklarını savunan ve tahkim yargılamalarının mahkemeler gibi bağlayıcı kararlar verebildikleri için AİHS kapsamında olduklarını savunan iki farklı görüş bulunmaktadır. AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının tahkim yargılamasında değerlendirilmemesi gerektiğini savunan birinci görüş uyarınca; Sözleşmede Sözleşmenin tahkim yargılanmasına uygulanacağını belirtmemiş olması, Sözleşmenin hazırlanma aşamasında tahkim yargılamalarının Sözleşmeyi düzenleyenler tarafından değerlendirilmemiş olması, Sözleşmenin konusunun devletler ve devletlerin eylemleri olması, Sözleşmenin amacının bireyleri devlet işlemlerinden korumak olması ve adil yargılanmaya ilişkin hususların zaten devlet düzenlemelerinde yer alması sebep gösterilerek Sözleşmenin tahkim yargılamalarında uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür³¹⁴. Fakat bu görüş, AİHS hükümlerinin ve Sözleşmenin amacının çok dar yorumlanması ile varılabilecek bir sonuçtur. Bu görüşlerin günümüz pratiğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşme hakkında yapılacak yorumların günümüzün ihtiyaçlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir.

AİHS hükümlerinin tahkim yargılamalarında da uygulanması gerektiği ve tarafların usuli olarak sahip oldukları irade serbestisinin Sözleşme hükümleri ile kısıtlanması gerektiğini kabul eden ikinci görüş, günümüzde genel kabul görmektedir. AİHS hükümlerinin tahkim yargılamalarında değerlendirilmeleri için birçok haklı sebep ileri sürülmüştür. Öncelikle tarafların mahkeme yargısından feragat ederek uyuşmazlıklarının tahkim yargılamasında çözümlenmesini talep

³¹³ Petrochilos, *a.g.e.*, s.160; Juan Carlos Landrove, "European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration: An Etat des Lieux of Strasbourg Case Law and of a Problematic Swiss Law Feature", **Human Rights at the Center**, Editörler Samantha Besson et al., Basel, 2006, s.73-101, s.74.

³¹⁴ Benedettelli, *a.g.e.*, s.641; Aleksandar Jaksic, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings", **Journal of International Arbitration**, vol.24, S.2, 2007, s.159-171, s.160.

etmeleri, AİHS hükümlerinden feragat ettikleri anlamına gelmemektedir³¹⁵. Görüş kapsamında Sözleşme sözüyle ve özüyle bütün yargılamaları kapsamaktadır. Sözleşmede tahkim yargılamalarından bahsedilmiyor oluşu, Sözleşmenin düzenlenme aşamasında tahkim yargılamalarının günümüzdeki kadar popüler olmamasından kaynaklanmaktadır. Sözleşme sadece devletler ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenliyor gibi görünse de hükümlerin özellikle yargılamaya ilişkin taşıdığı önem sebebiyle bireyler arasındaki ilişkilere de etki ettiği kabul edilmektedir³¹⁶. Sözleşme her bir yargılama için özel düzenleme yapmaktan öte adil yargılanmaya ilişkin genel prensipleri ortaya koymaktadır³¹⁷. Sözleşme, hükümlerinin tahkim yargılamasına uygulanmasına ilişkin özel bir hüküm içermese de tahkim yargılamalarına uygulanmaması için de özel bir hüküm içermemektedir. Sayılan bütün bu sebeplerle, Sözleşme hükümlerinin tahkim yargılamalarında uygulanmaması gerektiğini düşünen görüşün günümüzde kabul edilmediği söylenebilecektir.

AİHS hükümlerinin tahkim yargılamalarına uygulanabilmesi aynı zamanda Sözleşmenin kapsamı ve devletlerin Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin sahip olduğu yükümlülükler ile de ilgilidir. AİHS 1. hükmü her bir devletin, kendi yetki alanı içinde bulunan kişilerin, Sözleşme kapsamındaki haklarını yerine getirmeye yönelik pozitif bir yükümlülüğü olduğunu düzenlemektedir³¹⁸. O halde bir devletin, yetki alanı içinde bulunan bütün yargılamalar hakkında sorumluluğunun doğacağı söylenebilecektir³¹⁹. Bu yargılamalara tahkim yargılamaları da dahildir. Sözleşmenin

³¹⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.589; Dickson, **a.g.e.**, s.122; Petrochilos, **a.g.e.**, s.130; Nora Krausz, “Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6”, **Journal of International Arbitration**, vol.28, S.2, 2011, s.137-162, s.156; Marte W. Knigge/ Pauline L. F. Ribbers, “Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party Autonomy on Top?”, **Journal of International Arbitration**, vol.34, S.5, 2017, s.775-794, s.781; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.186; Jaksic, **a.g.e.**, s.165.

³¹⁶ Robert Briner/Schlabrendorff Fabian, “Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Bearing upon International Law”, **Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century**, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Editörler Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger ve Jens Bredow, Köln, Heymanns, 2001, s.89-109, s.93.

³¹⁷ Benedettelli, **a.g.e.**, s.641; Jaksic, **a.g.e.**, s.161.

³¹⁸ AİHS 1.maddesi: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafklar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar”.

³¹⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.153; Krausz, **a.g.e.**, s.157; Jaksic, **a.g.e.**, s.162; Konu hakkında *Mutu and Pechstein v. Switzerland* kararında Mahkeme, İsviçre mahkemelerinin Spor Tahkim Mahkemelerinin (CAS) kararları üzerinde (özellikle hakem heyetlerinin oluşturulmasına ilişkin) denetleme yetkisinin

6. maddesinde yer alan, adil yargılanma hakkının geçerli olacağı kabul edildiği yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tabiri ile sadece devlet mahkemelerinin değil devlet dahilinde yargılama görevini yerine getiren, bağlayıcı karar verebilen bütün kurumların kastedildiği kabul edilmektedir³²⁰. Yani devletler, yetkileri dahilinde var olan yargılamalarda, bireylerin AİHS kapsamındaki haklarını tanımalı ve yargılamalara ilişkin prosedürlerinin Sözleşme kapsamında güvenli ve adil olmasını sağlamalıdır³²¹. Bununla birlikte, taraf devletlerin tahkim yargılamasında AİHS aksine yapılan işlemlerden dolayı, doğrudan sorumlulukları bulunduğu da söylenemeyecektir. Devletlerin tahkim yargılamasına izin vermeleri onları, tahkim yargılamasında hakem kurulunun AİHS aksine yaptıkları eylemlerden doğrudan sorumlu hale getirmeyecektir³²². Sözleşme kapsamında devletlerin sorumluluklarının doğabilmesi için devletlerin; aktif olarak tahkim yargılamasına yardım etmiş olması, tahkim yargılaması sonucu verilen karar hakkında icra edilebilirlik belgesi vermiş olması, hakem kararı hakkında iptal davalarında veya

bulunduğuna ve bu sebeple de İsviçre'nin Spor Tahkim Mahkemelerinin (CAS) kararlarından ötürü sorumluluğunun ortaya çıktığına karar vermiştir. *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No:40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018, p.66-67 (Çevrimiçi, 2020) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Mutu%20and%20Pechstein%20v.%20Switzerland%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-186828%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Mutu%20and%20Pechstein%20v.%20Switzerland%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-186828%22]}).

³²⁰ AİHS 6(1) maddesi: “*Herkes davasının, (...) yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir*”. Petrochilos, **a.g.e.**, s.153; Benedettelli, **a.g.e.**, s.641; Landrove, **a.g.e.**, s.91; *Lithgow and others v UK* kararında Mahkeme, 6. madde kapsamında kastedilen mahkemenin sadece klasik anlamda mahkemeler olmadığını, tahkim yargılamalarında da adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. *Lithgow and others v UK*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No:9006/80, 9262/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 8 Temmuz 1986, p.201 (Çevrimiçi, 2020) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22No%209006/80%22\],%22itemid%22:\[%22001-57526%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22No%209006/80%22],%22itemid%22:[%22001-57526%22]}); *Mutu and Pechstein v. Switzerland* kararında da Mahkeme, 6. maddenin tahkim yargılamalarına da uygulanacağına ve Spor Tahkim Mahkemesinin (CAS) Sözleşme hükümleri ile bağlı olduğuna karar vermiştir. *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No:40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018, p.94 vd. (Çevrimiçi, 2020) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Mutu%20and%20Pechstein%20v.%20Switzerland%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-186828%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Mutu%20and%20Pechstein%20v.%20Switzerland%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-186828%22]}).

³²¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.112; Arslan, **a.g.e.**, s.232 vd.; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.93; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.185; Krausz, **a.g.e.**, s.157; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.202; Sheppard, **a.g.e.**, s.137; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.38.

³²² Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.97; Krausz, **a.g.e.**, s.155; *R v. Switzerland* kararında Komisyon taraf devletlerin, hakem kararı hakkında kendilerine başvurulana kadar hakemlerin eylemlerinden sorumlu tutulamayacağına bu sebeple tahkim yargılamasındaki gecikmeden devletin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. *R v. Switzerland*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No:10881/84, DR 51, 4 Mart 1987, s.102, (Çevrimiçi, 2020), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-79128%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79128%22]}).

tenfiz davalarında değerlendirme yapmış olması gerekmektedir³²³. Devletler AİHS hükümlerine aykırı hakem kurulu taleplerini reddederek veya AİHS hükümlerine aykırı verilen kararları iptal ederek veya tenfiz etmeyerek dolaylı olarak tahkim yargılamalarında da adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin gerçekleşebilmesi için pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş olacaklardır³²⁴. Ayrıca devletlerin bu denetlemeyi yapacak yetkili mahkemeleri sağlama yükümlülüklerinin olduğundan da bahsedilebilecektir³²⁵. Mahkemelerin, hakem kararları hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında tahkim yargılamalarında insan haklarına uygun prosedürlerin izlenip izlenmediğine dair nasıl bir denetleme veya değerlendirme yapacakları hakkında kabul edilmiş bir uygulama da bulunmamaktadır. Her bir devlet, kendi iç hukuku uyarınca tahkim yargılamalarında AİHS hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleyecektir³²⁶. AİHM kararları uyarınca iptal tenfiz davaları hakkında önemli olan hususun, hakem kararı hakkında yapılan denetlemenin AİHS 6. hükmü çerçevesinde yapılmış olmasıdır³²⁷.

³²³ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.118; Inka Hanefeld, “Limits to Party Autonomy Imposed by European Mandatory Law”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.401-419, s.415; Krausz, **a.g.e.**, s.155; Benedettelli, **a.g.e.**, s.642; Landrove, **a.g.e.**, s.92; Örneğin Fransa’da gerçekleşen bir tahkim yargılamasında tanıkların yalan makinesine sokulması AİHS 3. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Fakat bu durumdan Fransa’nın doğrudan sorumlu tutulması mümkün değildir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.152.

³²⁴ Petrochilos, **a.g.e.**, s.154; İnsan Hakları Komisyonu, taraflar uyuşmazlıklarının çözümü için mahkeme yargılamasından feragat etseler de Devletlerin tenfiz kararı verirken tahkim yargılamalarında temel haklara uygun olarak, özellikle hukuki dinlenilme hakkına uygun olarak, yargılama yapıldığı ve yargılamanın adil olduğuna dair kontrol yapmaları gerektiği vurgulanmıştır. *Jakob Boss Söhne K.G. v. Federal Republic of Germany*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No:18479/91, 2 Aralık 1991, (Çevrimiçi, 2020), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-1249%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-1249%22]); *R v. Switzerland* kararına konu uyuşmazlıkta, tahkim yargılamasının uzun sürmesi sebebiyle hak ihlalinin ortaya çıktığı iddiası karşısında Komisyon, taraflarca yargılamaya müdahale edilmesi talep edilmediği müddetçe devletlerin tahkim yargılamasından sorumlu olmayacaklarına, uyuşmazlık hakkında mahkemeye başvurulmasının ardından kısa bir süre içinde mahkemenin karar vermesi sebebiyle hak ihlalinin ortaya çıkmadığına karar vermiştir. *R v. Switzerland*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No:10881/84, DR 51, 4 Mart 1987, s.102, (Çevrimiçi 2020), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-79128%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-79128%22]).

³²⁵ Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında bireylerin etkili başvuru hakkı bulunmaktadır. Hüküm uyarınca: “(b)u Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, (...), ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir”.

³²⁶ Petrochilos, **a.g.e.**, s.114.

³²⁷ Briner/Fabian, **a.g.e.**, s.100.; *Nordström-Janzen & Nordström-Lehtinen v. The Netherlands* kararında bir taraf, tahkim yargılamasından sonra hakemlerden birinin zamanında karşı tarafın avukatı olarak çalıştığını öğrenmiş ve hakemin tarafsızlığının ve bağımsızlığının şüpheli hale gelmesi sebebiyle kararın iptali için Hollanda makamlarına başvurmuştur. Mahkeme ve ardından Yüksek mahkeme; hakem kararı verildikten sonra kararın iptal edilmesi için hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında şüphe ortaya çıkmasının yeterli olmadığını, hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmadıklarının kanıtlanması veya kararın karar lehine çıkan için kabul edilemez olması gerektiğini

AIHS hükümlerinin tahkim yargılamalarına uygulanacağını kabulünün ardından, hükümlerin tahkim yargılamalarınca hakemlerce nasıl dikkate alınacağını değerlendirmesi gerekmektedir. AIHS hükümleri, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktan geliyor ise hakemlerin bu kuralları uygulamaları zorunlu hale gelecektir. Hakemler icra edilebilir karar verme yükümlülükleri dahilinde de AIHS hükümlerine dikkat edeceklerdir. AIHS hükümlerine aykırı yardım taleplerinin mahkemelerce reddedilecek oluşu veya AIHS hükümlerine aykırı verilen kararların iptal edilip veya tenfiz edilmeme ihtimali, hakemlerin Sözleşme hükümlerini tahkim yargılamalarında dikkate almalarını gerektirmektedir³²⁸. Fakat hakemlerin tahkim yargılamalarında AIHS hükümlerine uyma gerekliliği sadece mahkemelerin yardımını almak veya hakem kararlarının iptal edilebileceği veya tenfiz edilmeyebileceği sebeplerinden kaynaklanmamaktadır. AIHS hükümleri ve insan haklarına ilişkin hükümler, *lex proceduralia* veya milletlerarası gerçek usul hukukunun bir parçasıdır. Bu sebeple hakemler ve taraflar bu kurallara uymakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuktan kaynaklanabileceği gibi insan haklarına ilişkin hükümlerin *lex proceduralianın* bir parçası olmalarından da kaynaklanabilecektir³²⁹. Hatta ve hatta hakemlerin, hakem kararının iptal edilebilme veya tenfiz edilememe ihtimali olsa bile tahkimin tabi olduğu hukuktan gelen AIHS hükümlerine aykırı kuralları uygulamamaları gerektiği haklı olarak savunulmaktadır³³⁰. Tahkim yargılamasında yer alan düzenlemelerin üst norm olarak, AIHS hükümlerine uygun olarak yorumlanmaları gerekmektedir. Bu sayede devletlerin usuli kurallarından bağımsız olan bir milletlerarası tahkim yargılamasına sahip olmak isteyen tarafların, daha üst bir norm kapsamında

söyleyerek hakem kararını iptal etmemiştir. Yüksek mahkemenin bu kararı sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf, itiraz etmiştir. Fakat Komisyon, hakem kararlarının iptaline ilişkin açılan iptal davalarında incelenecek hükümlere devletlerce kendi iç hukukları kapsamında karar verileceğini, Hollanda makamlarınca yapılan, hakemlerin tarafsızlığa ilişkin değerlendirmenin yeterli olduğuna karar vermiştir. *Nordström-Janzen & Nordström-Lehtinen v. The Netherlands*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No. 28101/95, 27 Kasım 1996, (Çevrimiçi, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%2228101/95%22%22itemid%22%3A%220013400%22%7D>.

³²⁸ Hanefeld, **a.g.e.**, s.416; Jaksic, **a.g.e.**, s.168.

³²⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.155; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.94; Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.26.

³³⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.155.

ihtimali bulunmaktadır. AİHS 8. hükmü kapsamında özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler, tahkim yargılaması sırasında delillerin toplanmasına ilişkin hususlarda problem çıkartabilecektir³³⁴. Sözleşmenin 13. hükmü kapsamında bireylerin sözleşmede tanınan haklarının ihlal edilmesi halinde başvurabilecekleri mercilerin belirlenmiş olması, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sağlanan garantilerin, iptal ve tenfiz davalarında denetlenebilmeleri için önem teşkil etmektedirler³³⁵. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında sadece bu hükümlerin değerlendirilebileceğinin söylenmesi de doğru bir yorum olmayacaktır. Fakat esaslı olarak bu hükümler kapsamında problemlerin çıkma ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilecektir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14(1) hükmünde getirilen düzenleme de tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin bir standart olarak kabul edilebilecektir³³⁶.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan insan haklarına ilişkin temel ilkeler, tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan diğer prensipler ile de uyum içerisindedirler. Hangi hususların insan hakları kapsamında adil yargılanmaya ilişkin oldukları tespit edilmeye çalışıldığı zaman; yine tarafların eşit olması gerektiği, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaları gerektiği veya yargılamanın tarafsız ve bağımsız hakemler tarafından yapılması gerektiği gibi prensipler sayılmaktadır. Bu hükümler kamu düzeni ve *lex proceduralia* kapsamında da değerlendirilmektedir³³⁷. Özellikle AİHS 6 hükmü kapsamında yapılan düzenlemeler, gerçek milletlerarası kamu düzeninin ve *lex*

³³⁴ Sözleşmenin 8(1) hükmü: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”.

³³⁵ Sözleşmenin 13 hükmü: “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir”.

³³⁶ Sözleşmenin 14(1) hükmü: “Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (*ordre public*) veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati, veya aile uyumsuzlukları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir”.

³³⁷ Ekşi, **Tenfiz**, s.157.

proceduralianın bir parçası olarak kabul edilmektedir³³⁸. Her ne kadar insan haklarına ilişkin hususlar ile prensipler arasında bir hiyerarşi olduğundan bahsedilemese de insan haklarına ilişkin düzenlemelerin evrensel nitelikleri göz önünde alındığında bu hususların, adil yargılanmaya ilişkin prensiplerin dış sınırını oluşturdukları söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin insan haklarına ilişkin hükümlerle ve özellikle AİHS hükümleri ile nasıl kısıtlanacağına da özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İnsan haklarına ilişkin getirilen düzenlemelerin, genel olarak mahkeme yargılamalarını düzenlemek amaçlı oldukları göz önüne alındığında bu hükümlerin, tahkim yargılamasının kendine has özellikleri dikkate alınarak, her bir somut uyuşmazlık kapsamında yeniden değerlendirmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır³³⁹. Öncelikle tarafların tahkim yargılamalarına başvurmaları, mahkemeye başvurma hakkından feragat ettikleri anlamına gelirken AİHS hükümlerinden feragat ettikleri anlamına gelmemektedir. Tahkim yargılamasına karar verdikten sonra tarafların yaptıkları tercihler, yine AİHS hükümleri ile kısıtlanacaklardır. Tarafların bu kısıtlama hakkındaki tercih hakları ise tartışmalıdır. Tarafların, usuli irade serbestileri kapsamında insan haklarına ilişkin kimi temel ilkeler aksine anlaşma yapamayacakları kabul edilmektedir³⁴⁰. Fakat bu durum, Sözleşmede düzenlenen haklardan taraflarca kısmen veya tamamen feragat edilemeyeceği anlamına gelmemektedir³⁴¹. AİHS hükümlerinde hangi hakların kısıtlanabileceği veya hangi

³³⁸ Briner/Fabian, **a.g.e.**, s.92.

³³⁹ Benedettelli, **a.g.e.**, s.646; AİHM *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* kararında, AİHS uyarınca dikkat edilmesi gereken tahkim usullerinin mahkemece yapılacak usul ile birebir benzer olmasının gerekli olmadığı, hakem kurulu ile yürütülen yargılamanın kendine has özelliklerinin değerlendirme sırasında dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No:2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 Haziran 1971, p.78, (Çevrimiçi, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57606%22%7D>.

³⁴⁰ AİHM kimi haklardan feragat edilebileceğini kabul ederken, kimi haklardan feragat edilemeyeceğini açıkça dillendirmiştir. Mahkeme bir kararında, hangi haklardan feragat edilebileceğine dair AİHS 6 hükümleri kapsamında korunan haklar arasında bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. *Suovaniemi and others v Finland*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, 23 Şubat 1999, (Çevrimiçi 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22231737/96%22%22itemid%22%3A%220014942%22%7D>.

³⁴¹ 1961 tarihli kararında Komisyon, tahkim yargılamasında hükümde düzenlenen hususlara dikkat edildiği müddetçe AİHS 6 kapsamında sağlanan korumandan feragat edilebileceğine karar vermiştir.

haklardan feragat edebileceğine dair bir hüküm yer almamaktadır³⁴². Bu sebeple hangi haklardan feragat edilebileceği veya edilemeyeceği bir kesinlik taşımamaktadır³⁴³. Her bir hakkın nasıl sınırlandırılabilmesi veya taraflarca feragat edilip edilemeyeceği somut uyuşmazlık kapsamında hakem kurullarınca ve mahkemelerce değerlendirilecektir. Örneğin, taraflar tahkim yargılamalarının duruşmasız olarak yürütülmesi konusunda anlaşabileceklerdir³⁴⁴. Yine tahkim yargılamalarının, kamuya açık olarak yapılmaması hakkında tarafların tercihte bulunabilecekleri ve bu durumun tarafların AİHS 6. madde kapsamında adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir³⁴⁵. Tahkim yargılamalarının tarafsız hakemlerce yürütülmesi hakkından da taraflarca feragat edilebileceği, AİHM kararları ile kabul edilmiştir³⁴⁶. Ayrıca, tahkim anlaşmaları ile

X v. Germany, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, 1962, Yearbook of the European Convention on Human Rights 89, naklen Jaksic, **a.g.e.**, s.165 dn.48.

³⁴² Briner/Fabian, **a.g.e.**, s.91.

³⁴³ Jaksic, **a.g.e.**, s.165; Briner/Fabian, **a.g.e.**, s.92.

³⁴⁴ *Axelsson v Sweden* kararında Komisyon, tarafların tahkim yargılaması sırasında duruşma talep etmemelerinin bu haktan feragat ettikleri anlamına geldiğini kabul etmiştir. *Axelsson v Sweden*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No:11960/86, 13 Temmuz 1990, p.1-2, (Çevrimiçi, 2020) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2211960/86%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001691%22%5D%7D>.

³⁴⁵ Petrochilos, **a.g.e.**, s.150; *Nordström-Janzen & Nordström-Lehtinen v. The Netherlands* kararında, tahkim yargılamalarında duruşmaların kamuya açık olarak yapılması gerekliliğine dair hükme uymak gibi bir çabanın dahi olmadığı ve tahkim anlaşmalarının bu haktan feragat etmeye imkân tanıdığı vurgulanmıştır. *Nordström-Janzen & Nordström-Lehtinen v. The Netherlands*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No. 28101/95, 27 Kasım 1996, (Çevrimiçi, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2228101/95%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%220013400%22%5D%7D>; AİHM bir başka kararında, kamuya açık duruşma hakkından mahkeme yargılamalarında bile feragat edilebilirken esas amacı yargılamaların aleni olmaması olan tahkim yargılamalarında ilgili haktan evleviyetle feragat edilebileceğini vurgulamıştır. *Suovaniemi and others v Finland*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, 23 Şubat 1999, (Çevrimiçi, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2231737/96%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%220014942%22%5D%7D>.

³⁴⁶ *Suovaniemi and others v Finland* kararına konu uyuşmazlıkta, tahkim yargılamasının ardından hakem kararı hakkında hakemlerden ikisinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Mahkeme ve Yüksek mahkeme tarafsız ve bağımsız olmadığı iddia edilen hakemlerin durumunun itiraz eden tarafça yargılama boyunca bilindiğine ve tahkim yargılaması sırasında itiraz etmediği için konu hakkında itirazda bulunulamayacağına karar vermiştir. Karar aleyhine çıkan taraf adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile itiraz etmiştir. AİHM, tarafların kendi iradeleri ile tahkim yargılamasını kabul ettikleri ve hakemlerin tarafsızlık veya bağımsızlıklarına ilişkin yargılama sırasında itiraz etmediklerini tespit etmiş, bu sebeple de konu hakkında itiraz etme hakkından feragat ettiklerinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararıyla tarafların tarafsız ve bağımsız hakem ile yargılanma haklarından feragat edebileceklerine ve mahkemelerde açılan iptal ve tenfiz davalarında tarafların hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkındaki itirazlarının dikkate alınmamasının, AİHS 6. hükmü kapsamında hak ihlali oluşturmadığına karar vermiştir. *Suovaniemi and others v Finland*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, 23 Şubat 1999, (Çevrimiçi, 2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2231737/96%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%220014942%22%5D%7D>.

hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarından feragat edilebilmesinin, doğrudan Sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir³⁴⁷.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların AİHS hükümleri kapsamındaki haklardan feragatlerinin geçerliliği, sadece hakkın konusuna değil haktan ne zaman feragat edildiğine de bağlıdır. Tahkim yargılamalarında yargılamaların her aşamasının insan haklarına uygun olması gerektiği kabul edilirken, bu haklardan ancak bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra feragat edebileceği ileri sürülmektedir. Fakat her hak kapsamında aynı kuralın geçerli olduğu söylenemeyecektir. Yani hakkın niteliği ve haktan yapılan feragate ilişkin özel hususlar dikkate alınmak üzere her bir somut hak için ayrı karar verilmelidir. Örneğin, adil yargılanmaya ve hakemlerin tarafsızlığına ilişkin haklardan tahkim yargılaması başlamadan önce feragat edilemeyeceği kabul edilirken, hakem kararı hakkında açılacak iptal davası açma hakkından tahkim yargılaması başlamadan feragat edilebileceği kabul edilmektedir³⁴⁸.

4. Dürüstlük Kuralı

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan önemli bir diğer prensip, dürüstlük kuralıdır. Gerek mahkemelerde gerekse tahkim yargılamalarında adil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket etmeleri gerekmektedir³⁴⁹. Bu sebeple tarafların tercihleri ve hareketlerinin dürüstlük kuralı ile sınırlandırılıp, denetlenmesi gerekmektedir.

³⁴⁷ Tahkim yargılamalarında tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerinin, AİHS kapsamında adil yargılanma hakkı üzerindeki sonuçları hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b))

³⁴⁸ Landrove, **a.g.e.**, s.89; Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim yargılaması başlamadan önce iptal davası açma hakkından feragat edebilmelerine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b))

³⁴⁹ Erkaya, **a.g.e.**, s.57; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.48.

Dürüstlük kuralı ile genel olarak bireylerin haklarını kullanırken dürüst, namuslu bir insan olarak hareket etmeleri kastedilmektedir³⁵⁰. Yine dürüstlük kuralı uyarınca, kurulan hukuki ilişkilerde karşı tarafın güveninin de kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Tahkim yargılamalarında da tarafların, sahip oldukları irade serbestisi ile tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerde bulunurken veya bu tercihlerin hukuki sonuçları hakkında işlem yaparlarken dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında dürüstlük kuralı, bu kuralın yansımaları olduğu kabul edilen hakkın kötüye kullanımı veya çelişkili davranış yasakları kapsamında tarafların tercihlerini sınırlamaktadır³⁵¹.

Tahkim yargılamalarında bir hakkın kötüye kullanılması için, taraflarca bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmış olması gerekmektedir. Kişinin dürüstlük kuralına aykırı olarak sahip olduğu hakkı kötüye kullanılması, hukuk düzenince korunmayacaktır³⁵². Bu sebeple tarafların, irade serbestisi kapsamında sahip oldukları tercih haklarını dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmaları gerekmektedir.

Çelişkili davranış yasağı da hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralının tipik bir örneği olarak gösterilebilecektir. Kıta Avrupası hukukunda çelişkili davranış yasağı olarak adlandırılan bu prensip Anglo-sakson hukuk sistemlerinde estoppel doktrini olarak adlandırılmaktadır. Bu prensip uyarınca, bir kişinin, sahip olduğu hakları kullanırken, davranışlarının tutarlı ve dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir. Kişinin önceki davranışları ile sonraki davranışlarının farklı oluşu, zıtlık, terslik içermesi veya sonraki davranışı ile önceki davranışını ve hukuki sonuçlarını değiştirmesi, ortaya çelişkiler çıkaracaktır³⁵³. Bu sebeple tarafların önceki hareketleri veya hareketsizlikleri tahkim yargılamasının sonraki aşamalarında ve

³⁵⁰Yalçın Kavak, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyi Niyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019, s.27.

³⁵¹ Ayoğlu, **a.g.e.**, s.130.

³⁵² Kavak, **a.g.e.**, s.62.

³⁵³ Kavak, **a.g.e.**, s.83.

hatta hakem kararları hakkında açılan davalarda, kimi hakları ileri sürememelerine veya o hakla ilgili itirazda bulunamamalarına sebep olacaktır³⁵⁴.

Tahkim yargılamalarında dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edebilecek işlemlerin bir sıralamasını yapmak mümkün değildir. Fakat kimi işlemler örnek olarak sayılabileceklerdir. Tarafların yargılamayı sürüncemede bırakmaları veya geciktirme şeklindeki eylemlerinin dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edeceği söylenebilecektir³⁵⁵. Tarafların aralarındaki sözleşmenin diğer hükümlerini yerine getirirken sözleşmenin içinde yer alan tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmeleri, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edebilecektir. Tahkim yargılaması sırasında tarafların bir usuli haktan feragat etmeleri veya bir ihlale karşı itiraz haklarını kullanmamaları fakat daha sonra bu hak veya ihlal hakkında iptal veya tenfiz davasında itirazda bulunmaları, dürüstlük ilkesi ve çelişkili davranış yasaklarına aykırılık teşkil edecektir.

Dürüstlük kuralı diğer prensipler ile bir bütünlük içerisindedir. Hatta diğer bütün prensiplerin ve prensipler hakkında yapılacak işlemlerin, dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Bu sebeple kimi hukuklarda dürüstlük kuralı, kamu düzeninin bir parçası olarak adil yargılanmaya ilişkin prensiplerin dış sınırı olarak da kabul edilmektedir³⁵⁶. Örneğin tarafların tahkim yargılamalarında eşit hakka sahip olmalarına aykırılık teşkil eden işlemlerin, doğrudan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği söylenebilecektir³⁵⁷.

Tarafların tahkim yargılamalarına gitme iradelerinin, dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edeceklerinin taahhüdünü içerdiği kabul edilmelidir. Aksi halde tahkim yargılamasında adil bir yargılamanın gerçekleşmesi veya tahkim yargılaması sonunda kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen icra edilebilen hakem kararlarının verilmesi mümkün değildir. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerin dürüstlük şemsiyesi altında değerlendirilmesi bu sebeple

³⁵⁴ Esen, **Teşmil**, s.266.

³⁵⁵ Kaplan, **Usul**, s.186.

³⁵⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s.177.

³⁵⁷ Kaplan, **Usul**, s.127.

önemlidir. Örneğin, tarafların tahkim yargılamasını baltalamaya yönelik gerilla taktikleri adı verilen işlemlerinin, dürüstlük kuralı kapsamında tarafların ilk anlaşmalarına aykırı olduğu kabul edilebilecektir³⁵⁸.

Hakem kararlarının iptali veya tenfizi için açılan davalarda, hakem kararlarının denetlendiği kriterlerin ortak amacı, yargılamanın usulünün dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediğinin tespiti³⁵⁹. Bu sebeple dürüstlük kuralının *lex proceduralia* veya gerçek milletlerarası kamu hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi ve hakemlerce uygulanması gerekmektedir. Dürüstlük kuralının ve kapsadığı diğer prensiplerin, evrensel olarak kabul edildiği için, hakemlerce özel bir hukuka atıf bile yapılmadan dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Yine icra edilebilen kararlar verilebilmesi, dürüstlük ilkesinin tahkim yargılamalarında dikkate alınması ile mümkündür. Hakemlerin icra edilebilen, iptal edilmeden tenfiz edilebilen kararlar vermeleri için dürüstlük kuralını yargılama esnasında dikkate almaları gerekmektedir³⁶⁰. Ayrıca devletler, tahkim yargılamalarında dürüstlük kurallarına uyulan adil bir yargılama yapıldığı için kendi yargılama yetkilerinden vazgeçilmesine izin vermektedirler. Tahkim yargılamalarında dürüstlük kuralının dikkate alınmaması ve adil yargılamaların gerçekleşmemesi, devletlerin tahkim yargılamasına karşı olumlu yaklaşımlarının son bulmasına sebep olabilecektir.

Milletlerarası tahkimde dürüstlük kuralı ve yansımalarının özel olarak ele alındığı düzenlemeler de bulunmaktadır. İlgili düzenlemelerin tahkim yargılamasının usulüne uygulanmasının seçilmesi halinde, dürüstlük ilkesine ilişkin var olan somut kurallar tarafları için bağlayıcı hale gelecektir. Örneğin, ISTAC Tahkim Kuralları

³⁵⁸ Waincymer, **a.g.e.**, s.31.

³⁵⁹ Kaplan, **Usul**, s.30.

³⁶⁰ Örneğin Y. 15. HD, 26.10.2017 T., 2016/6273 E., 2017/3638 K. numaralı kararında hakem kararı hakkında açılan iptal davası hakkında değerlendirme yapılırken dürüstlük kuralına uygun hareket edilip edilmediğini incelemiş ve “hakemde dava açmak suretiyle yetkisiz olsa dahi hakem sözleşmesi ya da tahkim şartını imzalayan temsilcilerinin yaptığı işlemlere aleyhine iptal davası açılan tarafın icazet verdiği ve iptal davacısının, hakem yargılaması sırasında verdiği 19.02.2014 tarihli dilekçesinde tahkim şartının varlığı ve tahkim davası davacısının hakemine karşı itirazlarından vazgeçmiş olduğunu beyan etmiş olup kendisinin de tahkim şartını ihtiva eden sözleşmenin karşı tarafın yetkili temsilcileri tarafından imzalandığını benimseyerek hakemde karşı dava açmış olması sebebi ile 15-A.1.a maddesine dayalı olarak ehliyetsizlik ve geçersizlik iddiasında bulunmasının mümkün olmamasına” karar verilmiştir. (Çevrimiçi, 2020) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

22(2) hükmünde “(t)ahkim yargılamasında herkes, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır” denilerek dürüstlük kuralı dahilinde davranmanın zorunlu olduğu ayrı bir hüküm ile düzenlenmiştir. ISTAC ayrıca çelişkili davranma yasağına aykırı hareketleri önlemek amacıyla Tahkim Kurallarının 40. maddesinde İtiraz Hakkının Kaybı başlığı altında: “1. a) Bu Kurallar’ın veya tahkim usulüne uygulanan diğer kuralların herhangi bir hükmüne; b) Tahkim yargılamasının yürütülmesine; c) Tek Hakem veya Hakem Kurulu tarafından verilen emirlere; d) Tahkim Anlaşması uyarınca Tek Hakem veya Hakem Kurulu’nun belirlenmesine, itirazda bulunmaksızın tahkim yargılamasına devam eden taraf, itiraz hakkını kaybeder” diyerek tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin itirazlarını hemen dile getirmelerini aksi durumda bu haklardan yararlanamayacaklarını düzenlemiştir.

Tarafların dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü, müzakere sürecinde, sözleşmenin kuruluşu ve ifası sırasında ve sonrasında herhangi bir uyuşmazlığın çıkması halinde bu uyuşmazlık çözüm yolları sırasında da devam etmektedir. Yani tahkim yargılamasının her aşamasında tarafların dürüstlük kuralına uyma yükümlülükleri devam etmektedir. Örneğin tarafların, tahkim yargılaması devam ederken ortaya çıkan, bir hakemin tarafsızlığı veya bağımsızlığı hakkında şüphe uyandıracak haller hakkında hakemleri en kısa sürede uyarmaları gerekmektedir³⁶¹. Tarafların hakemleri uyarmamaları halinde, dürüstlük kuralı gereği, hakem kararının ilgili durum sebebiyle iptal edilmemesi ve ilgili duruma rağmen tenfiz edilmesi veya ilgili durumun bu davalarda ileri sürülememesi ihtimali ortaya çıkabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında dürüstlük ve hakkın kötüye kullanımı yasakları emredicidir ve aksi kararlaştırılamaz veya kısıtlanamaz. Dürüstlük kuralı evrensel olarak üst norm kabul edildiğinden taraflar, kural aksine tercihte bulanamayacaklardır. Konu hakkında milletlerarası tahkim düzenlemelerinde genellikle açık hüküm bulunmamaktadır. Fakat bu durum, tarafların zaten dürüstlük kurallarının aksine işlem yapamayacaklarının düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Tarafların dürüstlük kuralından vazgeçemeyeceğinde dair düzenleme yapan

³⁶¹ Kaplan, **Usul**, s.187.

kurumlar da bulunmaktadır. Örnek olarak, UNIDROIT tarafından düzenlenmiş ve 2016 yılında revize edilmiş olan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (UNIDROIT Prensipleri) gösterilebilecektir³⁶². UNIDROIT Prensipleri 1.7 hükmü tarafların dürüstlük kurallarına uygun davranmaları gerektiğini ve bu yükümlülüğün kısıtlanamayacağını açık bir şekilde düzenlemiştir³⁶³.

5. Usul Ekonomisi İlkesi

Milletlerarası tahkim yargılamalarının adil olması felsefi bir kavramken, etkili olması ekonomik bir kavramdır³⁶⁴. Tahkim yargılamalarının etkili bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaları için usul ekonomisi ilkesinin dikkate alınması gerektiği de son zamanlarda gerek doktrinde gerekse uygulamada savunulmaktadır. Usul ekonomisi ilkesi uyarınca yargılamanın basit, çabuk ve ekonomik yürütülmesi gerekmektedir³⁶⁵. Bu prensip her ne kadar adil yargılanmaya ilişkin hususlarla karşılaştırıldığında ikinci plana atılsa da hakemlerin gereksiz gecikmelere ve masraflara mahal vermeden tahkim yargılamalarını sonuçlandırmaları gerektiği, son zamanlarda yapılan milletlerarası düzenlemelerde de kabul görmektedir³⁶⁶.

Tahkim yargılamalarının daha ekonomik ve etkili sonuçlar vermesi gerektiğine ilişkin usul ekonomisi ilkesi ve bu prensip kapsamında yapılan düzenlemeler genel olarak hakemlerin, tahkim yargılamalarını nasıl yürütmeleri gerektiğine ilişkindir. Hakemlerin tahkim yargılamalarını yürütürken gereksiz gecikme ve masraflarda kaçınmaları gerektiği farklı düzenlemelerde yer

³⁶² Ayoğlu, **a.g.e.**, s.192 vd.; Prensipler, milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırılması açısından düzenlemeler getirmekte ve düzenleme uyarınca Prensipler, tahkim yargılamalarında da kullanılabilir. Prensipler için bkz. (Çevrimiçi, 2019) <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

³⁶³ UNIDROIT 1.7 maddesi uyarınca: “(1) *each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade* (2) *the parties may not exclude of limits this duty*”.

³⁶⁴ Waincymer, **a.g.e.**, s.11.

³⁶⁵ Pekcanitez, **Medeni Usul**, s.886.

³⁶⁶ Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1322.

almaktadır³⁶⁷. Fakat tahkim yargılamasında tarafların usuli konularda karar verirken irade serbestileri üzerinde usul ekonomisi ilkesinin bir kısıtlama getirip getiremeyeceği tartışma konusudur. Tahkim yargılaması tarafların kontrolü dahilinde iken, tahkim yargılamasını istedikleri kadar uzatmak ve yargılama hakkında istedikleri kadar harcama yapmak tarafların tercihleri kapsamında ise tarafların irade serbestileri üzerinde usul ekonomisi ilkesin nasıl bir etkisinin olabileceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarının, mahkeme yargılamalarından daha kısa süreli ve daha ekonomik bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması beklenirken, uygulamada tahkim yargılamalarının mahkeme yargılamalarından uzun sürdüğü ve daha pahalı olduğu görülmektedir. Fakat milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına ilişkin pratik incelendiğinde masrafların, yüzde doksan oranında taraflardan kaynaklı masraflardan, avukat ve yardımcılara ilişkin masraflardan, tanık ve bilirkişilerden kaynaklandığı görülmektedir. Tahkim kurumları tarafından yapılan masraflar, yüzde iki ila beş oranında değişirken, hakem ücretlerinin tüm masraflara oranları yüzde dört ila yedi arasında değişmektedir³⁶⁸. Bu oranlara bakıldığında tahkim yargılamasının

³⁶⁷ 2012 tarihli revizyon ile güncellenen UNCITRAL Tahkim Kuralları 17(1) hükmünde yer alan: *“hakem mahkemesi, takdir yetkisini kullanırken, gereksiz gecikme ve masraflardan kaçınmak ve taraflara uyuşmazlığın çözümü için adil ve etkin bir yargılama sağlamak suretiyle yargılamayı yürütür”* hükmü, 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarında da yer almamaktaydı. 2017 tarihli ICC Tahkim Kurallarının 22(1) hükmü: *“hakem kurulu ve taraflar, uyuşmazlığın karmaşıklığını ve miktarını dikkate alarak tahkim yargılamasını süratli ve az masraflı bir şekilde yürütmek için her türlü çabayı gösterir”* demektedir. Ayrıca ICC EK IV’de dava yönetim teknikleri başlığı altında hakem kurulunun nasıl daha hızlı ve etkili karar verebileceğine ilişkin öneriler yer almaktadır. ISTAC Tahkim Kurallarında Usul Ekonomisi başlığı altında yer alan 20. madde uyarınca: *“(t)araflar ve Tek Hakem veya Hakem Kurulu, uyuşmazlığın niteliğini ve miktarını dikkate alarak, yargılamanın hızlı ve en az masrafla yürütülmesi için her türlü çabayı gösterir. Tek Hakem veya Hakem Kurulu, yargılamanın hızlı ve en az masrafla yürütülmesini sağlayabilmek için tarafların görüşünü aldıktan sonra uygun gördüğü ve tarafların anlaşmasına aykırı olmayacak gerekli kararları alır”*. Konu, kimi millî düzenlemelerde de yer bulmuştur. Örneğin 1996 tarihli İngiltere Tahkim Kanunu 33(1)(b) uyarınca hakem kurulunun, tahkim yargılamasını yürütürken gereksiz gecikme ve masraflardan kaçınması gerekmektedir. MTK 10(D)(2) hükmünde, *“(t)araflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer hâl ve şartları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir”* denilerek tahkim yargılamalarında usuli karar verilirken hakemlerce yapılacak işlemin diğer taraf için büyük zorluk yaratmasının ve diğer hal ve şartların dikkate alınmasının, usul ekonomisine ilişkin bir değerlendirme olduğu söylenebilecektir.

³⁶⁸ Böckstiegel, **Party Autonomy**, s.3.

uzun ve pahalı olmasının esas sebebinin, taraflardan kaynaklandığı görülmektedir³⁶⁹. Taraflar ve müvekkilleri iyi çalışırlar ve taraflar tahkim yargılamasının usulü hakkında etkili tercihler yapabilirler ise tahkim yargılamalarının sürelerinin kısalabileceğinden veya daha ekonomik hale gelebileceğinden bahsetmek mümkün olabilecektir³⁷⁰. Tahkim yargılamalarının etkili olmaları için tarafların ve vekillerinin dikkatli davranmaları gerektiği söylenirken, hakemlerin tahkim yargılamalarının daha kısa ve ekonomik olması için tarafların tercihleri aksine değerlendirme yapip yapamayacakları bir kesinlik teşkil etmemektedir.

Milletlerarası tahkimin etkili ve ekonomik bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasına ilişkin sınırların daha tam oluşmamış olması, konunun, tarafların irade serbestileri üzerinde bir sınır olarak kabul edilmesini de zorlaştırmaktadır. Her ne kadar hakemlerin, tarafların tahkim yargılamasının etkili bir şekilde yürütülmesine engel olacak tercihleri aksine değerlendirme yapabilme yetkilerinin olması gerektiği doktrinde ileri sürülse de bu görüş genel olarak kabul görmemektedir³⁷¹. Yani, genel kabul edilen görüş uyarınca hakemlerin etkili bir tahkim yargılamasını yürütürken dikkat etmeleri gereken hususlar, tarafların irade serbestisini doğrudan kısıtlayamaz; hakemler, tarafların tercihleri aksine usul ekonomisi ilkesini dikkate alarak işlem yapamazlar. Tahkim yargılamalarının hızlı, mahkeme prosedürlerinden uzak ve

³⁶⁹ Örneğin, İsviçre mahkemelerinde tenfiz davasına konu olan uyuşmazlıkta, farklı zamanlarda iki tarafın da avukatlığını yapmış olan Dr. E tarafından düzenlenen tahkim anlaşmasında, Dr. E'nin bir uyuşmazlık halinde tek hakem olarak atanacağı, her ne sebeple olursa olsun Dr. E'nin hakemliğine itiraz edilemeyeceği ve bu hükme uyulmaması halinde ise Dr. E'ye bir milyon İsviçre Frank'ının ödeneceği kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine başlatılan tahkim yargılaması sonucunda hakem, davacı Türk taraf lehine karar vermiştir. Her ne kadar kararın iptali için Türk mahkemelerinde açılan davalar sonucunda Türk Yargıtay'ı kararı iptal etmese de kararın tenfiz edilmesi için İsviçre mahkemelerinde açılan tenfiz davasında karar, New York Anlaşmasının V(2)(b) hükmü uyarınca tahkim şartının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz edilmemiştir. Taraflar, tahkim yargılamasının hızlandırılacağı düşünerek tahkim anlaşmasında tek ve belirli bir hakem atadıklarını iddia etseler de mahkeme, ilgili tercihin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği için hakem kararının tenfizini reddetmiştir. Tenfiz mahkemesi, taraflar bir anlaşmaya varmamış olsalardı bir kurumun hakem atamasının çok daha tutarlı ve hızlı bir yol olabileceğini vurguladıktan sonra, ilgili tercihin tahkim yargılamasını uzattığını vurgulamıştır. *Not indicated v. Not indicated*, Court of First Instance, İsviçre, 26 Mayıs 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIII, 1998, s.754-63, p.14-28.

³⁷⁰ Gerald Aksen, "Reflections of an International Arbitrator", **Arbitration International**, vol.23, S.2, 2007, s.255-260, s.258.

³⁷¹ Waincymmer, **a.g.e.**, s.389; Konu hakkında hakemlere yetki tanıyan istisnai hukuklar da bulunmaktadır. Örneğin İsveç hukuku uyarınca, tarafların tahkim yargılamasının başında yaptıkları usuli tercihleri değiştiren tercihleri eğer tahkim yargılamasının aksamasına sebep olacaksa hakemlerin bu tercihleri dikkate almama yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.531.

görece olarak daha ekonomik bir çözüm yolu olması, tarafların bu hususları tahkim yargılamasından beklmelerinden kaynaklanmaktadır. Eğer tarafların tahkim yargılamasından beklentileri bu yönde değil ise tahkim yargılamalarının tarafların iradeleri kapsamında, usul ekonomisi ilkesi hilafına yürütülmesi gerekmektedir³⁷². ISTAC Tahkim Kuralları 20. maddesinde bu husus “... *Tek Hakem veya Hakem Kurulu, yargılamanın hızlı ve en az masrafla yürütülmesini sağlayabilmek için tarafların görüşünü aldıktan sonra uygun gördüğü ve tarafların anlaşmasına aykırı olmayacak gerekli kararları alır*” denilerek düzenleme altına alınmıştır. Düzenleme uyarınca da hakemlerin, tarafların anlaşmasına aykırı hareket etme yetkileri bulunmamaktadır.

Tahkim yargılamalarında usuli olarak etkili bir yargılama yürütmekle görevli olan hakemlerin, usul ekonomisi ilkesi kapsamında tarafların tercihleri aksine ancak dolaylı yoldan müdahale edebilecekleri söylenebilecektir. Hakemlerin, taraflarca kararlaştırılan süreden geç verilen dilekçeleri kabul etmemek veya taraflarca kararlaştırılan tanık veya bilirkişinin dinlenmemek gibi usul ekonomisi ilkesini de dikkate alarak verdikleri kararları, iptal ve tenfiz davalarına konu olduğunda, adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile değerlendirilecektir. Hakemlerce yapılan işlemler, adil yargılanmaya ilişkin kriterlerle; hakem kararının sonucuna etki edip etmediği, bir taraf için olumsuz sonuç oluşturup oluşturmadığı, hakem kararının sonucunu değiştirebilme ihtimalinin olup olmadığı kapsamında değerlendirilecektir³⁷³. Yani, adil yargılanmaya ilişkin hükümlere ve sınırlamalara uygun olması halinde hakemlerin, dolaylı olarak, usul ekonomisi kapsamında tarafların tercihlerini değerlendirebilecekleri kabul edilebilecektir. Hakemlerce adil yargılanmaya ilişkin hükümler esaslı olarak dikkate alınırken, usul ekonomisi ilkesi de dolaylı olarak değerlendirilebilecektir.

³⁷² Alan Scott Rau, “Contracting out of the Arbitration Act”, *American Review of International Arbitration*, **American Review of International Arbitration**, vol.8, 1997, s.225-261, s.240.

³⁷³ Hakem kararları hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında mahkemelerin ihlallerin ağırlığına ilişkin yaptıkları değerlendirmeye ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(3)-(b))

C. Milletlerarası Ticari Tahkimde Usuli Konularda İrade Serbestisini Sınırlayan Kurallar

1. Emredici Kurallar

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayan emredici kurallar veya emredici hükümler, tahkim yargılamalarının tabi olduğu hukuklardan gelen ve taraflarca aksi kararlaştırılamayan kurallardır³⁷⁴. Devletler, kendi kamu düzenlerini korumak amacıyla; milletlerarası kurumlar, kendi işleyişlerini korumak amacıyla, aksi taraflarca kararlaştırılamayan emredici hükümler düzenlemektedirler. Bu hukuk veya düzenlemelerin tahkim yargılaması kapsamında uygulanacak hukuk veya kurallar olmaları halinde de taraflar bu hukuk veya kurallardan gelen emredici hükümler aksine işlem yapamayacaklardır.

Devletler veya milletlerarası kurumlar tarafından düzenlenen emredici hükümler, devletlerin veya kurumların menfaatlerini veya adil yargılanmaya ilişkin görüşlerini yansıtmaktadırlar. Bu sebeple ilgili menfaatler veya adil yargılanmaya ilişkin görüş değiştikçe, emredici hükümler de değişeceklerdir. Fakat bu değişim, milletlerarası ticari tahkimde tarafların irade serbestisini kısıtlayan usuli prensiplerde meydana gelecek değişimlerden daha yavaş olacaktır. Çünkü yazılı olan emredici kuralların değişimleri için kuralların değiştirilmesine ilişkin prosedürlerin izlenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar emredici kurallar düzenlenirken esas olarak kamu düzeni dikkate alınsa da kamu düzeni ve emredici kural kavramları, birbirlerinden farklı kavramlardır. Kamu düzeni kavramı, emredici kurallardan kapsam olarak daha geniştir ve soyuttur³⁷⁵. Kamu düzenine ilişkin her bir kuralın emredici olduğu

³⁷⁴ Aygöl, **a.g.e.**, s.110; Gibson, **a.g.e.**, s.1248; Chang, **a.g.e.**, s.84.

³⁷⁵ Inglot, **a.g.e.**, s.46; Hatta kimi hallerde tarafların emredici kurallar aksine tercihte bulunabilecekleri ve fakat bu tercihlerin kamu düzeni ilkesi ile sınırlandırılmış olduğu kabul edilmektedir. Kaplan, **Usul**, s.210.

söylenilecekse de her emredici kuralın kamu düzenine ilişkin olduğunu söylemek zordur³⁷⁶. Bu durumun en önemli sebebi de emredici kuralların sadece kamu düzenini korumak amaçlı düzenleme getirmemeleridir. Özellikle devletler, kendi menfaatlerine uygun olarak kamu düzeni ile ilgili olmayan konularda da veya kamu düzeninden daha ayrıntılı konularda da emredici hükümler düzenleyebilmektedirler³⁷⁷. Örneğin İsviçre’de Yüksek Mahkeme, *Rothenberger v. GEFA, ATF* kararında, borçlar kanununda yer alan garanti sözleşmesinin noter onaylı olması gerektiğine dair düzenlemenin emredici olduğunu ve fakat düzenlemenin kamu düzeninin bir parçası olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir³⁷⁸. Yargıtay da aynı görüş dahilinde, “(...)kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptaline karar vermek için yalnızca hukuka aykırı olması yeterli değildir. **Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması da yeterli değildir.** Bu aykırılığın aynı zamanda, toplumun temel değerlerine, genel ahlak ve adabına, Anayasa’da kabul edilen temel hak ve hürriyetler gibi temel değerlere aykırı olması gerekir. Netice itibarıyla, bir kararın kamu düzenine aykırı olarak kabul edilebilmesi için; tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini aşan, toplumsal boyutu olan, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdanı yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir karar olması gerekir...Tüm bu hususlar dikkate alındığında, açılan iptal davasının tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, keşif yapılarak bilirkişi raporu alınmaması, taraflar arasındaki 22.07.2015 tarihli sözleşmenin yeminli tercüman aracılığıyla tercümesinin yaptırılmamış olması ve hakemlerin görev belgesinin düzenlenmemiş olması kamu düzenine aykırı bulunarak iptal kararı verilmesi doğru olmamış, iptal davasında davalı olan tarafın temyiz isteminin kabulü ile verilen hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir” şeklinde karar vermiştir³⁷⁹.

³⁷⁶ Nomer, **Kamu Düzeni**, s.563; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.369; Nuray Ekşi, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul, Beta, 2004 (**Roma**), s.144; Chang, **a.g.e.**, s.86; Zaten bu sebeple emredici kurallar aksine yapılan her işlemin kamu düzenine de aykırılık teşkil edeceğinin söylenmesi oldukça zordur. Emredici hükme aykırılığın, ancak, temel ilkeleri de ihlal etmesi halinde kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilecektir. Ekşi, **Tenfiz**, s.172.

³⁷⁷ Chang, **a.g.e.**, s.85.

³⁷⁸ *Rothenberger v. GEFA*, İsviçre, ATF 93 II 379, naklen Lalive, **a.g.e.**, s.259 dn.2.

³⁷⁹Y. 15. HD. 26.09.2019 T., 2019/2474 E., 2019/3640 K. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net.

Tahkim yargılamalarında emredici kurallar, farklı hukuki kaynaklardan gelerek tarafların iradelerini kısıtlayabilecektir. Tarafların iradeleri ilk olarak *lex arbitrinin* ve *lex loci arbitrinin* emredici kuralları ile kısıtlanacaktır³⁸⁰. Eğer tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri *lex arbitrinin* emredici hükümlerine aykırılık teşkil ederlerse, kararlar iptal edilebilecek veya dolaylı olarak tanınıp tenfiz edilmeyebileceklerdir. Yine emredici kurallar, tarafların seçtikleri hukuk ve kurallardan veya tahkim kurumlarının düzenlemelerinden de gelebileceklerdir. Tahkim kuralları taraflarca seçildikleri zaman, bu kurallar içerisinde yer alan emredici kurallar tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayacaklardır.

Emredici kurallar ile ilgili en temel problem, genel olarak milli ve milletlerarası düzenlemelerde hangi kuralların emredici olduklarına dair kesin bir ayrımın yapılmamış olmasıdır. Bu sebeple her bir hukukta emredici hükümlerin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. İstisnai olarak kimi milli düzenlemelerde hangi kuralların emredici oldukları açıkça düzenlenmiştir. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu uyarınca, tahkim yeri olarak İngiltere'nin belirlendiği tahkim yargılamalarında İngiliz hukukunun emredici kuralları uygulanacaktır; ilgili emredici kurallar da Kanuna ilave 1. tabloda tek tek sayılmıştır³⁸¹. Yine, Fransız Medeni Usul Kanunda da hangi hükümlerin tahkim yargılamalarında emredici olarak uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir³⁸². Fakat bu düzenlemeler haricinde milli düzenlemelerde genel olarak hangi kuralların emredici olduğuna dair özel bir düzenleme yer almamaktadır.

Milletlerarası tahkim kurumlarına ve bu kurumların düzenledikleri kurallara bakıldığında, her ne kadar taraflara tahkim yargılamasına uygulanacak usul konusunda geniş irade serbestisi sağlamış olsalar da kimi aksi kararlaştırılamayacak

³⁸⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.417; Waincymer, **a.g.e.**, s.51; Bantekas, **a.g.e.**, s.165; Elizabeth Shackelford, "Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration", **University of Pittsburgh Law Review**, vol.67, S.4, 2006, s.897-912, s.902.

³⁸¹ Waincymer, **a.g.e.**, s.183; Hill, **a.g.e.**, s.528; Sheppard, **a.g.e.**, s.135; Khanna, **a.g.e.**, s.394.

³⁸² Aygül, **a.g.e.**, s.111; Fransız Medeni Usul Kanunu 1464(2) hükmü uyarınca 4. maddeden 10. maddeye kadar olan hükümler ile 11(1) ve 13-21 hükümlerinin, tahkim yargılamalarına daima uygulanacağı düzenlenmiştir. Waincymer, **a.g.e.**, s.183.

temel kuralların da belirlendiği görülmektedir³⁸³. Fakat, milli düzenlemelerde olduğu gibi kurumlar da genellikle aksi kararlaştırılamayan hükümler olarak hangi hükümleri kabul edeceklerine dair açık düzenleme yapmamaktadırlar³⁸⁴. Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kuralları 1(1) hükmünde “...söz konusu uyuşmazlıklar, taraflarca kabul edilecek değişikliklere bağlı olarak işbu Kurallara göre çözümlenir” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Yani Kurallar, tahkim yargılamasının esas olarak tarafların tercihleri doğrultusunda ilerleyeceğini kabul etmektedirler. Fakat Kurallar, tarafların tercihlerinin esas alınacağını kabul ederken emredici kuralları da yok saymamaktadır. UNCITRAL Tahkim Kuralları 1(3) maddesi “(b)u Kurallardan herhangi birinin, tahkime uygulanacak hukukun, tarafların aksine bir çözüm öngöremeyecekleri bir hükmüyle çatışması halinde, o hüküm üstün tutulur” diyerek kuralların, tarafların aksine anlaşma yapamayacakları emredici hükümlere tabi olacağını düzenlemiştir. Fakat Kurallar hangi hükümlerin emredici kabul edilebileceğine dair bir düzenleme getirmemiştir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarına ilişkin getirilen düzenlemelerde yer alan kurallardan hangilerinin emredici oldukları bir kesinlik taşımadığı gibi emredici kurallardan hangilerinin usule ilişkin kısıtlama getirdikleri de çoğu zaman düzenlenmiştir. Doktrinde, şekli usul adaletini sağlamak amacıyla düzenlenmiş emredici kuralların, usuli emredici kurallar olarak kabul edilebileceği söylenmektedir³⁸⁵. Bu sebeple, düzenlemelerde yer alan kuralların hangilerinin emredici olduğu veya hangi emredici hükümlerin usule ilişkin olduklarına dair hakem kurullarınca veya mahkemelerce özel bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Doktrinde hakem kurullarınca veya mahkemelerce, hangi kuralların emredici oldukları değerlendirilirken kullanılabilecek farklı kriterler ileri sürülmüştür. Kuralların esaslı düzenleme getirmesi halinde emredici olacakları gerek doktrinde

³⁸³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.357; Carlevaris, **a.g.e.**, s.3.

³⁸⁴ Carlevaris, **a.g.e.**, s.22.

³⁸⁵ Kaplan, **Usul**, s.41.

gerekse kararlarda kabul edilmiştir³⁸⁶. Bir kural, hakem kararının iptaline veya tenfizine ilişkin açılacak davada, kararın iptal olmasına veya tenfiz edilmemesine sebep olabilecekse emredici olduğu söylenebilecektir³⁸⁷. Yine kurallar hakkında yapılan değerlendirmede kuralın düzenleme amacına bakılarak da emredici olup olmadığı değerlendirilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında emredici hükümleri tespit amaçlı kullanılan ortak bir test veya kritere ulaşmak ne yazık ki mümkün değildir. Her bir düzenleme ve içerdikleri emredici hükümler, özel olarak değerlendirilmelidirler. Düzenlemeler arasındaki ve emredici kuralların düzenlenme amaçları arasındaki farklar, her bir hukukta farklı emredici kuralların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Tahkim yargılaması sırasında yemin almanın yasak olması, tanıkların yemin etmelerinin zorunlu olması, mahkemede kabul edilebilecek delillerin tahkim yargılamasında kabul edilmemesi, tahkim anlaşmasında hakemlerin isminin yazmamasının tahkim anlaşmasını geçersiz kılması, hakem kararının notere onaylatılması zorunluluğu, hakem kurulunun tek sayıdan oluşması zorunluluğu, sadece avukatların tahkim yargılamasında tarafları temsil edebilmesi, hakemlerin belirli bir vatandaşlığa ve dine mensup olması, farklı hukuki düzenlemelerde yer alan ve fakat genel olarak düzenlemelerde yer almayan emredici kurallara örnek olarak sayılabileceklerdir³⁸⁸.

Tahkim yargılamalarında emredici kurallara ilişkin değerlendirme yapılırken, milletlerarası alanda yer alan milli ve milletlerarası düzenlemelerde esas olarak tarafların irade serbestisinin dikkate alındığı ve var olan emredici hükümlerin sınırlı sayıda olduğu unutulmamalıdır. Mahkemelerin usul kurallarının, genel olarak emredici oldukları ve aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı kabul edilirken, tahkim kurumlarına ilişkin çoğu düzenlemenin emredici olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple tahkim yargılamasının usulüne etki eden emredici hükümler hakkında yapılacak değerlendirmenin, ilgili hükümlerin adil yargılanma

³⁸⁶ Kaplan, **Usul**, s.42 dn.71.

³⁸⁷ Kaplan, **Usul**, s.43.

³⁸⁸ Petrochilos, **a.g.e.**, s.83.

hakkına ilişkin temel hususları korumaya çalışan asgari kurallar olduğu göz önünde bulundurularak, dar bir şekilde yapılması gerekmektedir.

Son olarak, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar sahip oldukları irade serbestisi kapsamında emredici kuralların aksine işlem yapamazlar. Bir kez tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk belirlendiğinde, bu hukukun emredici hükümlerine uymamak hakem kararlarının iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olabilecektir. Fakat unutulmamalıdır ki taraflar, sahip oldukları irade serbestisi kapsamında farklı bir hukukun uygulanmasını seçebilecek veya uygulanacak hukuku dolaylı olarak belirleyebileceklerdir. Farklı bir hukukun uygulanması ile de ilgili hukukun emredici hükümlerin uygulanmasından kaçınılabilecektir³⁸⁹. Yani, tarafların istedikleri emredici kurallara tabi olma konusunda irade serbestilerinin olduğundan bahsedilebilecektir.

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında tarafların usuli konularda irade serbestisini kısıtlayan bir diğer unsur da doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar veya doktrinde verilen diğer adlarıyla *müdahaleci kurallar*, *müdahaleci normlar*, *üstün normlar*, *derhal uygulanan kurallar*, taraflarca seçilen veya hakemlerce belirlenen hukuk dikkate alınmadan doğrudan uygulanması kabul edilen kurallardır³⁹⁰. Tahkim yargılamasında bu kuralların uygulanması için bir hukukun belirlenmesine veya hakemlerce bir hukukunun tespit edilmesine gerek bulunmamaktadır. Bir doğrudan kuralın uygulanması, uygulanacak hukuk kaynaklı değil, kuralın kendi düzenlenme sebebinden kaynaklanmaktadır³⁹¹. Bu sebeple doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında uygulanacak bütün hukuklara veya kurallara karşı bağışık oldukları söylenebilecektir.

³⁸⁹ Shackelford, **a.g.e.**, s.902.

³⁹⁰ Nomer, **Devletler Hususi**, s.185; Pierre Mayer, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **Arbitration International**, vol.2, S.4, 1986, s.274-293 (**Mandatory Rules**), s.275; Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.206; George A. Bermann, “Introduction: Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **American Review of International Arbitration**, vol.18, 2007, s.1-20, s.2; Kocasakal, **Kurallar**, s.12; Özel, **a.g.e.**, s.164; Ekşi, **Roma**, s.151; Kaya, **a.g.e.**, s.30.

³⁹¹ Nomer, **Devletler Hususi**, s.186; Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.206.

Bu noktada doğrudan uygulanan kuralların, emredici kurallar ve kamu düzeni kavramlarından farkından kısaca bahsedilmesi doğrudan uygulanan kuralların sınırlarının çizilmesi açısından faydalı olabilecektir. Doğrudan uygulanan kural ile emredici kural tabirleri birbirlerinden farklı kavramları ifade etmektedirler³⁹². Emredici kurallar, aksi taraflarca kararlaştırılamayan, uygulanacak hukuktan gelen kurallardır. Emredici kuralların bir uyuşmazlığa uygulanmaması farklı bir hukukun seçilmesi ile sağlanabilecektir. Doğrudan uygulanan kurallar ise, emredici kuralların aksine, uygulanacak hukuktan gelebilecekleri gibi uyuşmazlık ile alakalı veya alakasız bir hukuktan da gelebileceklerdir. Bu sebeple doğrudan uygulanan kuralların uygulanması, herhangi bir hukuk seçilerek önlemez. Doğrudan uygulanan kuralların, emredici kurallar ile olan ayrımından farklı olarak, kamu düzeni kavramı ile farklılıklarının ortaya koyulması çok kolay değildir. Doktrin ve uygulamada kimi yazarlar tarafından kamu düzeni kavramı ile doğrudan uygulanan kural kavramının aynı anlama geldiği ileri sürülmektedir³⁹³. Fakat genel kabul edilen görüş doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni kavramlarının aynı anlama gelmediğidir. Öncelikle, doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni kavramının bir parçası iken kamu düzenine göre özel konularda düzenleme getirirler. Kamu düzeni ile devletlerin genel prensipleri ve temel ilkeleri korunmaya çalışılırken, doğrudan uygulanan kurallar devletlerin daha belirgin ve özel konularda çıkarlarını korumak amaçlı düzenlenirler. Yani doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzenine göre daha somutturlar³⁹⁴. Bu sebeple de bir doğrudan uygulanan kuralın tespiti, kamu düzenine ilişkin ilkelerin tespitinden daha kolaydır. Kamu düzeni etkisinden farklı bir hukukun seçilerek kurtulmak mümkünken doğrudan uygulanan kuralların etkisinden farklı bir

³⁹² Ekşi, **Roma**, s.151. Fakat kimi hukuklarda iki kavramın aynı ifade ile tanımlandığı görülmektedir. Örneğin İngiliz hukukunda “*mandatory rules of law*” ifadesi ile hem emredici kurallar hem de doğrudan uygulanan kurallar tanımlanmaktadır. Sheppard, **a.g.e.**, s.127.

³⁹³ Görüşler için bkz. Kocasakal, **Kurallar**, s.19; Kaya, **a.g.e.**, s.28; Örneğin, ABD hukukunda iki kavram arasındaki ayrımın pratik açıdan gereksiz olduğu düşünülerek, iki unsur aynı tabir altında değerlendirilmektedir. Yine iki kavramın, kamu düzeni “*lois d’ordre public*” ve doğrudan uygulanan kurallar “*lois de police*” veya “*lois d’application immediate*” olarak farklı tabirler ile ifade edildiği Fransız hukukunda, kavramların değişmeli olarak kullanıldığı görülmektedir. Bermann, **a.g.e.**, s.3 dn.7; Salama, **a.g.e.**, s.178. Alman hukukunda da doğrudan uygulanan kurallar kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilmektedirler. Kocasakal, **Kurallar**, s.211; Ekşi, **Roma**, s.151 dn.312.

³⁹⁴ Kocasakal, **Kurallar**, s.21.

hukuk seçilerek kurtulmak mümkün değildir³⁹⁵. Ayrıca her bir doğrudan uygulanan kuralın, kamu düzenine ilişkin olması da gerekmemektedir³⁹⁶.

Doğrudan uygulanan kuralların amacı genel olarak devletlerin yabancılık unsuru içeren durumlarda ticari hayatını, ticari marketlerini veya ekonomik politikalarını korumaktır³⁹⁷. Bu kurallara örnek olarak sermaye piyasasına ilişkin kurallar, rekabet hukukuna ilişkin kurallar ve yasaklar, gümrük kısıtlamaları, kambiyo hukukuna ilişkin kısıtlamalar, ambargo kararları, boykot kararları, blokaj kararları, döviz kontrolüne ilişkin kurallar verilebilecektir³⁹⁸. Sadece devletlerin ekonomik ilişkilerini kontrol eden kurallar değil, insanlığın ortak menfaatlerine ilişkin, çevre hukukuna ve kültürel mirasa ilişkin hususlar içeren, insan kaçakçılığı, terörizm gibi konularda düzenleme getiren kurallar da doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedirler³⁹⁹.

Tahkim yargılamalarına ilişkin doğrudan uygulanan kurallar genellikle, uyuşmazlığın esasına ilişkin düzenlemeler getirmektedirler. Milletlerarası alanda doğrudan uygulanan kurallara ilişkin en önemli düzenlemelere bakıldığında da (örneğin Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 Tarihli Roma Konvansiyonu veya bu Konvansiyonun yerine geçmek üzere hazırlanan Roma I Tüzüğü) bu düzenlemelerin, genel olarak esasa ilişkin olduğu fark edilecektir⁴⁰⁰. Fakat bu durum, doğrudan

³⁹⁵ Fakat burada vurgulanmalıdır ki gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin kuralların tahkim yargılamasına uygulanması, başka bir hukuk seçimi ile önlemeyecektir.

³⁹⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s.186; Ekşi, **Roma**, s.157; Chang, **a.g.e.**, s.86.

³⁹⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s.186; Kocasakal, **Kurallar**, s.117; Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin uyuşmazlığa konu andaki özel menfaatlerini yansıttıkları için devletten devlete farklılık gösterirler. Fakat milletlerarası alanda devletlerin kimi menfaatlerinin ortak olması, devletlerin düzenledikleri doğrudan uygulanan kuralların da benzer olmalarına sebep olmaktadır. Kocasakal, **Kurallar**, s.14; Ayrıca doğrudan uygulanan kurallar, genel olarak devletler tarafından, yine devletlerin çıkarlarını korumak amacıyla düzenlenseler de milletlerarası alanda milletlerarası organizasyonların düzenlediği doğrudan uygulanan kurallar da bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin kararları, Avrupa Birliğinin Direktifleri, WTO gibi milletlerarası kurumların ilgili ticaret hayatını kısıtlayıcı düzenlemeleri de doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceklerdir.

³⁹⁸ Mayer, **Mandatory Rules**, s.275; Özel, **a.g.e.**, s.164; Kocasakal, **Kurallar**, s.117 vd.

³⁹⁹ Özel, **a.g.e.**, s.164.

⁴⁰⁰ Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 Tarihli Roma Konvansiyonunda ve Roma I Tüzüğünde doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemeler hakkında

uygulanan kurallara ilişkin getirilen düzenlemelerin hepsinin esasa ilişkin olduğu anlamına gelmemektedir. Devletler, usuli adaletin sağlanması amacıyla, adil yargılanmaya ilişkin usule uygulanacak doğrudan uygulanan kurallar da düzenlemektedirler⁴⁰¹. Bu doğrudan uygulanan kuralların da tahkim yargılamasında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlamaları ihtimali bulunmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemelerde genellikle kuralların doğrudan uygulanan nitelikleri açıkça belirtilmemektedir. Bu sebeple tahkim yargılamalarında hakemlerin ve mahkemelerde hakimlerin, önlerine gelen bir kuralın doğrudan uygulanmasına ilişkin her somut uyuşmazlıkta yeni bir değerlendirme yapmaları gerekmektedir⁴⁰². Bu değerlendirme yapılırken kuralın; düzenlendiği kuruma, düzenlenme amacına, uygulama kapsamına ve etkisine bakmak suretiyle bir değerlendirme yapılabilecektir⁴⁰³.

Doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında hakemlerce nasıl değerlendirilmeleri gerektiği üzerinde durulması gereken karmaşık bir konudur. Doktrinde usule ilişkin doğrudan uygulanan kuralların nasıl uygulanacağına dair bir fikir birliğinden bahsetmek mümkünse de esasa uygulanacak doğrudan uygulanan kuralların nasıl değerlendirileceği tam bir kesinlik içermemektedir⁴⁰⁴.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında hakemlerin önlerine gelen usuli doğrudan uygulanan kuralları nasıl değerlendirmeleri gerektiği hakkında farklı sınıflandırmalar dahilinde bir değerlendirme yapılabilecektir. Öncelikle doğrudan uygulanan kuralların hangi hukuklardan geldiğine dair bir değerlendirme yapılacaktır

ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, **Roma**, s.156 vd.; Sheppard, **a.g.e.**, s.126 vd. Aynı zamanda bu düzenlemeler, ilgili hükümler gereği tahkim yargılamalarına uygulanmamaktadır.

⁴⁰¹ Barracough/Waincymer, **a.g.e.**, s.206.

⁴⁰² Nomer, **Devletler Hususi**, s.186; Bermann, **a.g.e.**, s.5; Sheppard, **a.g.e.**, s.134.

⁴⁰³ Nomer, **Devletler Hususi**, s.186; İbrahim Doğan Takavut, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.43 vd.

⁴⁰⁴ Esasa uygulanacak doğrudan uygulanan kurallar çalışmamız kapsamında değerlendirilmeyecektir. Burada sadece, tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuktan gelen doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının genel olarak kabul edildiği söylenebilecektir. Mayer, **Mandatory Rules**, s.280; Barracough/Waincymer, **a.g.e.**, s.219. Tahkim yargılamalarında, uygulanacak hukuktan gelen esasa ilişkin doğrudan uygulanan kuralların ve uygulanacak hukuk harici hukuklardan gelen esasa ilişkin doğrudan uygulanan kuralların nasıl değerlendirilmesi gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal, **Kurallar**, s.194 vd.; Takavut, **a.g.e.**, s.124 vd.

ardından tarafların doğrudan uygulanan kurallar hakkında bir tercihte bulunmaları halinde hakemlerin bu tercihlere nasıl yaklaşabilecekleri değerlendirilecektir.

Doktrinde usule uygulanması gereken doğrudan uygulanan kuralların, çoğunlukla adil yargılanmaya ilişkin temel prensipler hakkında düzenlenmeleri sebebiyle, milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni ile benzer bir amaç ve nitelik taşıdıkları söylenmektedir. Bu sebeple de milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninden gelen kuralların, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilecekleri ve doğrudan uygulanmalarının mümkün olduğu savunulmaktadır⁴⁰⁵. Örneğin, Model Kanun 18. maddesinde yer alan adil yargılanmaya ilişkin düzenleme milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine ilişkin olduğu için doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilecek ve doğrudan uygulanabileceği söylenebilecektir. Fakat, herhangi bir usule uygulanan doğrudan uygulanan kural, milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine aykırı bir düzenleme içerirse bu kuralın, hakemlerce doğrudan uygulanmaması gerekmektedir⁴⁰⁶.

Milletlerarası ticari tahkimde tahkim yerinin usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının tahkim yargılamasında da uygulanması genel kabul edilmiş bir ilkedir⁴⁰⁷. Tahkim yeri hukukunun, tahkim yargılamaları üzerindeki etkisi genel olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Uygulanacak hukuk olarak farklı bir hukuka karar verilse bile tahkim yeri hukukunun usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının *lex loci arbitri* kapsamında kabul edilmesi ve uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, milletlerarası alanda hakem kararlarının iptaline ilişkin düzenlemelere bakıldığında da tahkim yeri hukukunun usul hukukuna ilişkin temel hükümlerine aykırılığın iptal

⁴⁰⁵ BarracloUGH/Waincymer, **a.g.e.**, s.218.

⁴⁰⁶ BarracloUGH/Waincymer, **a.g.e.**, s.219.

⁴⁰⁷ Bermann, **a.g.e.**, s.5; Doktrinde tahkim yeri hukukunun usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının esasa uygulanacak kurallardan farklı olmadığı ve iki doğrudan uygulanan kuralın da uyumsuzluk ile olan bağlarının değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. BarracloUGH/Waincymer, **a.g.e.**, s.229; Yine doktrinde tahkim yeri doğrudan uygulanan kuralları arasında ayırım yapan, tahkim yerinin tahkim kanunundan gelen doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması, tahkim kanunu harici düzenlemelerden gelen doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmaması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Marc Blessing, "Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration", **Journal of International Arbitration**, vol.14, S.4, 1997, s.23-40, s.27 dn.10.

⁴⁰⁸ Tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamaları üzerindeki etkileri hakkında bkz. (Birinci Bölüm-II-(B)-(5))

sebebi olarak düzenlendiği görülecektir. Usule uygulanacak doğrudan uygulanan kuralların da devletlerin usuli işlemleri korumak amaçlı düzenlediği temel kurallar olduğu düşünüldüğünde, hakem kararlarının iptal edilmemeleri için tahkim yerinin usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallara uymaları gerektiği söylenebilecektir.

Milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine ilişkin kurallar ile tahkim yeri hukukundan gelen usule ilişkin doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin görüş birliğinin, yargılama ile alakasız üçüncü devletin usule ilişkin doğrudan uygulanan kuralları için de var olduğunu söylemek zordur. Üçüncü devletin usule ilişkin doğrudan uygulanan kuralları; taraflar doğrudan uygulanan kuralı düzenleyen ülkenin vatandaşı oldukları için, tarafların ikametgahları doğrudan uygulanan kuralı düzenleyen ülkede olduğu için, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin ifa yeri doğrudan uygulanan kuralı düzenleyen ülke olduğu için veya olası tenfiz yeri ülkesi doğrudan uygulanan kuralı düzenleyen ülke olduğundan, tahkim yargılamasında hakemlerin önüne gelebilmektedir⁴⁰⁹. Yine kimi durumlarda devletlerin, vatandaşlarının adil yargılanma haklarını korumak üzere veya ifa yeri kendi ülkesi olduğu için, tahkim yargılaması kendi ülkesinde gerçekleşmese de tahkim yargılamalarında uygulanacak usuli doğrudan uygulanan kurallar düzenledikleri görülmektedir⁴¹⁰.

Her ne kadar tahkim yeri hukuk harici doğrudan uygulanan usul kurallarının, hakem kurulu tarafından uygulanmaları zorunlu olmasa da bu doğrudan uygulanan kuralların müstakbel tenfiz yeri ülkesine ait olması ve ilerde açılacak bir tenfiz davasında kararın, tenfiz yeri kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu yüzden, hakem kurulunun tahkim yeri hukuku harici bir hukuktan gelen usuli doğrudan uygulanan kuralları tamamen göz ardı etmemesi gerektiği söylenebilecektir. Bu kurallar, milletlerarası alanda genel olarak kabul edilmiş usuli kurallara benzer nitelik taşırlarsa veya tahkim yeri usuli kurallarına aykırılık teşkil etmezlerse, hakemlerin işinin daha kolay olduğu söylenilebilecektir. Hakemler takdir yetkileri kapsamında bu kuralları değerlendirip

⁴⁰⁹ Waincymer, **a.g.e.**, s.186.

⁴¹⁰ Fakat bu kuralların genel olarak usuli konulardan çok esasa ilişkin konular hakkında düzenlendiği de kabul edilmektedir. Waincymer, **a.g.e.**, s.186.

uygulayabileceklerdir. Fakat kurallar, tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırılık teşkil ederlerse, genel kural gereği bu doğrudan uygulanan kuralın hakem kurulunca uygulanmaması gerekmektedir⁴¹¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında üçüncü bir devletin usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının, hakem kararlarının ileride tenfiz edilebilmeleri için hakem kurulunca değerlendirilmesi gerekliliğinin uygulamada hakemlerin karşısına çıkma olasılığının yüksek olmayacağı söylenebilecektir. Şöyle ki hakemlerin tahkim yeri usuli doğrudan uygulanan kurallarına ve milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninden gelen ilkelere uymaları zaten genel olarak kabul edilmektedir, o halde ileride tenfiz yeri olması muhtemel ülkenin düzenlediği doğrudan uygulanan usuli kuralların tahkim yargılamasında değerlendirilmesinin problem teşkil etmesi için ilgili doğrudan uygulanan kuralın, tahkim yeri doğrudan uygulanan kurallarına veya milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Devletlerin genel olarak usule ilişkin düzenledikleri doğrudan uygulanan kuralların da usuli adaleti korumak amaçlı genel kabul edilen sınırlamalara uygun olduğu düşünüldüğünde, hakemlerin değerlendirmeleri gerekli olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, zaten yargılama sırasında tahkim yeri hukuku veya gerçek milletlerarası kamu düzeni kapsamında değerlendirileceği söylenebilecektir. Ayrıca, bir tenfiz davasında mahkemeler doğrudan uygulanan kural hakkında yapacakları değerlendirmeyi kuralın uygulanıp uygulanmadığı çerçevesinde değil, kuralın uygulanmamasının kamu düzeni üzerindeki etkisi kapsamında yapacaklardır. Birçok hukukta doğrudan uygulanan kurallara uyulmaması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemiştir, fakat bu kurala uyulmaması sonucu verilen kararın kamu

⁴¹¹ Waincymer, **a.g.e.**, s.186. Her ne kadar genel görüş bu yönde olsa da ilgili doğrudan uygulanan kuralın tahkime elverişliliğe, tarafların tahkim ehliyetine veya hakemlerin niteliklerine ilişkin düzenleme getirmesi halleri, tahkim yargılamasında karar verilmesi zor durumlara mahal verebilecektir. Örneğin, 7245 numaralı 1994 tarihli ICC kararına konu olmuş uyuşmazlıkta, Fransız tedarikçi ile Libya şirketi arasında yürütülen tahkim yargılamasında, Libya idari organları tarafından feshedilince tahkim yargılamasında karşı taraf olarak kimin kabul edileceği, şirketi dağıtan idari organın tahkim yargılamasının tarafı olarak kabul edilip edilemeyeceği sorun olmuştur, *French supplier v. Libyan co-operative*, ICC No. 7245, naklen Blessing, **a.g.e.**, s.25. Hakem kurulu böyle bir durumda herhangi bir yol ile yargılamaya devam ederse, hakem kararının New York Anlaşması V(1)(a) uyarınca tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıkabilecektir. Doktrinde bu durumun bir mücbir sebep olarak da kabul edilebileceği savunulmaktadır. Mücbir sebep olarak doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmenin bir parçası olarak sözleşmeye uygulanacak hukukun içerisinde değerlendirilebileceklerdir. Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.218.

düzenine aykırılık teşkil etmesi hali bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Hakimler, tenfiz davası sırasında, esasa girme yasağı sebebiyle, kararda doğrudan uygulanan kuralın uygulanıp uygulanmadığını inceleyemezler. Hakimler, doğrudan kurala uyulmadan verilen hakem kararının kamu düzeni üzerinde yaptığı etkiyi değerlendirerek tenfiz kararı verebilirler. Bu sebeple var olan bir usuli doğrudan uygulanan kurala uyulmamasında değerlendirilecek olan esas husus, yargılama sonunda verilen hakem kararının kamu düzenine olan etkisidir⁴¹². Yine usuli konularda getirilen kuralların benzerlik içermeleri sebebi ile bu durumun da pratik olarak hakimlerin karşısına sıklıkla çıkmayacağı söylenebilecektir.

Her ne kadar tahkim yeri ve gerçek milletlerarası kamu düzenine aykırı üçüncü devletin doğrudan uygulanan usuli kurallarının tahkim yargılamalarında hakemlerin karşısına çıkma ihtimalinin yüksek olmayacağı söylenebilecekse de bu ihtimalin ortaya çıkmasının imkânsız olduğu da söylenemeyecektir. Doktrinde bir tenfiz yeri tespit edilebiliyor ise kuralların hakemlerce dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁴¹³. Hakemlerin yapacakları değerlendirmede, üçüncü devletin esasa ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına ilişkin yapılan testler kıyasen uygulanılabilecektir⁴¹⁴.

Üçüncü devletin usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması hakkında tarafların tercihte bulunup bulunamayacakları konusunda da kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında, irade serbestisi kapsamında doğrudan uygulanan kuralların aksine taraflarca tercih yapılamayacağı, çünkü bu kuralların kendilerine has baskın niteliklerinden ötürü

⁴¹² Takavut, **a.g.e.**, s.103; Bu durum Uluslararası Hukuk Derneği Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu'nun "*Public Policy as a Bar to Enforcement of International Awards*" isimli raporunda da (ILA Raporu) bir doğrudan uygulanan kurala uyulmamasının doğrudan tenfiz engeli olarak kabul edilmemesi gerektiği; doğrudan uygulanan kurala uyulmamasının, kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde bir tenfiz engeli olarak kabul edilmesi gerektiği söylenerek vurgulanmıştır. Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.261.

⁴¹³ Bu durumda da olası tenfiz yerinin birden fazla olması ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.216.

⁴¹⁴ Üçüncü devletlerin esasa uygulanacak doğrudan kurallarının değerlendirilmesinde kullanılabilecek özel bağ ve tarafların meşru beklentileri testleri için bkz. Takavut, **a.g.e.**, s.184 vd.

tarafların tercihlerine rağmen uygulanacakları kabul edilmektedir⁴¹⁵. Tarafların irade serbestisi kapsamında bu kuralların uygulamasından kaçamamaları sebebiyle bu kuralların, diğer bütün kurallara ve hatta hukuklara göre uygulama önceliği olduğu kabul edilmektedir. Fakat taraflarının iradelerinin her bir doğrudan uygulanan kural ile sınırlandırılmış olduğunun söylenmesi fazla kısıtlayıcı bir yorum olacaktır. Böyle bir uyuşmazlıkta öncelikle doğrudan uygulanan kuralların kaynakları açısından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Tarafların irade serbestisi kapsamında milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine aykırı bir tercihte bulunduklarında hakemlerin bu tercihi yerine getirmemeleri gerekmektedir⁴¹⁶. Gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin usuli unsurların bir doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği ve tarafların tercihlerinin aksine değerlendirme yapılabileceği kabul edilmektedir. Milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninden gelen hususlar haricindeki doğrudan uygulanan kurallar hakkında ise ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer doğrudan uygulanan kurala uyulmaması halinde nasıl bir hukuki yaptırım uygulanacağı anlaşılamıyorsa hakemlerin, hakları hakkında en iyi bilgi sahibi olan tarafların tercihlerine saygı duyup, tarafların tercihlerine uymaları gerektiği kabul edilmektedir⁴¹⁷. Bu olasılık özellikle üçüncü devletin usuli doğrudan uygulanan kuralları için söylenebilecektir. Fakat doğrudan uygulanan kurala uyulmadığında nasıl bir sonuç ortaya çıkabileceği açıksa, hakemler ya görevlendirmeyi kabul etmemeli ya da yargılamadan çekilmelilerdir⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Bermann, **a.g.e.**, s.2.

⁴¹⁶ Fakat hakemlerin tarafların açık tercihlerini uygulamadıkları veya bu tercihlere uymadıkları hallerde, yetkileri ile ilgili problemlerin ortaya çıkarabileceği de unutulmamalıdır. Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.219.

⁴¹⁷ Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.220.

⁴¹⁸ Aynı şekilde tarafların doğrudan uygulanan kuralların uygulanması konusunda zımni iradelerinin olduğu düşünülür ve fakat taraflar bu kuralların uygulanmaması konusunda açık iradelerini belirtirlerse, hakemlerin tarafların iradeleri aksine işlem yapamayacaklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Barraclough/Waincymer, **a.g.e.**, s.220.

V. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRADE SERBESTİSİNİ SINIRLAYAN KRİTERLERE İLİŞKİN İHTİLAFLAR

Milletlerarası ticari tahkimde usuli irade serbestisine adil yargılanmaya ilişkin getirilen sınırlamalar hakkında ortak bir kabulün olduğundan bahsedilebilecektir. Fakat bu kabul, tahkim yargılamasında tarafların bu hususlar hakkında nasıl tercihte bulunabileceklerini, hakemlerin kısıtlamalar hakkında nasıl karar verebileceklerini veya mahkemelerin bu hususlar hakkında tahkim yargılamasına nasıl müdahale edebileceklerini kapsamamaktadır. Bu durum da usuli irade serbestisini sınırlayan kriterler arasında ihtilafların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Çalışmamız kapsamında tahkim yargılamasında usuli irade serbestisinin neden kısıtlanması gerektiği, bu kısıtlamaların hangi düzenlemelerden geldiği ve bu kısıtlamaların neler olduğunun incelenmesinin ardından bu bölümde; tarafların genel olarak bu kısıtlamalara uymak zorunda olup olmadıkları, eğer bu kısıtlamalara uyulması gerekiyor ise uyulmaması halinde nasıl bir hukuki yaptırımın uygulanacağı, bu kısıtlamalar arasında herhangi bir hiyerarşinin var olup olmadığı, sınırlamalar arasında çıkacak ihtilaf halinde hakemlerin nasıl hareket etmeleri gerektiği, kısıtlamaların tahkim yargılamasının hangi aşamasında tarafların iradelerine etki edecekleri ve kısıtlamaların taraflarca mı ileri sürüleceği yoksa hakemlerce re'sen mi dikkate alınacağı, her bir soru başlığı altında incelenecektir.

- *Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, usuli konularda irade serbestilerine getirilen sınırlamalara uymak zorundalar mıdır?*

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestilerine getirilen sınırlamalara uyulmasına gerek olmadığı, tahkim yargılamasının bu sınırlar göz ardı edilerek devam edilebileceği ve tarafların bu sınırlamalardan tamamen vazgeçebileceklerinin söylenmesi mümkün değildir. Taraflar tahkim yargılamasına ilişkin iradelerini ortaya koyduklarında, iradeleri üzerine getirilen kısıtlamalar konusunda da anlaştıkları kabul edilmektedir.

Milletlerarası ticari tahkimde bir uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenebilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir. Doktrinde bu durum, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması (“*arbitrability*”) olarak adlandırılmaktadır⁴¹⁹. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenmesini istedikleri vakit, tahkim yargılamasında yer alan kısıtlamalara özellikle adil yargılanmaya ilişkin unsurlara tabi olmayı öngörmektedirler. Doktrinde bu durum ise tahkim yargılamasının usulüne ilişkin elverişlilik (“*arbitral agreeability*”) olarak adlandırılmaktadır⁴²⁰.

Taraflar hakemlerden, aralarında yaptıkları ve usuli irade serbestisine getirilen sınırlamalara aykırı tercihlere uyulmasını ve hakem kararı hakkında ileride herhangi bir itirazda bulunmayacaklarını taahhüt edebilirler. Tarafların karara itiraz etmeyeceklerine ilişkin veya kararı doğrudan icra edeceklerine dair irade beyanlarına saygı duyulması gerektiği ve taraflara tercihleri doğrultusunda bir tahkim yargılaması sağlanması gerektiği söylenebilecektir. Fakat, irade serbestisine getirilmiş kısıtlamalara aykırı verilmiş bir hakem kararlarının iptal edilme şansının ve tenfiz edilmeme ihtimalinin fazla olduğunu bilen ve karar aleyhine çıkan tarafın bu şansını ilk anlaşmanın aksine deneme ihtimali oldukça fazladır. Mahkemelerin de tarafların ilk anlaşmaları ile bağlı olmadığı göz önüne alındığında hakem kararlarının büyük ihtimal iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesine, dolaylı olarak tahkim yargılamasının atıl kalmasına sebep olunabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında tarafların tahkim yargılamalarını tercih etmelerinin sebebi, uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile tarafların sahip olabilecekleri hukuki korumalar ve tahkim kültürü içerisinde çözümlenmesidir. Tahkim yargılamalarının gücüne ve etkisine sahip olmak isteyen tarafların, tahkim yargılamaları kapsamında getirilen sınırlamalara da uygun hareket etmeleri gerektiği söylenebilecektir. Çalışmamız dahilinde incelenen kısıtlamalar, tahkim

⁴¹⁹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.29; Kocasakal, **Kurallar**, s.179; Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010, s.12; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.92.

⁴²⁰ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.28.

yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerine getirilen sınırlamalara ilişkindir. Tarafların bu sınırlamalara tabi olmadan uyuşmazlıklarını çözümlmek için farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerini seçme şansları daima bulunmaktadır.

- *Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli konularda irade serbestilerine getirilen sınırlamalar arasında bir hiyerarşi var mıdır?*

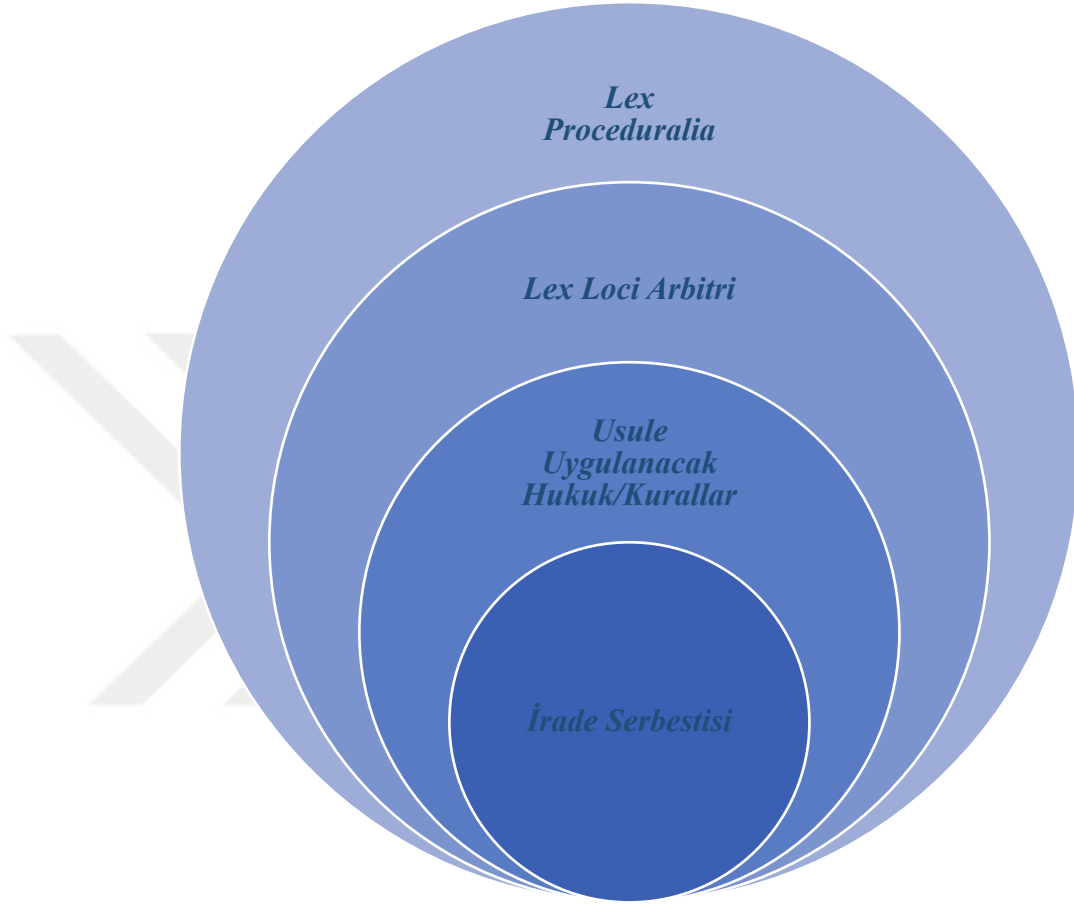
Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerine getirilen sınırlamalar arasında bir hiyerarşiden öte dairesel bir ilişkinin olduğu söylenmektedir⁴²¹. Sınırlamaların kapsamaları arasında kesin çizgiler çizilememesi, sınırlamaların arasındaki ilişkilerin de tam bir hiyerarşi altında değerlendirilememesine sebep olmaktadır. Sınırlamalara ilişkin prensiplerin her bir kuralın içinde değerlendirilebilme ihtimali varken her bir kuralın da prensipler altında değerlendirilme ihtimali vardır. Bununla birlikte, aynı prensiplerin veya kuralların milletlerarası alanda yer alan düzenlemeler içerisinde farklı tabirler altında yer alması, sınırlamalar aralarında oluşturulmaya çalışılan hiyerarşiyi karmaşık hale getirmektedir.

Doktrinde *Bilgehan Yeşilova*, milletlerarası alanda tarafların irade serbestilerinin dayandığı *lex loci arbitrinin* kapsamını açıklarken irade serbestisinin sınırlamalarını da bir kanunlar ihtilafı denklemi içinde ileri sürmektedir. Bu denkleme göre: “*Lex loci arbitri = geniş irade serbestisi + tahkim yeri yedek/tamamlayıcı hukuk kuralları + (az ve sınırlı sayıdaki) tahkim yeri emredici kuralları + milletlerarası kamu düzeni anlayışı*”⁴²². Bu görüş de dikkate alınarak tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisi ve sınırları şu tablo dahilinde incelenebilecektir:

⁴²¹ Waincymer, **a.g.e.**, s.385.

⁴²² Yeşilova, **Tahkim Yeri**, s.124.

Tablo 2.1: Milletlerarası Ticari Tahkim Yargılamalarında Tarafların Sahip Oldukları İrade Serbestisinin Sınırları.



Tarafların milletlerarası ticaret alanında kendi özgür iradeleri ile uyuşmazlıklarını çözebilecekleri sınırsız bir irade evreninin olduğundan bahsedilebilecektir. Bu evrende taraflar hiçbir kısıtlamaya maruz kalmadan aralarındaki anlaşmayı çözümleyebileceklerdir. Yine taraflar, bu evrende yer alan farklı uyuşmazlık çözüm yollarını kullanarak uyuşmazlıklarını sonuçlandırabileceklerdir. Fakat taraflar uyuşmazlıklarını çözümlemek için tahkim yargılamasını tercih ettiklerinde, bu sınırsız irade evreninden ayrılıp irade serbestilerine ilk sınırı çizmektedirler. Yani taraflar uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile çözümlenmesini ifade ettiklerinde, irade serbestilerine ilk sınırlamayı getirmiş olmaktadır. Bu sınırlama da *lex proceduralia*dır.

Milletlerarası alanda tarafların irade serbestilerini kısıtlayan en temel ve en dış unsur *lex procedurali*dir. Taraflar, uyuşmazlıklarının tahkim yargılamaları ile çözümlenmesine karar verdikten sonra *lex procedurali*adan gelen unsurlar aksine karar veremeyeceklerdir. Yani tarafların usuli irade serbestileri, daha tahkim yargılamasının usulü ile ilgili hiçbir tercihleri yokken sadece uyuşmazlıklarını tahkim yargılaması ile çözümlmek istediklerinden *lex procedurali*adan gelen hususlar ile sınırlandırılmaktadır.

Milletlerarası tahkim yargılamalarının bu aşamasında korunmaya çalışılan adil yargılanma ilkesine has en temel ilkeler ve milletlerarası gerçek usuli kamu düzene ilişkin kabul edilmiş evrensel ilkelerdir. Hatta doktrinde, tahkim yargılamasında yer alan diğer sınırlamalar değerlendirilmeden, tarafların iradelerinin *lex procedurali*aya uygun olarak kısıtlanması halinin milletlerarası alanda kabul görmüş usuli garantileri sağlayacağı ve tahkim yargılamasında kararların sıhhatinin tahkimin her aşamasında sağlanacağı ileri sürülmektedir. Örneğin, milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninin standartlarını dikkate alan bir tenfiz yeri mahkemesinin, hakimlerin karşısına çıkabilecek diğer bütün hukuklardan var olan ortak usuli garantileri arayacağı savunulmaktadır⁴²³.

*Lex procedurali*adan gelen kuralların uygulanma dayanaklarına dair doktrinde kesin kabul edilmiş bir görüş yoktur. *Lex procedurali*adan ve milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninden gelen adil yargılanmaya ilişkin hususların, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmeleri gerektiği savunulmaktadır. Her ne kadar adil yargılanmaya ilişkin usuli hususların doğrudan kural olarak kabul edilmeleri birçok sorunu ortadan kaldırırsa da adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki nitelik farkları uygulamada karışıklıkların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin korumaya çalıştıkları özel menfaatlerine ilişkin somut düzenlemelerdir. Bu sebeple doğrudan uygulanan kuralların tespitleri ve uygulama kapsamaları, daha genel bir niteliğe ve uygulamaya sahip olan adil yargılanmaya ilişkin hususlardan farklıdır. Adil yargılanmaya ilişkin

⁴²³ Waincymer, **a.g.e.**, s.186.

hususların genel nitelikleri ve kapsamaları, bu hususların, doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmek suretiyle doğrudan uygulanan kurallar için kabul edilen yöntemlerle uygulanmalarını zorlaştırmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestilerinin hangi dayanak ile *lex proceduralia* veya milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni ile sınırlandırılacağına tartışılmasının pratik bir karşılığının olmadığı söylenebilecektir. Şöyle ki, tarafların irade serbestilerine getirilen bu en kapsayıcı sınırlamaların, milletlerarası tahkim hukukunda genel kabul edilen ilkelerden geldikleri kabul edilmektedir. O halde bu sınırlamalar; tahkim yeri hukukundan, taraflarca tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için seçilen hukuklardan, hakem kurulunca tahkim yargılamasına uygulanması için belirlenen hukuklardan veya tenfiz yeri hukukundan gelen usule ilişkin kurallar ile benzer düzenlemeler içereceklerdir. Bu sebeple, tahkim yargılamasının tabi olacağı *lex arbitri* kapsamında *lex proceduralia* veya gerçek milletlerarası kamu düzeninden gelen kısıtlamalara uygulaması gerektiği söylenebilecektir.

Her ne kadar *lex arbitrinin*, *lex proceduralia* ile benzer hükümler içereceği ve uygulanma dayanaklarının aynı olabileceği ileri sürülebilse de tahkim yargılamalarında yapılan bütün tercihlerin, *lex arbitri* de dahil olmak üzere *lex proceduralia* tabi olmaları gerektiği unutulmamalıdır. Tarafların *lex proceduraliaya* aykırı verdikleri tercihleri sonucunda, hakemlerin görevlendirmeyi kabul etmemesi veya yargılamadan çekilmesi gerekmektedir. Her ne kadar tarafların *lex proceduralia* aksine yaptıkları tercihler karşısında hakemlerin yargılamaya tarafların tercihleri hilafına devam edebilecekleri teklif edilebilse de adil yargılanma ilkelerine uygun yargılama yapma yükümlülüğün hakemlere, tarafların tercihleri aksine işlem yapabilme yetkisi verdiğini söylemek çok kolay değildir⁴²⁴.

Lex proceduraliadan sonra tarafların usuli iradelerini sınırlayan ikinci kısıtlama, *lex arbitridir*. Taraflar tahkim yargılamasında usuli konularda öncelikle

⁴²⁴ Tarafların *lex proceduraliaya* aykırı tercihleri karşısında hakemlerin nasıl bir yol izlemesi gerektiğine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c)-(2)-(ii)-(a)))

*lex procedurali*aya ardından *lex arbitri*ye aykırı tercihlerde bulunamayacaklarıdır. *Lex arbitri* olarak genel olarak tahkim yerinin kabul edilmesi sebebiyle de tarafların irade serbestilerinin *lex loci arbitri*ye aykırılık teşkil etmemesi gerektiği söylenebilecektir⁴²⁵. Yani taraflar yaptıkları bir tercih ile *lex loci arbitri*yi belirlediklerinde bu belirlenen hukuk kendi irade serbestilerini kısıtlayacaktır. Fakat burada *lex loci arbitri*nin bütün kurallarının değil, usule ilişkin emredici kurallarının, tarafların irade serbestilerini kısıtlayacağı söylenebilecektir. Tarafların tahkim yargılamasına ilişkin yapacakları hiçbir tercih, tahkim yeri hukukunun daha doğrusu *lex loci arbitri*nin emredici kurallarına aykırılık teşkil edemeyecektir.

Tarafların *lex procedurali*adan ve *lex loci arbitri*den sonra iradelerini kısıtlayan üçüncü unsur, tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için seçtikleri, *lex proceduralia* ve *lex loci arbitri*ye aykırılık teşkil etmeyen hukuk veya kurallarda yer alan emredici kurallardır. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için yaptıkları tercihlerin, genel olarak usule uygulanması konusunda anlaştıkları hukuk veya kurallara aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. *Lex loci arbitri*de olduğu gibi bu hukuk veya kurallarda yer alan bütün unsurlar değil, sadece emredici hükümler tarafların irade serbestilerini kısıtlayacaklardır. Taraflar, ilgili hukuk veya düzenlemelerdeki emredici olmayan kurallar aksine usuli tercihlerde bulunabileceklerdir.

Sonuç olarak, *lex procedurali*aya aykırı olmamak kaydıyla *lex loci arbitri*nin emredici hükümlerine, *lex loci arbitri*nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla usule uygulanacak hukuk veya kurallarda yer alan emredici hükümlere uygun olarak taraflar, tahkim yargılamasında sahip oldukları usuli irade serbesti gereği, istedikleri usuli tercihlerde bulunabileceklerdir.

- *Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, usuli konularda irade serbestilerine getirilen sınırlamalara uymamanın hukuki yaptırımı nedir?*

⁴²⁵ *Lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukunun dikkate alınması gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. (Birinci Bölüm-II-(A)(B)(C))

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerine getirilen sınırlamalara uymamalarının bir teorik bir de pratik sonucunun olduğu söylenebilecektir. Sınırlamalara uyulmamasının teorik sonucu milletlerarası alanda getirilen hukuk normlarına aykırı hareket edilmiş olunması iken pratik sonucu kararların yetkili mahkemeler tarafından iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesidir.

Milletlerarası ticari tahkim hukukunun, günümüzde artık bir kültürünün oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. 1958 tarihli New York Anlaşmasının ve 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesinin oluşumunu hızlandırdığı bu hukuk dalının, milletlerarası ve milli düzenlemelerle, uygulamada yer alan hakem kararlarıyla, doktrine konu eserlerle, 70 yıllık bir birikimi ve uygulaması bulunmaktadır. Milletlerarası ticari tahkimin bu süreçte kendi usuli asgari standartlarını oluşturduğunu söylemek de mümkündür. Milletlerarası ticari tahkim yargılaması seçildikten sonra tarafların bu asgari standartlara uygun hareket etmeleri beklenmektedir. Yani tarafların usuli konularda irade serbestisi ile yaptıkları tercihlerinin, milletlerarası tahkim hukukuna aykırı olmaması gerekmektedir. Hakemler, sadece verecekleri kararlar mahkemelerce iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyecek diye değil, aynı zamanda verilecek kararın, milletlerarası ticari tahkim hukukuna aykırılık teşkil etmemesini temin etmek adına, tarafların milletlerarası ticari tahkim hukukuna aykırı usuli tercihlerini kabul etmemelilerdir. Tarafların, milletlerarası alanda kabul edilen ilkelere aykırı tercihlerde bulunmaları ve hakemlerin de bu tercihleri yerine getirmeleri, tahkim yargılamasına ilişkin kültüre ve milletlerarası alanda adil yargılanmaya ilişkin kabul edilmiş ilkelere zarar verecektir. Bu durum aynı zamanda, tahkim yargılamalarının ve hakemlerin de prestijlerine zarar verecektir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında usuli irade serbestisine ilişkin asgari standartlara uyulmamasının pratik sonucu ise kararların yetkili mahkemeler tarafından iptal edilmesi ve tenfiz edilmemesi ihtimalidir.

- *Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerinin, usuli sınırlamalara aykırılık teşkil etmesi halinde, tarafların tercihleri nasıl değerlendirilmelidir?*

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestileri kapsamında yaptıkları tercihlerin, usuli sınırlamalara aykırılık teşkil etmesi halinde hakem kurullarının veya mahkemelerin nasıl hareket etmeleri gerektiği çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir. Fakat burada, usuli sınırlamalar arasındaki ilişkinin tahkim yargılaması üzerindeki etkisinden kısaca bahsedilmesi uygun olacaktır.

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında, tarafların usuli konularda çoğunlukla özel bir tercihte bulunmadığı gözlenmektedir. Taraflar, genel olarak bir hukuka veya tahkim kurallarına atıf yapmak suretiyle uygulanacak hukuka karar vermektedirler. Eğer taraflar, tahkim yargılamasının usulü hakkında özel bir tercihte bulunuyorlarsa, konu hakkında özel bir menfaatlerinin olduğu kabul edilebilecektir. Bu sebeple tarafların özel tercihlerinin, irade serbestisine tanınan öncelik gereği hakemlerce uygulanması gerekmektedir. Tarafların belirledikleri özel tercihlerinin, milli hukuklarca veya tahkim kurumlarınca belirlenmiş genel kurallar karşısında öncelik teşkil etmesi, genel hukuk kuralı olan *lex specialis derogat generali* ilkesi ile de uyumludur⁴²⁶.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin özel tercihlerine uyulması gerektiğinin söylenmesi, tarafların, tercihleri hakkında sınırsız bir irade serbestisine sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin konularda sahip oldukları irade serbestisi, öncelikle tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk ve kuralların emredici hükümlerine, ardından *lex loci arbitrinin* emredici hükümlerine ardında da milletlerarası alanda usule ilişkin kabul edilmiş adil yargılanma ilkelerine, *lex proceduraliaya* uygun olmalıdır. Bu sınırlamalar dahilinde yapılacak olan tercihler, tahkim yargılamasının sorunsuz

⁴²⁶ Carlevaris, **a.g.e.**, s.20.

ilerlemesini ve tahkim yargılaması sonunda verilecek olan kararın iptal edilmemesini veya tenfiz edilmesini sağlayacaktır.

Tahkim yargılamasının sorunsuz yürütülmesi veya tahkim yargılaması sonunda iptal edilemeyecek veya tenfiz edilebilecek bir karar verilmesi için tarafların her usuli sınıra aykırılık teşkil eden tercihinin uygulanmayacağı da söylenemeyecektir. Tarafların özel tercihleri, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk ve kuralların emredici hükümlerine veya *lex loci arbitri* emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmesi halinde iptal edilebilir veya tenfiz edilemeyebilir. Fakat taraflar bu riski almak suretiyle tahkim yargılamalarının tercihleri doğrultusunda ilerletilmesini isterlerse, tarafların uyarılması suretiyle yargılamaya devam edilmesi ve tarafların tercihlerine uygun bir yargılama yürütülmesi gerekmektedir. Bu durumda hakem kararların icra edilememe ihtimali olsa da bu ihtimal taraflarca üstlenilmektedir. Bu durumda tarafların özel tercihlerine ilişkin tek kesin sınır, tercihin *lex procedurali*aya ve özellikle milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine aykırılık içiriyor olma halidir. Tarafların adil yargılanmaya ilişkin asgari garantilere uygun olmayan talepleri hakemlerce uygulanmayabilecektir. Hatta bu durumda, çok istisnai durumlarda hakemlerin tarafların tercihleri aksine işlem yapma yetkilerinin olduğu bile söylenebilecektir⁴²⁷.

- *Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, usuli konularda irade serbestilerine getirilen sınırlamalara, tahkim yargılamasının hangi aşamalarında uymalıdır?*

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında adil yargılanamaya ilişkin hususlar tahkim yargılamasının hangi aşamasında ortaya çıkarsa çıksınlar, tarafların bu hususlar aksine işlem yapamayacakları kabul edilmektedir. Yani tahkim anlaşması yapılırken, tahkim yargılaması sırasında ve hakem kararı verildikten sonra taraflar usuli olarak adil yargılanmaya ilişkin hususlara tabidirler.

⁴²⁷ Tarafların *lex procedurali*aya aykırı tercihleri karşısında hakemlerin nasıl bir yol izlemesi gerektiğine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c)-(2)-(ii)-(a))

Tarafların irade serbestisine getirilen sınırlamaların, tahkim yargılamasının her aşamasında yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sırasında ilgili sınırlamalarının etkileri farklı olabilecektir. Örneğin tahkim yargılaması esnasında değerlendirilen bir sınırlamanın etkisi, hakem kararının iptali veya tenfiz davası sırasında yeniden uyuşmazlık konusu olması halinde daha farklı olabilecektir.

- *Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemler, usuli konularda irade serbestilerine getirilen sınırlamaları re'sen dikkate alabilirler mi?*

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine dair inceleme yapabilmeleri için taraflardan birinin itirazda bulunulmuş olması gerektiği kabul edilmektedir⁴²⁸. Tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak konularda ise adil yargılanmaya ilişkin bir sorun olması halinde tarafların bir itirazda bulunmalarına gerek olmadığı, hakemlerin re'sen değerlendirme yapabilecekleri söylenilebilecektir. Temel etik ve sosyal değerlerin konu olduğu hallerin ve milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine aykırı işlemlerin yapıldığı hallerin; Amerikan Yüksek Mahkemesinin tabiriyle milletlerarası ticaretin kumaşını bozan eylemler veya milletlerarası alanda genel kabul edilmiş prensiplere aykırı eylemler olarak kabul edilebilecekleri, bu sebeple de hakemlerce re'sen dikkate alınmalarının uygun olacağı kabul edilmektedir⁴²⁹.

VI. DEĞERLENDİRME

Milletlerarası tahkimin bir bilim değil bir sanat olduğu söylenmektedir⁴³⁰. Tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı, tarafların irade serbestileri ile bu serbestiye getirilen kısıtlamaların arasında yer alan gri bölgenin nasıl yorumlandığı ile alakalıdır. Konu hakkında her bir uyuşmazlıkta yapılan

⁴²⁸ Lalive, **a.g.e.**, s.285.

⁴²⁹ Lalive, **a.g.e.**, s.313.

⁴³⁰ Aksent, **a.g.e.**, s.255; Thomas H. Webster, "Party Control in International Arbitration", **Arbitration International**, vol.19, S.2, 2003, s.119-142, s.127.

yorumların yeniden değerlendirilip yeni bir karar verilmesi gerekliliği, ortaya çıkan unsurlar hakkında kesin bir sınıflandırma yapılmasının zorluğu, yani gri alanın yorumlanmasındaki zorluklar irade serbestisi hakkında yapılan değerlendirmelerin bir bilimden çok sanata benzetilmesine sebep olmaktadır.

Günümüzde tarafların tahkim yargılamasında usuli konularda sahip oldukları irade serbestisi, adil yargılanmaya ilişkin standartlar ile minimum düzeyde sınırlandırılmaya çalışılmaktadır. Bu kısıtlamalar ile, adil bir yargılamanın sürdürülebilmesi ve tahkim yargılaması sonunda karar aleyhine çıkan tarafın da yargılamanın adil bir yargılama olduğunu düşünüp karara itiraz etmeden uyması amaçlanmaktadır. Ancak bu sayede tahkim yargılamaları meşru bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak var olmaya devam edebileceklerdir⁴³¹.

Taraflar aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, milletlerarası ticari tahkim yargılaması ile çözümlenmesini istediklerinde, tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin irade serbestilerine getirilen sınırlamalara uygun hareket etmeyi de kabul etmektedirler⁴³². Taraflar hem tahkim yargılamalarını tercih edip hem de tahkim yargılamalarının tabi olduğu usuli sınırlamalara tabi olmak istemediklerini söyleyemezler.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına uygulanacak kısıtlamalara bakıldığında bu unsurların uzun zamandır uygulamada olan ve birbirlerine benzer düzenlemeler olduğu fark edilecektir. Hatta bu yönde bir *lex proceduralianın* geliştiği bile söylenilebilecektir. Bu sebeple uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözümlmek isteyen tarafların, irade serbestilerinin kimi unsurlar ile sınırlandırılacağından haberdar olmaları gerekmektedir. Hatta bu sınırlamalar genel kabul edilen prensipler hakkında olduklarından tarafların, tahkim yargılamasında irade serbestilerinin hangi yönde sınırlandırılacağı konusunda belirli bir fikir sahibi olmaları da beklenmektedir.

⁴³¹ Williams/Kirk, **a.g.e.**, s.89.

⁴³² Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.108.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli serbestilerini sınırlayacak genel ilkeler belli olsa da bu ilkelerin her somut uyuşmazlıkta nasıl etki edeceklerinin özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Her bir uyuşmazlıkta taraf iradelerinin hangi ölçüde sınırlanması gerektiği çok dikkatli değerlendirilmelidir ki adil bir yargılanma elde edilmek istenirken tarafların irade serbestleri aşırı kısıtlanmasın. İlgili sınırlamalar ve kapsamaları, zamana göre, kim tarafından değerlendirildiklerine göre (hakemlerce veya hakimlerce) ve değerlendirildikleri kuruma göre (*ad hoc* tahkimde veya kurumsal tahkimde) değişiklik gösterebileceklerdir. Bu sebeple, var olan sınırlamalar hakkında genelleme yapmaktan çekinmek de gereklidir. Yapılan sınırlamalar hakkında genelleme yapıldığı zaman bu genellemelerin yanlış çıkma olasılıkları ve tarafları ve hakemleri yanlış yönlendirme ihtimalleri oldukça yüksektir⁴³³. Her bir uyuşmazlığın ayrıca incelenmesi, her bir sınırlamanın her bir olayda adil yargılanmanın sağlanması için nasıl bir kısıtlama yapacağının özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İrade serbestisini kısıtlayan; tarafların eşitliği, hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları gibi her bir unsurun, aslında hangi amaca hizmet ettikleri göz önünde bulundurularak ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestileri, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları her bir tercih ile kısıtlamaktadır. Yani, tarafların irade serbestilerini kısıtlayan unsurlar, yine tarafların irade serbestilerinden kaynaklanmaktadır. Doktrinde bu durum “*irade serbestisi paradoksu*” olarak da adlandırılmaktadır⁴³⁴. Taraflar bir tahkim yargılaması istedikleri anda irade serbestileri *lex proceduralia* ile sınırlandırılacaktır. Taraflar tahkim yargılamasına ilişkin ilk tercihlerini ifade ettiklerinde irade serbestileri, *lex loci arbitrinin* emredici hükümleri ile sınırlandırılacaktır. Taraflar usule uygulanmasını istedikleri hukuk veya kuralları belirledikleri anda bu hukuk irade serbestilerini sınırlandırılacaktır. Tarafların tahkim yeri ve uygulanacak hukuk veya kurallara ilişkin tercihlerini açıkça yapmalarına dahi gerek yoktur. Bir kez bu

⁴³³ Waincymer, **a.g.e.**, s.47.

⁴³⁴ Klaus Peter Berger, “Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”, **Arbitration International**, vol.34, 2018, s.473-493 (**Paradox**), s.475.

hukuklar belirlendikten sonra ilgili emredici hükümler, tarafların irade serbestilerini kısıtlayacaktır.

Lex proceduralianın bir gün *lex mercatoria* gibi taraflarca tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak doğrudan tercih edilebilecek ortak bir usul hukukuna evrilip evirilemeyeceği günümüzde belirsizliğini korumaktadır. Esasa ilişkin hususlarda var olan ortak görüşün usuli konularda daha güçlü olduğu gerek düzenlemelerde gerekse uygulamalarda görülebilmektedir. Özellikle adil yargılanmaya ilişkin hususlar üzerinde, genel bir mutabakatın olduğu ve gerek devletlerce gerek milletlerarası kurumlarca benzer düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bu sebeple, ortak bir usul hukukunun oluşması da mümkün görülmektedir⁴³⁵. Çalışmamızın bu birlikteliğe bir katkısının olması ve milletlerarası yeknesaklaşmanın daha fazla adalet getirmesi, tarafımızca arzulanan bir sonuçtur.

Milletlerarası alanda tarafların usule ilişkin irade serbestilerine getirilen sınırlamamalar, adil ve etkili bir yargılama ve hakem kararına ulaşmak için hayati önem arz etmektedirler. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında bir tarafta, tahkim yargılamasının temelini oluşturan irade serbestisi, diğer tarafta adil ve etkili bir tahkim yargılamasının sağlanması gerekliliği bulunmaktadır. Bu çelişkinin veya doktrinde adlandırıldığı üzere üstünlük kurma savaşının, tahkim yargılamasının işleyişini engeller şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Çalışmamızın devamında konu hakkında yorum yapabilecek yetkili makamların, bu yorumlarını nasıl yapmaları gerektiği ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁴³⁵ Ortak bir usul hukukunun gelişmesine engel olarak, tahkim yeri hukuklarının ve tenfiz mahkemesi hukuklarının tahkim yargılamaları üzerinde sahip oldukları baskın etki gösterilmektedir. Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.338.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE USULİ KONULARDA İRDE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

I. GENEL BİLGİ

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinin kapsamını, üç temel kurumun belirleyebileceği söylenebilecektir. Tahkim yargılamasının tarafları, tahkim yargılamasını yürüten tahkim kurumları ve hakemler ile devlet mahkemeleri, somut uyuşmazlıklarda tarafların tahkim yargılamasında usule ilişkin sahip oldukları irade serbestilerinin kapsamı hakkında karar vereceklerdir. Usuli irade serbestisinin kapsamı belirlenirken tarafların belirledikleri kurallar, tahkim kurumlarının kuralları veya milli hukuklar değerlendirileceklerdir. Bu unsurlar, tek başlarına değerlendirilebilecekleri gibi hep birlikte de dikkate alınabileceklerdir.

Tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı belirlenirken, üç temel unsurun dikkate alındığı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu üç temel unsur bir üçgenin köşelerine benzetilebilecektir. Üçgenin, bir köşesinde irade serbestisi, bir köşesinde adil yargılanma hakkı ve bir köşesinde etkili bir tahkim yargılaması vardır¹. Üçgenin her bir köşesinde yer alan hususlar, tahkim yargılamasında elde edilmek istenen üstün amaçları temsil etmektedir. Tahkim yargılamalarında irade serbestisinin kapsamı belirlenirken bu üç köşenin de dikkate alınması, üç köşeye de eşit önem atfedilmesi gerekmektedir. Fakat pratik hayatta üç köşenin, aynı anda tatmin edilmesi oldukça zordur. Genel olarak, aynı anda sadece iki unsura ağırlık verilebilerek, bir unsurdan fedakârlık yapılması zorunda kalınacaktır. Örneğin, adil ve etkili bir tahkim yargılaması elde etmeye

¹ Fortese/Hemmi, a.g.e., s.122.

çalışılırken, irade serbestisinin fazla kısıtlanması hali veya irade serbestisine aykırılık halleri ortaya çıkabilecektir. Bu durum da icra edilemeyen hakem kararları üretilmesine sebep olabilecektir².

Tarafların tahkim yargılamasında sahip oldukları irade serbestisinin sınırlarının tespitinde, hakemlerin ve hakem kurullarının nasıl hareket edeceklerinden öte mahkemelerin tahkim yargılamalarına karşı nasıl bir tavır takınacakları önem arz etmektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları, ticaret hayatının ihtiyaçları ve tarafların talepleri ile şekillenmektedir. Tahkim yargılamasının başarılı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak varlığını sürdürebilmesi ve tahkim yargılamasını kullanan tarafların tatmin olması da ticaret hayatına uygun olarak tahkim yargılamalarının şekillendirilmesi ile mümkündür³. Tahkim yargılamasında taraflar, irade serbestisinin kendilerine sağladığı özgürlük kapsamında mahkeme harici bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile uyuşmazlıklarını şekillendirmek isterlerken, mahkemelerin müdahaleleri ile karşılaşmaktadırlar. Mahkemelerin müdahaleleri, tarafların beklentilerini baltalayan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple, mahkemelerin müdahalelerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının çizilmesinde önem taşımaktadır⁴. Doktrinde, milletlerarası

² Bu duruma örnek olarak, Paris mahkemelerince verilmiş bir iptal kararı gösterilebilecektir. *Caribbean Niquel v Overseas Mining* kararında taraflar maden işletmek üzere bir *joint venture* sözleşmesi imzalamışlardır. İş başlamadan taraflar arasında çıkan uyuşmazlık sonucu davacı, mahrum kalınan kâra ilişkin tazminat talebiyle tahkim yargılamasını başlatmıştır. Hakem kurulu, yargılama sonunda davacıyı haklı bulmuş ve fakat mahrum kalınan kâr değil kaçırılan fırsat üzerinden tazminata hükmetmiştir. Mahkeme, kararın iptali için açılan davada, taraflara hükme temel teşkil eden hukuki sebep hakkında savunma hakkı tanınmadığı için hakem kararını iptal etmiştir. Aslında hakemlerin taraflara, kaçırılan fırsata ilişkin kendilerini savunmaları için zaman tanımış olmaları, taraflara konu hakkında beyanda bulunmaları için fırsat vermiş olmaları gerekirdi. Fakat hakemler, tahkim yargılamasının gereksiz uzamasını veya tahkim masraflarının gereksiz artmasını önlemek ve kısa süre içinde etkili bir karar vermek amacıyla hareket etmişlerdir. Bu durum, hakem kararının tarafların savunma haklarını ihlal ettiği için iptal edilmesine neden olduğu gibi, davalı tarafa konu hakkında savunma hakkı tanımayarak hakemlerin tarafsızlıklarına da şüphe düşmüştür. *La Societe Commercial Caribbean Niquel v La Societe Overseas Mining Investments Ltd*, Paris Court of Appeals, Fransa, No. 08/23901, 25 Mart 2010, naklen Fortese/Hemmi, **a.g.e.**, s.122 dn.66.

³ Yu, **a.g.e.**, s.145.

⁴ Doktrinde tahkim yargılamalarının yürütülmesinde ortaya çıkan usuli problemlerin, mahkeme yargılamalarında ortaya çıkan usuli problemlerden daha çeşitli olduğu savunulmaktadır. Dominique Hascher, "Introduction", **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin,

ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestisi ile mahkemelerin müdahaleleri arasında bir orta yol bulunması, *tahkimin dengelenmesi* olarak ifade edilmektedir⁵.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı, tahkim yargılamasının farklı aşamalarında farklı kurumlarca belirlenecektir. Tahkim yargılaması başlamadan önce tarafların irade serbestisinin kapsamı, taraflarca ve taraflarca yapılan tercihler uyarınca kısıtlanacaktır. Tahkim yargılaması başladıktan sonra ise tahkim yargılamasının *ad hoc* veya kurumsal tahkim olmasına göre tarafların tercihleri, hakemlerce veya tahkim kurumlarınca kısıtlanacak ve tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihler bu kurumlarca değerlendirilecektir. Son olarak da mahkemeler, hakem kararı verilene kadar sınırlı ve fakat hakem kararı verildikten sonra etkin bir şekilde tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kapsamını belirleyeceklerdir. Çalışmamız dahilinde de yukarıda yapılan ayırım dahilinde ikinci bölümde, tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının taraflarca nasıl belirlenebileceği değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde, tahkim kurumları ve hakem kurullarınca, tahkim yargılaması başlarken veya başladıktan sonra tarafların iradelerinin, tarafların kontrolünden çıkıp ilgili kurumlarca nasıl belirlendiği değerlendirilecektir. Son bölümde ise mahkemelerin, tarafların usuli irade serbestilerini nasıl şekillendirebilecekleri değerlendirilecektir.

Günümüzde milletlerarası tahkim yargılamalarının tabi olabileceği birçok farklı düzenleme bulunmaktadır. Her bir düzenlemenin ayrıntılı bir şekilde ele alınması veya değerlendirilmesi bu çalışma kapsamında mümkün değildir. Her ne kadar kimi hususlarda milli hukuklara ilişkin özel düzenlemelerden bahsedilecekse de esas olarak New York Anlaşması ve Model Kanunun hükümleri değerlendirilecektir. Zaten New York Anlaşması ve Model Kanun hükümlerinin, iç hukuk düzenlemeleri yapılırken birçok devlet tarafından dikkate alınmış olması, milli

Paris, ICC Publication, 2011, s.5-16, s.5; Bu durum tahkim yargılamasında tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinden kaynaklanmaktadır.

⁵ Williams/Kirk, **a.g.e.**, s.90.

düzenlemeler arasında bir yeknesaklık sağlamıştır. Çalışma kapsamında da milletlerarası ticari tahkim hukuku kapsamında sağlanan bu yeknesaklık dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında hakemlerce verilen usule ilişkin kararlar arasında bir uyum yakalanması da maalesef oldukça zordur. Tahkim yargılamasında usule ilişkin verilen kararlar hakkında yapılan çalışmalarda da usule ilişkin kararlar arasında bir birlik bulunduğundan bahsedilemeyeceği özellikle vurgulanmaktadır. Örneğin, ICC Tahkim Kurallarında esasa ilişkin verilen kararların taslaklarının ICC Divanı'na gönderilme zorunluluğunun hakem kararlarının arasında bir uyum sağlarken, usuli kararların Divan'a gönderilmesinin zorunlu olmamasının usuli kararlar arasında bir uyum sağlanmasını zorlaştırdığından bahsedilmektedir⁶. Bu sebeple çalışma kapsamında değerlendirilen hakem kararlarından da doğrudan bir genelleme yapılması konu hakkında yanlış yargılara varılmasına sebep olabilecektir. Çalışma kapsamında bu zorluk dikkate alınarak genelleme yapmaktan öte hakem kararlarında yer alan gerekçelerin değerlendirilmesi suretiyle genel kabul edilen kurallar veya uygulama hakkında bir çıkarım yapılmaya çalışılacaktır.

II. İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ TARAFLARCA BELİRLENMESİ

A. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip olduğu irade serbestisinin, en geniş olduğu aşama, tahkim yargılaması başlamadan önceki aşamadır. Bu aşamada taraflar, daha tahkim yargılaması hakkında özel tercihlerde bulunmadıkları için irade serbestilerinin kısıtlanması da söz konusu değildir. Tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin verecekleri her karar, kendi irade serbestilerini tahkim yargılamasının ilerleyen aşamalarında sınırlayacaktır.

⁶ Hascher, **a.g.e.**, s.5.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların usule ilişkin tercihlerini, tahkim yargılamalarının başında, en kısa sürede verilmeleri önerilmektedir. Bir yazar, usule ilişkin tercihlerin ve uygulanacak kuralların belirlenmesini “*oyunun kurallarının*” belirlenmesi olarak ifade etmektedir⁷. Tahkim yargılamasına ilişkin usuli kurallar ne kadar erken tespit edilirlerse, tahkim yargılamasının işleyişi, taraflar ve hakemler açısından o kadar öngörülebilir olacaktır. Yani, tahkim anlaşması ne kadar güçlü, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradeleri ne kadar kesin ve açıksa tahkim yargılamasında ortaya çıkacak usuli problemler o kadar az olacaktır. Tarafların, tahkim yargılaması başladıktan sonra usuli konularda anlaşmalarının daha zor olduğu düşüldüğünde, tahkim yargılaması başlamadan daha doğrusu taraflar arasında uyuşmazlık ortaya çıkmadan taraflarca usuli konuların tespit edilmiş olması, ileride çıkacak sorunlarla tahkim yargılamasının sekteye uğramasının önüne geçebilecektir⁸. Bu sayede daha etkili ve hızlı bir tahkim yargılaması elde edilebilecektir.

Tarafların tahkim yargılaması başlamadan, usuli konular hakkında karar vermeleri gerektiğinin söylenmesi, tarafların her bir konuda ayrıntılı olarak düzenleme yapmaları veya tercihte bulunmaları gerektiği anlamına da gelmemektedir. Tarafların tahkim yargılaması başında yaptıkları tercihler, kendi irade serbestilerini kısıtlayacağı gibi hakemlerin yetkilerini de kısıtlayacaktır⁹. Tarafların ve hakemlerin takdir hakları kısıtlandıkça da tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan usuli sorunlara çözüm bulunması konusunda sıkıntılar ortaya çıkacaktır. Bu sebeple tahkim yargılamasının tabi olacağı genel kuralların belirlenmesi suretiyle *oyunun esas kurallarının* belirlenmesi ve fakat usule ilişkin ayrıntılar hakkında karar vermek üzere hakemlere yetki tanınması, tahkim yargılamalarının etkili bir şekilde ilerlemesine yardımcı olacaktır.

⁷ Böckstiegel, **Party Autonomy**, s.2.

⁸ Berger, **Autonomy**, s.14.

⁹ Örneğin tarafların tahkim yargılaması başlamadan önce açıkça belirlemiş oldukları usuli tercihlerine karşı, daha sonra iptal veya tenfiz davalarında, tercihlerin emredici kurallara aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle itiraz edilemeyecektir. Bu durumun, dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.121.

B. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşma

Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yargılaması ile çözümlenmesine yönelik taleplerini içeren ve tahkim yargılamasının var olmasına sebep olan anlaşma, *tahkim anlaşması* olarak adlandırılmaktadır. Bu anlaşma ile taraflar, aralarında ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinin yetkisini kaldırmakta ve kendi belirledikleri özel yargılama yolunu yetkilendirmektedirler¹⁰. Tahkim anlaşması, tarafların tahkim iradelerinin ve tahkime ilişkin tercihlerinin ortaya çıktığı, tahkim yargılamasına ilişkin usuli kararlarını içeren ilk adımdır.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların tahkim iradesi, esas anlaşmanın içinde bir tahkim şartı olarak ortaya çıkabileceği gibi ayrı bir tahkim anlaşmasına da konu olabilecektir¹¹. Fakat her iki halde de tahkim anlaşması, taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu esas anlaşmadan farklı bir anlaşmalardır¹². Tahkim anlaşması, sadece tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradelerini içerebileceği gibi tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini de içerebilecektir¹³. Bununla birlikte taraflar, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerine ilişkin tahkim anlaşmasından ayrı bir anlaşma da yapabilirler¹⁴. Tarafların arasındaki esas anlaşma ile tahkim anlaşmasının farklı iki anlaşma olmaları gibi, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradelerini ortaya koydukları anlaşma ile tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini içeren anlaşmalar da birbirlerinden farklı anlaşmalardır.

¹⁰ Kalpsüz, **Tahkim**, s.36; Nomer, **Devletler Hususi**, s.556; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.297; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.126; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.645; Milletlerarası tahkimde tarafların hangi konular hakkında tahkim yargılamasına gidebilecekleri “*tahkime elverişlilik*” olarak adlandırılmaktadır. Konu, tarafların usuli olarak sahip oldukları irade serbestisinden öte hangi hususlar hakkında tahkim yargılamasına gidilip gidilemeyeceğine ilişkindir. Bu sebeple çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir. Konu hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Huysal, **a.g.e.**, s.1; Takavut, **a.g.e.**, s.76 vd.

¹¹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.37; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.132; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.297; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.645; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.802; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.22.

¹² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.198; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.104; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.102; Nomer, **Devletler Hususi**, s.557; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.299; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.663; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.163; Özel, **a.g.e.**, s.35; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.51.

¹³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.299.

¹⁴ Born, **a.g.e.**, s.1601; Uygulamada tarafların usule ilişkin tercihlerini içeren ayrı bir anlaşma yaptıkları çok nadir görülmektedir. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.132.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin tercihleri ile tahkim anlaşmasının birbirlerinden farklı oluşu, bu anlaşmaların farklı hükümlere tabi olmasına sebep olabilmektedir. Bu anlaşmaların farklı hükümlere tabi olması da anlaşmaların hukuki geçerlilikleri hakkında farklılıklar ortaya çıkarabilmektedir¹⁵. Örneğin, tahkim anlaşmasının geçerli olduğu fakat tarafların usule ilişkin tercihlerinin geçersiz olduğu haller uygulamada ortaya çıkabilmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasına ilişkin tercihlerini içeren anlaşmalar, tahkim anlaşmalarına benzer özellikler de taşımaktadır. Bu sebeple usule ilişkin anlaşmaların genel olarak tahkim anlaşmaları kapsamında ve fakat sahip oldukları hususi durumların dikkate alınarak özel olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamız kapsamında da tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapabilecekleri tercihler, tahkim anlaşmaları ile birlikte değerlendirilecektir.

C. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşmanın Unsurları

1. Usule İlişkin Anlaşmanın Taraflarına İlişkin Hususlar

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkimin taraflarının kimler olduğunun tespiti kolay gibi görünse de özellikle tahkim yargılaması başladıktan sonra tahkim anlaşmasının taraflarının kimler olabileceği konusunda tartışmalar ortaya çıkabilmektedir. Tahkim yargılamasını yürüten hakemlerin, tahkim anlaşmasının veya usuli tercihlere ilişkin anlaşmaların tarafı olup olmadıklarına dair bir tartışma da halen güncelliğini korumaktadır. Bu tartışma önemlidir, çünkü; eğer hakemlerin tahkim anlaşmasının tarafı oldukları kabul edilirse, tahkim yargılaması

¹⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.212; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.338; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.646.

başladıktan sonra tahkim yargılamasının usulü hakkında değişiklik yapmak istendiğinde anlaşmanın tarafı olarak kabul edilen hakemlerin de onayının alınması sözleşmeler hukuku kapsamında zorunlu hale gelecektir.

Doktrinde, tahkim anlaşmalarının iki taraflı olup hakemler ve taraflar için ayrı ayrı hak ve yükümlülükler doğurduğu ileri sürülmektedir. Fakat, tahkim yargılamasının kendine has özellikleri göz önüne alındığında; tahkim anlaşması ile taraflar ve hakemler arasında bir anlaşma ortaya çıktığının, yani hakemlerin tahkim anlaşmasının bir tarafı olduğunun söylenmesi oldukça zordur¹⁶. Bu durum tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapmış oldukları anlaşmalar için de geçerlidir. Tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim anlaşması, ileride doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin bir çözüm yoludur. Taraflar, tahkim anlaşması yaparlarken hakemler ile de bir anlaşma yapmak niyetinde değillerdir. Hakemler, uyuşmazlık çıktıktan ve taraflar tahkim yargılamasını başlattıktan sonra tahkim yargılamasına dahil olmaktadır. Yani taraflar, tahkim anlaşması yaptıklarında hakemlerin anlaşmanın bir tarafı olduğunu düşünmemektedirler¹⁷. Doktrinde, tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesi için bir tahkim kurumunu yetkilendirdiklerinde tahkim anlaşmasının artık üç taraflı bir anlaşma haline geldiği dahi savunulmaktadır¹⁸. Fakat hakemlerin tahkim anlaşmasının tarafları olmadığının kabulü gibi, tahkim kurumlarının da tahkim anlaşmasının taraflarının olmadığına kabulü tarafların usuli tercihlerinin değerlendirilmesinde kesinlik sağlayacaktır.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların, hakemler veya tahkim kurumları ile ayrı bir anlaşma yaptıkları kabul edilmektedir¹⁹. “*Hakem akdi*” veya “*hakem anlaşması*” olarak adlandırılan bu anlaşma, taraflarla hakemler arasında yapılan; iki tarafın arasındaki hak ve yükümlükleri doğuran bir anlaşmadır²⁰. Taraflar

¹⁶ Waincymer, **a.g.e.**, s.387.

¹⁷ Pryles, **a.g.e.**, s.333.

¹⁸ Pryles, **a.g.e.**, s.330; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.92.

¹⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.31.

²⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.601; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.276; Nomer, **Devletler Hususi**, s.557; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.297; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.31; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.91; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.92; Özel, **a.g.e.**, s.31; Doktrinde hakem akdinin, borçlar hukuku hükümlerine tabi olduğu ileri sürülmektedir. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.645. Anlaşmanın

ayrıca eğer uyuşmazlıklarının bir tahkim kurumu ile çözümlenmesini istiyorlarsa, istedikleri tahkim kurumu ile de bir anlaşma yapabilmektedirler²¹.

Milletlerarası özel hukukta tarafların tahkim anlaşması yapamaya yönelik ehliyetleri genel olarak tarafların “*şahsi hukukuna*” bağlanmıştır²². Örneğin New York Anlaşması V(1)(a) hükmü ve Cenevre Sözleşmesi II(1) ve VI(2) hükümleri uyarınca, tarafların ehliyeti, “*tatbiki gerekli kanuna*” tabi kılınmıştır; bu hukuk da genel kabul edilen görüş uyarınca tarafların şahsi hukukudur. Türk Hukuku uyarınca da MTK hükümlerinde özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle MÖHUK 9. hükmü uyarınca tarafların hak ve fiil ehliyetleri hakkında karar verilecektir. MÖHUK 9(1) uyarınca da “*(h)ak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir*”. Yani, tarafların ehliyetlerine ilişkin irade serbestisi kapsamında tercihte bulunup bulunamayacakları, tarafların şahsi hukukları tarafından karara bağlanacak bir husustur. Yine tarafların usuli olarak tahkim anlaşmalarında karar verebilme yetkileri de tarafların şahsi hukukları tarafından karara bağlanacaktır. Bu hukukun tespit edilmesi sırasında hakemlerin takdir hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi ve hakem kurulunun uygun bulduğu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır²³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılamalarının usulüne ilişkin, taraflardan kaynaklı en çetrefilli problemlerin, birden fazla tarafının olduğu tahkim yargılamalarından kaynaklandığı söylenebilecektir. Çok taraflı tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi, klasik iki taraflı tahkim yargılamaları için kabul edilen kurallara aykırılık teşkil edebilecektir.

bir acente, vekalet veya hizmet anlaşmasından öte, *sui generis* anlaşma olduğu da savunulmaktadır. Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.92.

²¹ Aygül, **a.g.e.**, s.62. Alman hukukuna göre de kurumsal tahkimde hakemlerin, tahkim kurumları ile ayrı bir sözleşme yaptıkları kabul edilmektedir. Hanefeld/Schmidt-Ahrendts, **a.g.e.**, s.554.

²² Born, **a.g.e.**, s.626; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.298, dn.382; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.123; Bantekas, **a.g.e.**, s.144.

²³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.267 dn.334.

Milletlerarası ticari ilişkiler incelendiğinde mevcut işlerin ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların her zaman iki taraflı olmadığı görülmektedir. Özellikle ortak girişimler (joint venture) veya konsorsiyumlar gibi ticari işler, birden fazla tarafın bir veya birden fazla anlaşma ile bir araya geldiği ticari işlerdir. İki taraflı çok tarafın, bir ticari iş veya anlaşmanın veya birden fazla birbirlerine bağlı ticari anlaşmanın tarafları olduğu durumlarda, ilgili anlaşma veya anlaşmalarda yer alan tahkim şartları uyarınca yapılan tahkim yargılamalarında da ikiden fazla taraf bulunabilmektedir²⁴.

Birden fazla tarafın olduğu tahkim yargılamalarında öncelikle, her bir tarafın, çok taraflı tahkim yargılamasına ilişkin iradelerinin ortaya çıkması gerekmektedir²⁵. Aksi halde, ilgili sözleşme veya sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar hakkında ayrı ayrı tahkim davaları açılması gerekmektedir. Tarafların çok taraflı tahkime ilişkin ortak iradeleri tespit edilebilse bile, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri hakkında da aynı birlikteliğin sağlanmasında sorunlar ortaya çıkabilmektedir.

Birden fazla davacı veya birden fazla davalının olduğu tahkim yargılamalarında çoğunlukla, tarafların çıkarları ve pozisyonları aynı veya benzer olacağı için, tahkim yargılamalarının usulü hakkında ortak bir karar vermeleri de mümkün olabilecektir. Bu sayede çok taraflı tahkim yargılamalarında her durumda problem çıkmayacağı söylenebilecektir²⁶. Fakat tarafların kendilerine has çıkarlarının ve taleplerinin olması halinde, tahkim yargılamasının usulünün nasıl yürütüleceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Hakemlerin belirlenmesinden, tarafların savunma sıralarına, tahkim yeri veya dilinin belirlenmesinden tahkim masraflarının taraflar arasında paylaşılmasına kadar birçok konuda, çok taraflı tahkim yargılamalarında sorunlar ortaya çıkabilmektedir.

²⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.301; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.142; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.378; Bantekas, **a.g.e.**, s.96; Christopher Stippl, “International Multi-Party Arbitration: The Role of Party Autonomy”, **The American Review of International Arbitration**, vol.7, S.1, 1996, s.47-69, s.48; Michael Kramer/ Guido E. Urbach/Reto M. Jenny, “Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators” **Austrian Arbitration Yearbook**, vol. 2009, 2009, s.149-162, s.150.

²⁵ Bantekas, **a.g.e.**, s.98; Stippl, **a.g.e.**, s.52.

²⁶ Ricardo Ugarte/ Thomas Belivacqua, “Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions”, **Journal of International Arbitration**, vol.27, S.1, 2010, s.9-49, s.15.

Çok taraflı milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların tahkim yargılaması üzerinde sahip oldukları irade serbestine ilişkin en önemli uyumsuzluklar, tarafların tahkim yargılamasında eşit haklara sahip olmaları gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Tahkim yargılamalarının çok taraflı olması, tarafların usuli olarak eşit haklara sahip olmayabileceği veya tarafların hukuki dinlenilme hakkına aykırı işlem yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında eşit hakka sahip olmaları gerekliliği çok taraflı tahkim yargılamaları için de geçerlidir. Fakat bu durumun, tarafların usuli irade serbestileri üzerinde nasıl bir etki oluşturacağı kesinlik taşımamaktadır. Uygulamada, tarafların irade serbestileri hakkında çıkan uyumsuzluklar uzun zamandır geçerliliklerini korumakta ve doktrinde çözümü olmayan sorunlar olarak kabul edilmektedirler²⁷.

Çoklu tahkim yargılamasında usule ilişkin problemler, genellikle iki tarafın yer aldığı tahkim yargılamaları için kullanılan klasik tahkim şartlarının kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Taraflar belki önemsemedikleri belki de öngörmedikleri için, çoklu yargılamaya ilişkin tahkim yargılamasının nasıl yürütüleceğine ilişkin tercihte bulunmamaktadırlar. Tahkim anlaşmalarının veya tahkim anlaşmaları ile atıf yapılan tahkim kuralların veya hukukların konu hakkında ayrıntılı düzenleme içermemesi de sorunlara sebep olabilmektedir.

Çok taraflı tahkim yargılamalarının usulü hakkında ortaya çıkan en yaygın problem, hakemlerin taraflarca nasıl belirleneceğidir. Örneğin, tahkim yargılamalarında sıklıkla kullanılan üçlü hakem yargılamasının seçildiği çok taraflı tahkim yargılamalarında, davacı tarafın tek başına hakem belirlerken, davalı tarafların ortak bir hakem belirlemek zorunda kalması, tarafların tahkim yargılamalarında sahip olmaları gereken eşit usuli imkânlarla aykırılık teşkil etmektedir. Bu yüzden de milletlerarası düzenlemelerde, çok taraflı tahkim yargılamalarına ilişkin genel olarak hakemlerin nasıl belirleneceği düzenlenirken,

²⁷ Berger, *Autonomy*, s.21; Lew/Mistelis/Kröll, *a.g.e.*, s.378.

diğer usuli işlemler hakkında nasıl hareket edileceği düzenlenmemektedir. Çok taraflı hakem yargılamalarında hakemlerin nasıl belirleneceğinin incelenmesi, farklı usuli işlemler hakkında da nasıl hareket edilebileceğine dair fikirlerin ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Milletlerarası çok taraflı ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin nasıl belirlenebileceğine ilişkin verilmiş en önemli karar, Fransız Yargıtay'ının 1992 yılında vermiş olduğu *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction* kararıdır. Tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlıkta BKMI, Siemens ve Dutco şirketleri bir çimento fabrikasının inşası konusunda bir konsorsiyum oluşturmuşlardır. Taraflar arasında imzalanan konsorsiyum sözleşmesi standart 1975 tarihli ICC tahkim şartını içermektedir. 1986 yılında Dutco şirketi, BKMI ve Siemens şirketlerine karşı konsorsiyum sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlık sebebiyle tahkim yargılamasını başlatmış ve kendi hakemini atamıştır. Her ne kadar davalı şirketler, çok taraflı tahkime itiraz ederek iki tarafa da ayrı ayrı tahkim davası açılması gerektiğini ileri sürseler de o tarihte yürürlükte bulunan ICC Kuralları uyarınca tahkim yargılamasına davalı olmadan da devam edilebilmesi sebebiyle, ileride itiraz haklarını saklı tutarak, ortak bir hakem atamışlardır. Dutco şirketinin atadığı hakem, davalı şirketlerin ortak olarak atadığı hakem ve ICC Divanı tarafından atanan baş hakem, verdikleri bir ara karar ile hakem kurulun usulüne uygun olarak kurulduğuna karar vermişlerdir. Hakemlerin vermiş oldukları bu ara kararı karşı BKMI ve Siemens şirketleri, iptal davası açmışlardır. Mahkeme, tarafların konsorsiyum sözleşmesini yaparken iki taraflı tahkim yargılaması usulünde karar kıldıklarına ve bu sebeple, davalıların ortak bir hakem atayacaklarına dair zımni iradelerinin ortaya çıktığına karar vererek, BKMI ve Siemens şirketlerinin itirazını kabul etmemiştir. Fakat Fransız yüksek mahkemesi, Siemens tarafından yapılan itiraz üzerine, mahkemenin iptalin reddi kararını bozarak, tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce hakem belirleme hakkından vazgeçemeyeceklerine, bu durumun kamu düzeni ile ilgili olduğuna karar vermiştir²⁸. Karar, tarafların neden yargılama başında hakem belirleme haklarından feragat edemeyeceklerini tam olarak

²⁸ *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction*, Cour de Cassation, Fransa, No. 89-18708 89-18726, 7 Ocak1992, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XVIII, 1993, s.140-142.

açıklamaması ve kamu düzeni istisnasını, tarafların iradelerine aykırı yorumlaması sebebiyle eleştirilmiştir²⁹. Bununla birlikte karar, çok taraflı milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, hakemlerin belirlenmelerinde usuli olarak eşit haklara sahip olmaları gerektiğini vurgulaması açısından önem teşkil etmektedir.

Dutco kararı ile ortaya çıkan çoklu tahkim yargılamalarında hakemlerin belirlenmesine ilişkin problemler, milletlerarası düzenlemeler ile çözümlenmeye çalışılmıştır. ICC Tahkim Kuralları ile 1998 yılında çok taraflı tahkim yargılamalarında hakemlerin nasıl atanacağına dair özel bir hüküm getirilmiştir ve bu düzenlemeye 2017 tarihli kurallarda da yer verilmiştir³⁰. ISTAC Tahkim Kurallarında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir³¹. Farklı milletlerarası düzenlemelerde de benzer hükümlere yer verilmiştir³². İlgili düzenlemeler incelendiğinde tarafların çok taraflı tahkim yargılamalarında hakem atamak için özel bir usulde anlaşabilecekleri ve bu usulün öncelikle değerlendirileceği *“hakem kurulunun oluşumu için taraflar ortak bir usul üzeninde anlaşmamışlar ise”* veya *“hakemlerin seçilmesi konusunda taraflarca başka bir usul kararlaştırılmamış”*

²⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.468; Berger, **Autonomy**, s.25.

³⁰ 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 12 (6) (7) ve (8) hükümlerinde: “6 Birden fazla davacı veya davalının varlığı halinde ve uyumsuzluk üç hakeme sevk edilmişse davacılar kendi aralarında ve davalılar da kendi aralarında anlaşarak müştereken Madde 13’e göre onaylanmak üzere birer hakem aday gösterirler. 7 Davaya dahil edilen bir tarafın mevcut olduğu hallerde uyumsuzluk üç hakeme sevk edilmişse davaya katılan taraf, davacı(lar) veya davalı(lar) ile müştereken, Madde 13’e göre onaylanmak üzere, bir hakemi aday gösterebilir. 8 Madde 12(6) veya 12(7)’ye göre müşterek bir aday gösterilememiş ve hakem kurulunun oluşumu için taraflar ortak bir usul üzerinde anlaşmamışlar ise Divan, hakem kurulunun bütün üyelerini atayabilir ve aralarından birini hakem kuruluna başkanlık etmek üzere tayin eder. Bu durumda Divan, uygun gördüğü hallerde Madde 13’ü uygulamak yoluyla uygun bulduğu herhangi bir kişiyi hakem seçmekte serbesttir” denilerek çok taraflı tahkim yargılamalarında tarafların hakem belirlemede eşit haklara sahip olacakları kabul edilmiştir.

³¹ ISTAC Tahkim kuralları 14(4) hükmü uyarınca “(u)yuşmazlığın Hakem Kurulu tarafından çözümleneceği durumlarda, davacı ve/veya davalı tarafta birden fazla kişi bulunuyor ve aynı tarafta bulunan bu kişiler hakem seçimi konusunda anlaşamıyorsa, hakem seçemeyen taraf yerine hakemi Divan tayin eder”.

³² Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kuralları 10. maddesinde ICC Tahkim Kurallarına benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hüküm uyarınca: “1. 9. maddenin 1. paragrafında öngörülen amaçlar için üç hakemin atanmasının söz konusu olması ve birden çok davacının veya davalının mevcut bulunması halinde, hakemlerin seçilmesi konusunda taraflarca başka bir usul kararlaştırılmamış ise, sayısı birden çok olan taraflar, davacı veya davalı olarak hep birlikte birer hakem seçerler. 2. Taraflar, hakem mahkemesinin bir veya üç hakemden farklı sayıda hakemlerden oluşması konusunda anlaşmış bulunuyorlarsa, hakemler, taraflarca kararlaştırılan yönteme göre seçilirler. 3. Bu Kurallar uyarınca hakem mahkemesinin oluşturulamaması halinde, atama makamı, taraflardan birinin istemi üzerine hakem mahkemesini oluşturur. Atama makamı, hakem mahkemesini oluştururken, yapılmış herhangi bir hakem atamasını iptal edebilir ve hakemlerin her birini atayabilir veya yeniden atayabilir ve onlardan birini başhakem olarak belirleyebilir”.

denilerek kabul edilmiştir. Tarafların anlaşmalarında konu hakkında özel bir tercih bulunulmasa da tarafların hakem atama konusunda sahip olmaları gereken hakların eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamayacağı kabul edilmektedir. Eğer taraflar özel bir usul belirlememişse ve davacı veya davalı taraf ortak bir hakem belirleyemezse, yetkili kurum, diğer tarafça veya taraflarca yapılan seçimi de iptal edilebilmek suretiyle, yeni bir hakem kurulu belirlemelidir³³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, çoklu tahkim anlaşmalarında her bir tarafın kendi hakemini ataması değil, ortak bir hakem atanmasının aranmasıdır. Yani bu düzenlemeler uyarınca tarafların kendi hakemlerini atayamamış olmaları eşitlik ilkesine aykırılık olarak görülmeyecektir³⁴.

Milletlerarası düzenlemelerde yer alan, çok taraflı tahkim yargılamalarında hakemlerin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler değerlendirilerek hakemlerin usuli olarak karşılaşılabilecekleri diğer problemler hakkında da yorum yapılabilecektir. Çok taraflı tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının nasıl yürütüleceğine dair bir usul belirlemişler ise bu usul, irade serbestisi kapsamında kabul edilecek ve uygulanacaktır³⁵. Eğer taraflar arasında özel bir usul belirlenmemişse, taraflarca belirlenen hukuk veya kurallar değerlendirilecektir³⁶. Eğer ilgili kurallarda ve hukuklarda da düzenleme yoksa da hakemlerin konu hakkında *lex arbitrinin* kurallarını da değerlendirerek bir karar vermeleri gerekecektir.

Gerek tarafların irade serbestisi ile çoklu tahkim yargılamaları hakkında verdikleri usuli kararlar değerlendirilirken, gerekse konu hakkında taraflarca bir

³³ Çok taraflı tahkim yargılamalarında taraflardan birisi hakem belirlemişken, karşı tarafın hakem belirleyememesi sebebiyle yapılan hakem seçiminin geçersiz sayılarak yeni bir kurul oluşturulabilecek olmasının irade serbestisine aykırılık teşkil edeceği söylenebilecektir. Fakat tarafların, ilgili tahkim kurallarını seçerken kendi hakem seçimlerinin kural uyarınca geçerli olmayacağını da öngörebildiklerinin kabul edilmesi gerekmektedir.

³⁴ Bantekas, **a.g.e.**, s.97.

³⁵ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.302; Ugarte/Belivacqua, **a.g.e.**, s.47.

³⁶ Tarafların seçtikleri tahkim kurumunun konu hakkında özel bir düzenlemesi varsa yargılama, bu usule göre yürütülecektir. Örneğin, 2017 tarihli ICC Kuralları 8(1) hükmü uyarınca “(ç)ok taraflı bir tahkimde Madde 6(3) – 6(7) ve 9’a göre her bir taraf diğer bir taraf aleyhinde talepte bulunabilir; şu kadar ki Görev Belgesi’nin imzalanmasından ya da Divan tarafından onaylanmasından sonra Madde 23(4)’e göre hakem kurulunun izni olmaksızın yeni taleplerde bulunulamaz”. Fakat, unutulmamalıdır ki tahkim kurumları tarafından getirilen düzenlemelere uygun verilmiş hakem kararlarının, adil yargılanmaya ilişkin hususlara aykırılık teşkil etmeleri sebebiyle iptal edilme veya tenfiz edilmeme ihtimalleri de bulunmaktadır.

tercih yapılmayınca taraflara tanınacak haklar hakkında karar verilirken, tarafların usuli olarak eşit haklara sahip olmaları gerekmektedir³⁷. Fakat çok taraflı tahkim yargılamalarında tarafların arasındaki usuli eşitlik, tarafların her koşulda aynı işleme tabi olmaları değil, konu hakkında aynı hakka sahip olabilmeleri anlamına gelmektedir. Örneğin, Dutco kararı sonrasında da kabul edildiği gibi önemli olan, tarafların her uyuşmazlıkta kendi hakemlerini atamaları değil, kendi hakemlerini atama hakkına sahip olmalarıdır³⁸. Yani tahkim yargılamasında bir tarafın hakem atama imkânı varsa hepsinin atama imkânı olmalı, eğer bir tarafın hakem atama imkânında bir kısıtlama varsa ilgili kısıtlama diğer taraflar için de geçerli olmalıdır³⁹. Taraflar hakem atama hakkını kullanmadan, başka bir tarafın tercihinine onay verebilir ve bu durum tarafların usuli eşitliğine aykırılık teşkil etmez. Bu yorum yöntemi kullanılarak, farklı usuli tercihler hakkında taraflara, başka bir tarafın tercihinine ortak olma imkânı tanınmalıdır. Milletlerarası çok taraflı ticari tahkim yargılamalarında taraflara gerek çıkarlarının aynı olması gerekse sahip oldukları iddialarının aynı olması sebebiyle ortak hareket edebilmelerine imkân tanınmalıdır.⁴⁰ Tarafların kimi hususlarda özel olarak tercihlerini belirtmeden bir tercihe ortak olmalarının kabul edilmesi ve tarafların bu tercihlerinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

2. Usule İlişkin Anlaşmanın Şekli ve Maddi Geçerliliğine İlişkin Hususlar

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim anlaşmalarının yazılı yapılması gerektiği, birçok düzenlemede kabul edilmiş bir kuraldır⁴¹. Bununla

³⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.936.

³⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.469; Ugarte/Belivacqua, **a.g.e.**, s.49; Kramer/Urbach/Jenny, **a.g.e.**, s.155; Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.343.

³⁹ Berger, **Autonomy**, s.24.

⁴⁰ Ugarte/Belivacqua, **a.g.e.**, s.49.

⁴¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.75; Nomer, **Devletler Hususi**, s.559; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.298, dn.382; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.166; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.46; MTK 4. maddesi, New York Anlaşmasının II. maddesi, Cenevre Sözleşmesi I(2)(a) maddesi tahkim anlaşmalarının yazılı yapılması gerektiğini düzenlemişlerdir. İstisna olarak kimi hukuklarda, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması aranmamaktadır. Örneğin Belçika hukukuna göre tahkim anlaşmalarının yazılı yapılması zorunlu değildir. Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.161. Tahkim anlaşmasının yazılı olması genel kabul gören kuralken hangi hallerin yazılı olarak kabul edileceğine

birlikte tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk veya kurallar hakkında, tarafların kendi aralarında veya hakemlerce yapacakları anlaşmaların hangi şekilde gerçekleşmesi gerektiğine dair özel düzenlemeler bulunmamaktadır⁴². Genel olarak milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerinin şekline tahkim yeri hukuku, *lex loci arbitri* dikkate alınarak karar verileceği söylenebilecektir⁴³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim anlaşmalarının maddi geçerliliğine yönelik milletlerarası alanda farklı düzenlemeler mevcuttur. Genel kabul edilen görüş tahkim anlaşmalarının maddi geçerliliğinin tarafların seçtikleri hukuka, böyle bir hukuk seçimi yok ise tahkim yeri hukukuna tabi olacaktır⁴⁴. Bununla birlikte, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları anlaşmanın geçerliliği ise *lex arbitri*ye tabidir⁴⁵.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tahkim anlaşması ve uyuşmazlığa konu esas anlaşma birbirlerinden farklı anlaşmalardır. Bu sebeple esas anlaşmanın geçerliliği ile tahkim anlaşmasının geçerliliği farklı hukuklara tabi olabilmektedir. Bu durum tahkim şartının özerkliği veya tahkim anlaşmasının esas

ilişkin ortak bir düzenleme bulunmamaktadır. Milletlerarası alanda yer alan düzenlemeler incelendiğinde, hangi hallerde tahkim anlaşmalarının yazılı olarak kabul edileceğine dair aranan hususların giderek daha rahat bir hal aldığı, gelişen teknoloji ile elektronik yöntemlerin yazılı yöntem olarak kabul edildiği görülmektedir. Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.46. Örneğin MTK 4 hükmü uyarınca: “tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya **elektronik ortama geçirilmiş olması** ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir”.

⁴²Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.32; Jarvin, **Procedure**, s.730; Örneğin, New York Anlaşması V(1)(d) hükmü kapsamında, tahkim yargılamasının tarafların tercihlerine uygun olarak yürütülmesi gerektiği kabul edilirken, tarafların tercihlerinin nasıl yapılması gerektiğine dair ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.191.

⁴³ Vial, **a.g.e.**, s.344.

⁴⁴ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.298, dn.382; Sigvard Jarvin, “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers”, **Contemporary Problems in International Arbitration**, Editor Julian D. M. Lew, London, School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, 1986, s.51-72 (**Arbitrator’s Powers**), s.53; New York Anlaşması V(1)(a) ve Cenevre Sözleşmesi VI(2)(a) benzer düzenlemeler içermektedir. MTK ise tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğinin yine tarafların anlaştıkları hukuka tabi olacağını ancak böyle bir hukuk yok ise anlaşmanın geçerliliğinin Türk hukukuna göre belirleneceğini düzenlemiştir. MTK hükümleri, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamalarına uygulanacağından, mevcut düzenleme milletlerarası düzenlemeler ile uyumludur. Şanlı, **Ticari Akitler**, s.298, dn.382; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.161.

⁴⁵ Aygül, **a.g.e.**, s.51.

sözleşmeden bağımsızlığı olarak adlandırılmaktadır⁴⁶. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin esas anlaşmanın geçerliliğinden farklı değerlendirilmesi gerektiği gibi tahkim anlaşması ve tahkim yargılamasının usulüne ilişkin anlaşmaların da ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple tahkim anlaşması ve tarafların tahkim yargılamasına ilişkin tercihlerinin farklı hukuklara ve farklı geçerliliklere tabi olma hali ortaya çıkabilmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamasında esas olan, tarafların, uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile çözülmesine yönelik iradeleridir. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerinin geçersiz olması durumunda tahkim yargılaması, tarafların tahkim yargılamasına yönelik iradeleri geçerli ise devam edecektir. Tarafların bir usuli tercihleri ilgili hukuk uyarınca geçersiz kabul edildi diye tarafların tahkim yargılamasından vazgeçme ihtimalleri oldukça düşüktür⁴⁷. Fakat yine de tarafların ilgili usuli tercihleri olmasaydı tarafların tahkim yargılamasına gitmeyecekleri kesin olarak anlaşıyorsa irade serbestisi kapsamında tahkim anlaşmalarının da geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

3. Usule İlişkin Anlaşmada İrade Beyanlarına İlişkin Hususlar

Milletlerarası ticari tahkim hukukunda, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin anlaşmada irade beyanlarını nasıl ortaya koymaları gerektiği veya bu beyanların nasıl yorumlanması gerektiğine dair ortak kabul edilmiş bir yöntem veya düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, öncelikle, usuli tercihlere ilişkin irade beyanlarının açık veya zımni olmasının gerekip gerekmediğinin ardından bu beyanların nasıl yorumlanması gerektiğinin incelenmesi gerekmektedir.

⁴⁶ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.102; Kalpsüz, **Tahkim**, s.76; Nomer, **Devletler Hususi**, s.568; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.299; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.663; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.163; Özel, **a.g.e.**, s.35; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.52; Dursun, **a.g.e.**, s.168; Erkaya, **a.g.e.**, s.31 vd.

⁴⁷ Bu başlık altında incelenen geçersizlik hali, sözleşmesel niteliklerden kaynaklanan geçersizlik halidir. Tarafların tercihlerinin, tahkim yargılamasında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan hususlara aykırı olması hali karşısında hakemlerin bu tercihler karşısında nasıl hareket etmeleri veya mahkemelerce bu yönde verilen hakem kararlarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c))

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında taraflar, konu hakkında genel bir düzenlemenin olmaması sebebiyle yargılamanın usulüne ilişkin irade beyanlarını açık veya zımni olarak ortaya koyabileceklerdir⁴⁸. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, usule ilişkin açık irade beyanlarının değerlendirilmesi kolayken zımni irade beyanlarının yorumlanmasında sorunlar ortaya çıkabilecektir. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin zımni iradelerini çok farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Örneğin hakemler, bir tarafın talep etmiş olduğu işlem hakkında yetkilerinin olup olmadığına aynı işlemin diğer tarafça da talep edilip edilmediğine bakarak karar verebileceklerdir. Eğer diğer taraf da hakemlerden ilgili işlemi talep ettiyse bu durumda hakemler işlem hakkında yetkilerinin olduğuna, tarafların zımni iradeleri sonucu karar verebileceklerdir⁴⁹. Hakemlerin her bir uyuşmazlıkta tarafların iradelerini değerlendirmek suretiyle, tarafların zımni iradelerine ilişkin karar vermeleri gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yeri seçiminin veya tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk seçiminin farklı zımni bir tercih içerip içermediği doktrin ve uygulamada en çok karşılaşılan problemlerden biridir. Taraflar bir tahkim yeri belirlemiş ve tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk konusunda bir beyanda bulunmamışlarsa, tarafların tahkim yeri hukukunun usuli kurallarını seçtiklerine dair bir zımni irade beyanında bulundukları kabul edilebilecektir⁵⁰. Örneğin, *President of India v. La Pindalta Compania Navigation S.A.* davasında mahkeme, tarafların tahkim yeri olarak İngiltere'yi belirlemelerini,

⁴⁸ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.526; Jarvin, **Procedure**, s.730.

⁴⁹ Örneğin, 12297 numaralı 22 Ağustos 2003 tarihli ICC kararında, Nijeryalı davacı şirket, Kanadalı davalı şirket ile aralarında var olan sözleşmeye ek sözleşme yapılırken Kanadalı şirketin malları satmaktan vazgeçtiğini ve bunu kendileri ile paylaşmadığını bu sebeple de sözleşmenin feshini ve zararın tazminini talep etmiştir. Davalı taraf ise, uygulanacak hukuk olan Kanada hukuku uyarınca sözleşmenin kurulması sırasında uyuşmazlığa konu bilgileri paylaşmamanın özen yükümlülüğüne ve dürüstlük kurallarına aykırı olmadığını, bu sebeple de davacının talebinin yersiz olduğunu iddia ederek talebinin reddedilmesini (“*application of dismiss*”) istemiştir. Hakemler, davalı tarafın talebi hakkında (“*application of dismiss*”) yetkilerinin olup olmadığını değerlendirirken davacı tarafın benzer bir işlem talep etmesini, iki tarafında konu hakkında anlaştığına yormuştur. *Nigerian Company v. Canadian Company*, ICC No. 12297, 22 Ağustos 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.47-56, s.49.

⁵⁰ Born, **a.g.e.**, s.1616.

tahkim yargılamalarına İngiliz hukukunun uygulanmasını istediklerine dair zımni bir irade beyanı olarak kabul etmiştir⁵¹. Bu yorum, genel olarak kabul edilen mülkilik ilkesi ile de uyumludur. Tahkim yeri hukukunun *lex loci arbitri* olarak tahkim yargılaması üzerindeki etkisi dikkate alınarak, tahkim yeri tercihinin zımnen tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihi de içereceği kabul edilebilecektir. Fakat, tarafların bir tahkim yeri belirlemesi ile o ülkenin usuli kurallarının zımnen seçmiş olduğunun kabul edilmesinin, çok kısır bir yorum olduğu; tarafların tahkim yeri ile tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku belirledikleri ve usule ilişkin doğrudan bir tercih yapmadıklarının kabul edilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁵². Tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olması, tahkim yeri hukukuna ilişkin tercihin zımnen tahkim yerinin usuli kurallarının seçildiği anlamına gelmeyebilecektir. Tarafların tahkim yeri seçiminin, başka hiçbir unsur değerlendirmeden, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk tercihinin de içerdiğinin kabul edilmesi yeterli olamayabilir. Tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuk ile tahkim yargılamasına uygulanacak hukuklar birbirlerinden farklı hukuklar olabilecektir. Bu sebeple, tarafların tahkim yeri seçiminin, tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında bir irade beyanını da içerdiğine dair kabulün tahkime ilişkin yapılmış farklı tercihler ile desteklenmesi gerektiği söylenebilecektir.

Tarafların tahkim yargılamasını gerçekleştirmek üzere bir tahkim kurumunu yetkilendirdiklerinde bu tahkim kurumunun usule ilişkin kurallarını zımni olarak tercih ettikleri kabul edilmektedir⁵³.

Tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli konularda zımni olarak verdikleri kararlar, milletlerarası hakem ve mahkeme kararlarına da konu olmuştur. 12946 numaralı 23 Kasım 2004 tarihli ICC hakem kararında davacı taraf, davalı tarafından yollanan İspanyolca belgelerin İngilizce çevirilerinin de

⁵¹ *President of India v. La Pindalta Compania Navigation S.A.*, İngiltere, 1AC 104, 1985, naklen Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.294 dn.94- s.301 dn.119.

⁵² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.176; Fransız hukuku uyarınca da tahkim yerinin seçilmesinin tahkim yeri usuli kurallarının zımnen seçildiği anlamına geleceği kabul edilmekteyken günümüzde, her tahkim yeri tercihinin usuli kuralların da seçildiğine yorulamayacağı kabul edilmektedir. Aygül, **a.g.e.**, s.43.

⁵³ Berger, **Paradox**, s.477; Aygül, **a.g.e.**, s.61; Arroyo, **a.g.e.**, s.201.

gönderilmesi gerektiğini çünkü görev belgesinde tahkim yargılamasının dilinin İngilizce olarak kararlaştırıldığını ileri sürmüştür. Davalı taraf ise; tahkim yargılaması için atanması gereken hakemlerin İspanyolca bilmeleri gerektiği konusunda anlaşıldığını, belgelerin İspanyolcadan İngilizceye çevrileceği konusunda bir anlaşmaya varılmadığını, görev belgesi imzalanmadan önce birçok belgeyi İspanyolca gönderdiklerini ve davacı tarafın konu hakkında bir itirazda bulunmadığını, zaten görev belgesinde konu hakkında bir hüküm bulunmamasının İspanyolca verilen belgelere karşı davacı tarafın itirazda bulunmamasının sebep olduğunu, davacı tarafın da görev belgesi imzaladıktan sonra Fransızca belgeleri İngilizceye çevirmeden yargılamaya sunduğunu, taraflar arasında yazılı olmasa da tahkim yargılamasında ileri sürülen sözlü veya yazılı iddia ve savunmaların İngilizce olması ve fakat tahkim yargılaması ile ilgili belgelerin ve tanık ifadelerinin İspanyolca veya Fransızca olabileceği konusunda fikir birliği olduğunu ileri sürerek itiraz etmiştir. Hakem kurulu, hakemlerin İspanyolca bilmeleri gerektiğine dair taraflarca varılan anlaşmanın ve tahkim anlaşmasının belgelerin İngilizceye çevrileceğine dair bir hüküm içermemesinin, tarafların belgeleri İspanyolca olarak hakem kuruluna sunabileceklerine dair zımni olarak anlaştıkları yönünde yorumlanabileceğine karar vermiştir⁵⁴. Dresden Temyiz Mahkemesi bir uyuşmazlıkta, tahkim anlaşmasında hakemlerin kurum listesinden seçilmesi gerektiği kararlaştırılmış olmasına rağmen, iki tarafın da listeden hakem atamamasının ve birbirlerinin hakem atamalarına itiraz etmemelerinin, tahkim anlaşmasının zımni olarak değiştirildiği anlamına geldiğine karar vermiştir⁵⁵. Celle Temyiz Mahkemesine konu olan başka bir tahkim yargılamasında, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılamasının İngilizce yapılmasına karar verilmişken, yargılamanın taraf avukatlarınca Fince yapılmasına karar verilmesi, usuli bir ihlal olarak kabul edilmemiştir⁵⁶. Yine Alman mahkemelerine konu olan bir başka

⁵⁴ *US Company v. Intergovernmental organization and Colombian Company*, ICC No. 12946, 23 Kasım 2004, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.83-85, s.84.

⁵⁵ *Not indicated v. Not indicated*, Dresden Court of Appeal, Almanya, 20 Şubat 2001, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXVIII, 2003, s.261-262, s.262.

⁵⁶ *Licensor (Finland) v. Licensee (Germany)*, Celle Court of Appeal, Almanya, 31 Mayıs 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.524 -533, p.16.

uyuşmazlıkta, tahkim anlaşmasında taraflar tahkim yargılamasının Taipei’de yapılmasını istediklerinde mahkeme, zımnen Taipei deki tahkim kurumunu yetkilendirdiklerini, eğer taraflar Taipei’deki tahkim kurumunu değil de bir ad hoc tahkim isteselerdi hakemlerin nasıl atanacağına dair bir usul belirleyeceklerine karar vermiştir⁵⁷. İspanyol mahkemelerine konu olan bir tenfiz davasında ise, Taylandlı ve İspanyol tarafların olduğu tahkim yargılamasında, taraflar arasındaki iletişimin İngilizce yapıldığı ve bu durumun adil yargılanma ilkelerine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kararın İspanyol usuli kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiası karşısında mahkeme, tarafların tahkim yargılamasında İngiliz hukukuna tabi olmayı kararlaştırdıklarına ve tarafların tercihleri değerlendirilirken tarafların niyetlerinin de incelenmesi gerektiğine bu sebeple de tahkim yargılamasının İngilizce olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir⁵⁸. İspanyol mahkemelerine konu olan bir başka uyuşmazlıkta taraflar, tahkim yerinin Londra olduğu, her iki tarafın birer hakem atadığı ve eğer hakemler bir anlaşmaya varamazlarsa hakemlerin atadığı ortak bir hakemin karar vereceği tahkim yargılaması konusunda anlaşmışlardır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine başlatılan tahkim yargılamasında davalı taraf, hem hakem kurulunun oluşturulmasına hem de tahkim yargılamasına katılmamıştır. Bu sebeple davacının tarafın atadığı hakem, tek hakem olarak tahkim yargılamasını yürütmüş ve bir karar vermiştir. Tahkim yargılamasının sonunda verilen hakem kararı hakkında açılan tenfiz davasında ise davalı taraf, tek hakem ile yürütülen tahkim yargılamasının tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil ettiği sebebi ile itiraz etmiştir. Fakat mahkeme, tarafların hakemlerin anlaşamaması halinde hakemlerce atanacak ortak bir hakemin karar vermesi yönünde anlaşmış olmalarının, uyuşmazlık hakkında tek hakem ile de karar verebileceğine dair öngöründe bulundukları anlamına geldiğine karar vermiştir. Mahkeme özellikle bir tarafın hakem atamamak suretiyle tahkim yargılamasına mâni

⁵⁷ *Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award (Germany)*, Court of Appeal, Karlsruhe, Almanya, 9 Sch 02/07, 14 Eylül 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.541-548, p.10.

⁵⁸ *Precious Stones Shipping Limited (Thailand) v. Querqus Alimentaria, SL (Spain)*, Supreme Court, İspanya, 28 Kasım 2000, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXII, 2007, s.540-549, p.22.

olmaya çalışması halinde bu yorumun kabul edilebilir olduğunu vurgulamıştır. Bu sebeplerle de mahkeme kararı tenfiz etmiştir⁵⁹.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin açık veya zımni irade beyanlarının yorumlanması hakkında da genel kabul edilmiş bir yöntem bulunmamaktadır. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin irade beyanlarının, her bir somut uyuşmazlık için o uyuşmazlığın unsurları dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmesi, pratik olarak daha adil sonuçlar doğuracak bir yöntemdir. Tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak tek bir hukuk veya yöntemin belirlenip, ardından sadece bu hukuk ve yönteme göre tarafların iradelerinin yorumlanması, tarafların iradelerine yönelik bir tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesinde problemler ortaya çıkartabilecektir⁶⁰. Bu sebeple her bir sorun için ayrıca değerlendirme yapmak suretiyle tarafların tercihleri hakkında bir karar verilmelidir.

Tarafların tahkim yargılamasına ilişkin usuli tercihleri değerlendirilirken bu tercihlerin tahkim yargılamasını daha zor bir hale getirmesi veya tarafların tercihlerinin uygulanabilir olmaması, tarafların iradelerinin geçerli kabul edilmesine veya tarafların iradeleri doğrultusunda tahkim yargılamasının devam ettirilmesine engel değildir⁶¹. Tarafların, etkili bir tahkim yargılamasının sürdürülmesini engelleyen tercihlerinin de tahkim yargılaması kapsamında değerlendirilmesi ve uygulanması gerekmektedir. Esas olanın tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradelerinin olduğu, bu irade kapsamında tahkim yargılamalarının sürdürülmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradeleri değerlendirilirken *favor negotii* ilkesi dikkate alınabilecektir⁶². Fakat tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tarafların tercihleri yorumlanırken, *favor*

⁵⁹ *X v. Naviera Y S.A.*, Supreme Court, İspanya, 3 Haziran 1982, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XI, 1986, p.4.

⁶⁰ Born, **a.g.e.**, s.1633.

⁶¹ Berger, **Paradox**, s.481.

⁶² Milletlerarası ticari tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında kullanılması genel kabul edilen *favor negotii* ilkesi için bkz. (Çevrimiçi, 2020), www.trans-lex.org/968902.

negotii ilkesinin uygulanmasına gerek yoktur⁶³. Her ne kadar tarafların aralarında yaptıkları anlaşma yorumlanırken sözleşmeler hukukunun genel prensipleri dikkate alınacaksa da tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerinin *favor negotii* ilkesi ile ayakta tutulmasına gerek yoktur. Tarafların öncelikle aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yargılaması ile çözmek istedikleri, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin iradelerinin ise bu durumda ikinci planda olduğu söylenebilecektir. Eğer tarafların yaptıkları usuli tercihler, tahkim anlaşmasının geçerliliğini de etkileyecekse *favor negotii* ilkesinin dikkate alınması gerektiği söylenebilecektir⁶⁴. Örneğin, bir tahkim kurumunu yetkilendiren tarafların, tahkim yargılamalarında başka bir tahkim kurumunun kurallarının uygulanmasını istediklerinde, tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığının değerlendirilmesinde *favor negotii* ilkesinin dikkate alınması gerekebilecektir⁶⁵. Bu durumda taraflarca seçilen tahkim kurumu farklı bir kurumun kuralları ile tahkim yargılamasını yürütmeyi kabul etmez ise tarafların tahkim anlaşmasının geçersizliğine değil, tarafların anlaşmalarının *ad hoc* tahkime ilişkin olduğuna karar verilebilecektir.

Taraflar herhangi bir hukuka veya kurallara atıf yapmadan kendileri uygulanacak kuralları belirlediklerinde ve bu kuralların yorumlanmasına ilişkin bir problem çıktığında sübjektif kriterler kullanılarak tarafların tercihleri yorumlanmalı, tarafların tahkime ilişkin iradeleri dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir⁶⁶. Fakat taraflar tahkim yargılamasına uygulanmak üzere bir hukuk veya tahkim kuralları seçmişler ise bu durumda sübjektif bir yorumdan öte, objektif bir yorum yapılmalı, tarafların iradeleri ilgili hukuk veya kuralların düzenlenme amaçları ile değerlendirilmelidir⁶⁷.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerinin nasıl yorumlanacağı, mahkemelerin tahkim yargılamasına yaklaşımları veya milli düzenlemelerin tahkim yargılamalarını nasıl düzenlediklerine göre de

⁶³ Aygül, **a.g.e.**, s.52.

⁶⁴ Esen, **Teşmil**, s.18.

⁶⁵ Berger, **Paradox**, s.482.

⁶⁶ Kaplan, **Usul**, s.45.

⁶⁷ Kaplan, **Usul**, s.45.

değişebilecektir. Örneğin, tahkim anlaşmalarında yer alan; tahkim prosedürü “*X hukukuna*” (“*the law of country X*”) veya “*X hukukunun usul hukukuna*” (“*the procedural law of country X*”) tabidir, şeklindeki tercihlerin nasıl yorumlanacağı konusunda da tam bir kesinlik yoktur. Tarafların tahkim anlaşmalarındaki ifadeleri ile *lex arbitriye* mi yoksa uygulanacak prosedüre mi ilişkin tercih yaptıkları, anlaşılamamaktadır. Fransız mahkemeleri yukarıda belirtilen ifadeler ile tarafların tahkim yargılamasında *lex arbitri* hakkında tercihte bulundukları kabul ederken; tahkim yargılamasına ilişkin düzenlemeleri medeni usul düzenlemelerinden ayrı olan, İngiltere, İsviçre, İsveç gibi ülkelerde, yapılan tercih *lex arbitriden* öte usule uygulanacak hukuk olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Türk hukuku uyarınca da benzer bir anlaşmanın, *lex arbitriden* öte usul kurallarına ilişkin bir tercih içerdiği kabul edilebilecektir.

Tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradeleri değerlendirilirken, özel olarak bir hukuktan ziyade hukukun genel ilkeleri dikkate alınmalıdır. Örneğin 1228 numaralı 11 Haziran 2003 tarihli ICC hakem kararına konu, tarafların Mısırlı davacı ile Alman davalı olduğu uyuşmazlıkta, Alman davalı, aralarındaki tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın Mısır mahkemelerinin kesin yetkisine girdiğini, hakem kurulunca verilecek hakem kararının tenfizinde sorunlar çıkabileceğini ve bu sebeple hakem kurulunun masraflar için teminata hükmetmesini talep etmiştir. Hakem kurulu, davalı tarafın ilgili uyuşmazlık hakkında verilecek kararın Mısır hukukuna göre tenfiz edilememe ihtimali olduğunu tahkim anlaşmasını imzalamadan önce de fark edebileceği, hakem kararının karşı taraf ülkesinde tenfiz edilip edilmeyeceğini düşünmeden tahkim anlaşması yapan tarafın aldığı riskin olağan bir risk olduğu, davalı tarafın ilgili araştırmayı tahkim yargılamasında davalı olduktan sonra yapmasının genel hukuk prensipleri uyarınca korunamayacak bir hareket olduğu gerekçeleriyle masraflar için teminat talebini reddetmiştir⁶⁹. Bu kararda hakem kurulu, tarafların iradelerini değerlendirirken, tarafların tahkim anlaşmasına

⁶⁸ Poudret/Besson, a.g.e., p.530.

⁶⁹ *Egyptian Company v. German Company*, ICC No. 12228, 11 Haziran 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.38-39, p.11.

yönelik irade serbestilerinin dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edip etmediğini, bu ilkelerden bahsetmeden değerlendirmiştir.

D. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşma Kapsamında Yapılabilecek Tercihler

1. Genel Bilgi

Tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında taraflar, irade serbestisi kapsamında tahkim yargılaması başlamadan önce tercihte bulunabilirler⁷⁰. Taraflar, tahkim anlaşması yapıldıktan sonra tahkim yargılaması başlayana kadar, ileride yapılabilecek tahkim yargılaması hakkında gerekli değişiklikleri sorun olmadan yapabileceklerdir⁷¹. Bu aşamada, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin irade serbestilerinin sınırını, tarafların hayal güçlerinin oluşturduğu söylenebilecektir.

Taraflar, tahkim yargılaması başlayana kadar tahkim yargılamasının usulüne ilişkin istedikleri tercihleri bir sıkıntı duymadan yapabilir ve değiştirebilirler. Tahkim yargılamasının başlamadığı aşamada, tahkim yargılamasına bir hakem veya bir tahkim kurumu dahil olmadığından, tahkim anlaşması ve tarafların usule ilişkin yaptıkları anlaşmalar iki taraflı olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple de ilgili değişiklikler taraflarca özgürce yapılabileceklerdir. Fakat tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflar kendi tercihleri ile sınırlanmaktadırlar. Bu durum, tarafların uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra veya tahkim yargılaması başladıktan sonra tahkim yargılamasına ilişkin tercih yapamayacakları anlamına gelmemektedir. Fakat tarafların bu aşamadan sonra yapacakları tercihler, çok karmaşık problemlerin ortaya çıkmasına hatta ve hatta tahkim yargılamasının sonlanmasına sebep olabilecektir.

⁷⁰ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.523; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.231; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.526; Kaplan, **Usul**, s.43.

⁷¹ Pryles, **a.g.e.**, s.328.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku belirleme konusunda geniş bir irade serbestisine sahiptirler. Tahkim yargılamaları tarafların tercihleri sebebiyle var olduğu için bu tercihler ve bu tercihlerin sonuçlarının dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların *ad hoc* veya kurumsal tahkim hakkında yapabilecekleri esaslı tercihin yanında, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapabilecekleri ve irade serbestilerini etkileyecek tercihler şu seçenekler altında toplanabilecektir: 1. ihtimal, taraflar, sadece uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile çözülmesi konusunda anlaşarak tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında hiçbir tercihte bulunmayabilirler. 2. ihtimal, taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında tercihte bulunmasalar da *lex arbitri* hakkında tercihte bulunabilirler. 3. ihtimal, taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için bir milli hukuka veya tahkim kurumları tarafından hazırlanmış kuralların uygulanmasına yönelik tercihte bulunabilirler. 4. ihtimal, taraflar, tahkim yargılamasına uygulanacak usulü özel olarak kendileri belirleyebilirler. 5. ihtimal, taraflar, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk veya kuralları belirlemekle birlikte kimi usuli konularda özel tercihlerde bulunabilirler. Çalışmamız dahilinde bu ihtimaller ve etkileri, sırası ile incelenecektir.

2. Ad hoc veya Kurumsal Tahkim Tercihi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli olarak yapabilecekleri, tahkim yargılamasını ve tarafların tahkim yargılamasında sahip oldukları irade serbestisini etkileyecek en önemli tercih, *ad hoc* veya kurumsal tahkim tercihidir. Taraflar, irade serbestisi kapsamında uyuşmazlıklarının çözümü için, yalnızca hakem veya hakem kurulunu yetkilendirerek *ad hoc* (geçici, arızı) tahkim yöntemini seçebilecekleri gibi tahkim kurumlarını (enstitü veya sektörel

tahkimi) yetkilendirerek kurumsal tahkim yöntemini de seçebilirler⁷². Taraflar, kendi belirledikleri hakem veya hakemlerce gerek kendi belirledikleri kurallar gerekse atıf yaptıkları milli veya kurum kuralları çerçevesinde tahkim yargılamasının yürütülmesini talep ettiklerinde *ad hoc* tahkimi tercih etmiş olmaktadır⁷³. Bununla birlikte taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın bir kurumsal tahkim merkezinde yürütülmesini konusunda anlaşılırsa, kurumsal tahkimi tercih etmiş olmaktadır⁷⁴.

Tarafların kurumsal tahkimi tercih etmeleri halinde irade serbestilerinin, *ad hoc* tahkim yargılamasını tercih etselerdi sahip olacakları irade serbestine göre daha kısıtlı olacağı söylenebilecektir. Çünkü kurumsal tahkimde taraflar, tahkim merkezinin tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak kurallarını da kabul etmiş sayılırlar. Yani tarafların irade serbestileri, kurumların kuralları ile kısıtlanmaktadır. *Ad hoc* tahkimde ise hakemlerin takdir yetkilerinin, kurumsal tahkimde hakemlerden daha geniş olabileceği çünkü tahkim yargılaması üzerinde bir tahkim kurumunun denetleyici etkisinin olmadığı söylenebilecektir⁷⁵. *Ad hoc* tahkimde taraflar, tahkim yargılamasına ilişkin birçok usuli husus hakkında (hakemlerin nasıl seçileceği, takip edilecek usul, deliller, bilirkişiler vb.) kurumsal tahkime göre daha geniş bir irade serbestisine sahiptirler. Her ne kadar *ad hoc* tahkimin kurumsal tahkime göre

⁷² Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.69; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.6; Bantekas, **a.g.e.**, s.26; Özel, **a.g.e.**, s.28.

⁷³ Nomer, **Devletler Hususi**, s.561; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.42; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.32; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.351; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.648; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.6; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.813; Erkaya, **a.g.e.**, s.10.; Kimi milli hukuklarda tarafların *ad hoc* tahkimi seçmelerine imkân tanınmamaktadır. Çin Tahkim Kanunu uyarınca tarafların tahkim anlaşması ile tahkim yargılamasını yürütecek bir tahkim komisyonunu belirlemeleri gerekmektedir. Bu sebeple Çin hukuku kapsamında tahkim yargılamalarının yerel tahkim komisyonuna iletmesinin zorunlu olduğu ve *ad hoc* tahkime izin verilmediği söylenebilecektir. Bu hüküm sebebiyle Çin hukuku uyarınca yabancı bir kurumsal tahkim merkezinin Çin’de tahkim yargılaması yürütüp yürütemeyeceği de tam bir kesinlik taşımamaktadır. Yabancı tahkim kurumları tarafından Çin’de verilen hakem kararlarının, Çin’de uygulanmayabileceği söylenmektedir. Fakat son dönemde Çin mahkemeleri, Çin Tahkim Kanunu kapsamında yer alan emredici kurallara uymak şartı ile tahkim yeri Çin olarak belirlenen kurumsal tahkim yargılamalarının geçerli olabileceğine dair kararlar vermektedirler. Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.283.

⁷⁴ Nomer, **Devletler Hususi**, s.561; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.44; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.32; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.353; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.649; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.813; Erkaya, **a.g.e.**, s.11. Yirminci yüzyılın ortalarından itibaren kurumsal tahkim merkezlerinin sayılarında hızlı bir yükseliş olmuştur. Bu duruma sebep olarak, kurumsal tahkime imkân veren Model Kanun ve benzeri düzenlemelerin ülkelerce kabul edilmesi ve kurumsal tahkim merkezlerinin sunduğu hizmetlerin, milletlerarası ticaret hayatına uygun olarak güncellenmesi gösterilmektedir. Berger, **Paradox**, s.474.

⁷⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.43; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.34; Webster, **a.g.e.**, s.122.

tarafllara daha geniř bir irade serbestisi saėladıėı dűřűnűleebilecekse de *ad hoc* tahkimin, tahkim yeri mahkemesinin műdahalesine daha aėık bir konumda olması, tarafların tercihlerinin tam olarak yerine getirilememesine sebep olabilmektedir. Yani kurumsal tahkimde hakem kurulları mahkemelerin műdahalelerine karřı daha fazla direnebilirken, *ad hoc* tahkimde hakem kurulları mahkeme műdahalelerine karřı daha zayıf durumdadırlar⁷⁶.

3. Tahkim Usulűne Uygulanacak Hukuk Tercihi Yapılmaması

Taraflarca sadece tahkim yargılamasına ilişkin irade beyanında bulunulup, tahkim yargılamasının usulűne uygulanacak hukuka ilişkin hiğbir tercih yapılmazsa, tahkim yargılamalarına uygulanacak hukuk, genel kabul edilen műlkillik ilkesi uyarınca, *lex loci arbitri* olarak tahkim yeri hukuku olacaktır⁷⁷.

Tarafların, tahkim yargılamalarının başında bir hukuk veya usul seğimi yapmamaları, tarafların irade serbestilerinin kısıtlanmayacağı anlamına gelmemektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, taraflar herhangi bir hukuk seğimi yapmamış olsalar veya tahkim yargılamasına herhangi bir hukukun uygulanmasına karar verilmiş olsa da tahkim yargılaması, *lex proceduraliaya* ilişkin genel kabul edilen ilkeler ile kısıtlanacaktır. Taraflar uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile özűlmesini talep ettiklerinde *lex proceduraliadan* gelen ilkeleri de zımnen kabul etmiş olacaklardır.

4. Lex Arbitri Tercihi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, usuli irade serbestisi kapsamında *lex arbitriyi* belirleme haklarının olduğundan bahsedilebilecektir. Her ne kadar doktrinde *lex arbitri* olarak delocalization teorisi uyarınca tarafların seğtiği

⁷⁶ Yeşilırmak, a.g.e., s.77.

⁷⁷ Born, a.g.e., s.1602.

hukukun dikkate alınabileceği ileri sürülse de günümüzde genel kabul edilen görüş uyarınca *lex arbitri*, *lex loci arbitri* olarak tahkim yeri hukukudur. Taraflar irade serbestisi kapsamında tahkim yerini belirleyerek *lex loci arbitriyi* belirleme hakkına sahiptirler⁷⁸.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında irade serbestisinin kaynağı *lex arbitri*; *lex arbitri* olarak da tahkim yeri hukuku *lex loci arbitridir*. *Lex loci arbitri*, tarafların tahkim yargılaması kapsamında yapacakları bütün usuli tercihlerin kaynağı olduğu gibi tarafların irade serbestilerinin kapsamını belirleyen en önemli unsurdur. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk ile tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk olan *lex loci arbitri*, birbirlerinden farklı kavramlardır. Tahkim yeri hukuku, *lex arbitri* olarak tahkim yargılaması ile ilgili bütün unsurlar hakkında düzenleme yapan hukuktur. Tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk ise tahkim yeri hukuku olabileceği gibi tahkim yeri hukukundan farklı bir hukuk olabilecektir. Tahkim yeri hukuku, farklı bir usul hukukunun seçilmesine izin verirse, seçilen hukukun hükümleri tahkim yeri hukukunun hükümleri yerine geçecektir. Fakat tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin seçilen hukukun kuralları üzerinde etkisini korumaya devam edecektir⁷⁹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yeri hukukunun emredici kuralları *lex loci arbitri* olarak tarafların irade serbestilerini kısıtlayacaktır. Fakat hangi kuralların emredici olduklarına dair genel kabul edilmiş bir düzenleme veya yöntem bulunmamaktadır. Tarafların irade serbestilerinin kapsamı ve hangi kuralların emredici oldukları, düzenlemelerde açıkça belirtilmediği müddetçe, ilgili

⁷⁸ *Lex arbitri*, *lex loci arbitri*, delocalization teorisi ve tarafların *lex loci arbitriyi* nasıl belirleyebilecekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Birinci Bölüm-II-(A)(B)(C))

⁷⁹ Bu durum kimi düzenlemelerde açıkça yer almaktadır. Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kuralları 1(3) maddesi “(b)u Kurallardan herhangi birinin, tahkime uygulanacak hukukun, tarafların aksine bir çözüm öngöremeyecekleri bir hükmüyle çatışması halinde, o hüküm üstün tutulur” diyerek tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktan gelecek emredici kuralların, Kuralların seçilmesi halinde öncelikle uygulanacağını düzenlemektedir. Tahkim yeri hukukundan gelen emredici kurallar UNCITRAL Tahkim Kurallarının seçilmesi halinde, Kurallar kapsamında öncelikle uygulanacaklardır.

düzenlemenin kendi kapsamı ve uyumsuzluğun içeriği dahilinde yorumlanarak tespit edilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin her devletin iç hukuklarında yer alan emredici kuralların değerlendirilmesi bu çalışma kapsamında mümkün değildir. Fakat devletlerin tahkime ilişkin iç hukuk düzenlemelerini yaparken örnek aldığı Model Kanun hükümlerinin değerlendirilmesi, iç hukuklarda hangi hükümlerin emredici olarak kabul edilebileceğine dair bir fikir verebilecektir. Ardından iç hukuklara ilişkin özel durumlardan da bahsedilmesi ile tarafların irade serbestilerini kısıtlayan, *lex loci arbitri*nin emredici kuralları hakkında genel bir sınırın çizilmesi sağlanabilecektir.

Model Kanun 19(1) maddesi uyarınca tarafların, Model Kanuna tabi olmak kaydıyla hakem kurulunca izlenilecek usule, irade serbestisi kapsamında karar verebilecekleri düzenlemiştir⁸⁰. Bu sebeple tarafların usuli tercihlerinin, Kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Fakat Model Kanun, hangi hükümlerinin emredici olduğuna dair açık bir düzenleme yapmamıştır⁸¹. Model Kanunda kimi hükümler “*aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça*” tabirini içermektedir⁸². Bu tabiri içeren hükümlerin emredici olmadıkları ve bu sebeple, taraflarca ilgili hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği söylenebilecektir⁸³. Milletlerarası düzenlemelerde yer alan hükümlerden hangilerinin emredici olduğuna dair yapılacak değerlendirmelerde de bu yorum yöntemi kullanılabilir. Eğer düzenleme açıkça taraflara ilgili düzenlemenin aksine karar verme yetkisi tanıyor ise o hükmün emredici olmadığı kabul edilebilecektir. Fakat bu tabiri içermeyen her hükmün emredici olarak düzenlendiğinin söylenmesi hem

⁸⁰ Almanya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Hindistan, Hollanda, Hong Kong, İngiltere, İspanya, İsviçre, İtalya, Japonya, Portekiz, Rusya, Singapur milli düzenlemelerinde Model Kanun 19. maddesine paralel düzenlemeler yer almaktadır. Born, **a.g.e.**, s.2134; Schwarz, **a.g.e.**, s.77; Özel, **a.g.e.**, s.97; Petrochilos, **a.g.e.**, s.82; Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.303. Model Kanun İngilizce 19(1) hükmü: “*Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings*”.

⁸¹ Her ne kadar taslak aşamasında Kanunun hangi kurallarının emredici olduğuna ilişkin bir liste hazırlanmış olsa da Kanunun son şeklinde bu listeye yer verilmemiştir. Binder, **a.g.e.**, s.72.

⁸² Model Kanunda yer alan İngilizce tabir “*unless otherwise agreed by the parties*” şeklindedir.

⁸³ Fagbemi, **a.g.e.**, s.234.

zorlama bir yorum olacak hem de tarafların irade serbestisini aşırı kısıtlayacaktır. Bu sebeple ilgili tabiri içeren hükümlerin emredici hüküm olmadıkları kabul edilirken, tabiri içermeyen hükümler hakkında ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Model Kanunun hükümlerinden emredici olduğuna dair en çok görüş birliğinin bulunduğu hüküm, adil bir yargılanmanın yürütülmesine ilişkin asgari standartları belirleyen 18. hükümdür. Madde hükmü uyarınca tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri, tahkim yargılamasında tarafların eşit haklara sahip olmasına ve tarafların savunma haklarına aykırılık teşkil edemeyecektir⁸⁴. Hükümün, sözüyle ve özüyle bütün diğer hükümleri kapsadığı, tarafların bu hüküm aksine anlaşma yapamayacakları kabul edilmektedir⁸⁵. Kanunun bu maddesinin, gerek tahkim yargılaması hakkında tercihlerde bulunurken taraflarca, gerekse yargılama sırasında hakemlerce dikkate alınması gerektiği Model Kanunun yapım aşamasında vurgulanmıştır⁸⁶.

Her ne kadar 18. madde de yer alan hükümlerin emredici oldukları genel olarak kabul edilse de doktrinde, maddede yer alan hükümlerin mutlak bir hakimiyet sağlamadığı ve taraflarca bu hükümler aksine de işlem yapılabileceği söylenmektedir. Model Kanunun; emredici hükümlere veya tahkim anlaşmasına aykırılık hallerinde tarafların itirazlarını gecikmeden yapmaları gerektiği yoksa itiraz hakkında feragat ettiklerinin kabul edilebileceğine dair 4. maddesinin⁸⁷, taraflarca atanan hakemlere yalnızca atama anında bilinmeyen sebepler ile itiraz edilebileceğine dair 12(2) hükmünün⁸⁸, tahkim kurulunun yetkisine dair itirazlara ilişkin süre sınırlaması

⁸⁴ Model Kanun İngilizce 18. hükmü: “*The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case*”.

⁸⁵ Born, **a.g.e.**, s.2165; Pryles, **a.g.e.**, s.329; Waincymer, **a.g.e.**, s.182.

⁸⁶ Born, **a.g.e.**, s.2164.

⁸⁷ Model Kanun İngilizce 4. hükmü: “*A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object*”.

⁸⁸ Model Kanun İngilizce 12(2) hükmü: “*An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in*

getiren 16(2) hükmünün⁸⁹ ve hakem kuruluna, bir tarafın davaya katılmamasına rağmen yargılamaya devam edebilmesine yetki veren 25(b)(c) hükümlerinin⁹⁰, 18. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin hususları kısıtladığı ve bu sebeple 18. maddenin ve 18. maddede yer alan hükümlerin tam olarak emredici olarak kabul edilemeyeceği söylenmektedir⁹¹. Her ne kadar 18. maddede yer alan adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin Model Kanun kapsamında belirtilen hükümler ile kısıtlanabileceği düşünülse de tarafların veya hakemlerin, 18. madde hükmü kapsamında yer alan adil yargılanmaya ilişkin hükümler aksine hareket edebileceklerinin söylenmesi oldukça zordur.

Doktrinde, Model Kanun 18. maddesinin haricinde Kanunun hangi hükümlerinin tarafların usuli tercihlerini kısıtlayan emredici kurallar olduğuna dair bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yazarlar farklı kuralların emredici olduğuna dair sıralama yapmaktadırlar. 18, 23(1), 24(2)(3), 30(2), 31(1)(2)(4), 32, 33(1)(2)(4)(5) hükümlerinin emredici nitelik taşıdıkları söylenmektedir⁹². Bir başka yazar 7(2), 18, 24(2)(3), 31(1)(3)(4) hükümlerinin emredici özelliğe sahip olduğunu ileri sürmektedir⁹³. 23(1), 24(2)(3), 27, 30(2), 31(1)(3)(4), 32, 33(1)(2)(4)(5) hükümlerinin aksinin kararlaştırılamayacağı savunulmaktadır⁹⁴. Yine, 7(2), 18, 23(1), 24(2)(3), 27, 30(2), 31(1)(3)(4), 32, 33 hükümlerinin de emredici olduklarına

whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made”.

⁸⁹ Model Kanun İngilizce 16(2) hükmü: “*A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defense. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified*”.

⁹⁰ Model Kanun İngilizce 25(b)(c) hükmü: “*Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, ... (b) the respondent fails to communicate his statement of defense in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant’s allegations; (c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it*”.

⁹¹ Binder, **a.g.e.**, s.332.

⁹² Aygül, **a.g.e.**, s.112.

⁹³ Fagbemi, **a.g.e.**, s.233.

⁹⁴ Binder, **a.g.e.**, s.339.

dair bir sıralama yapılmaktadır⁹⁵. 18, 23(1), 24(2)(3), 30(2), 32(1)(3)(4), 33(1)(2)(4)(5) maddelerinin emredici olduklarının kabul edilmesi gerektiği de bir başka yazarca ileri sürülmüştür⁹⁶. Bu yapılan sıralamaların yorumlanmasıyla Model Kanunun; tahkim anlaşmasının yazılı yapılması gerektiğine dair 7(2) hükmünün⁹⁷, adil yargılanma ilkelerine dair 18. maddenin, dava ve cevap dilekçesine dair 23(1) hükmünün⁹⁸, tarafların tahkim yargılamasının aşamaları hakkında bilgilendirilmelerine dair 24(2) hükmünün⁹⁹, tahkim yargılamasında kullanılan belgelerin taraflara iletilmesine dair 24(3) hükmünün¹⁰⁰, delillerin toplanmasına dair mahkemelerin yardımına dair 27. maddenin¹⁰¹, hakem kararının nitelik ve geçerliliğine dair 30(2)¹⁰² ve 31 hükümlerin¹⁰³, tahkim yargılamasının sonlandırılmasına dair 32. maddenin¹⁰⁴, hakem kararının düzeltilmesi ve yorumuna dair 33(1)(2)(3)(4)(5) hükümlerinin¹⁰⁵, emredici nitelik taşıdığı söylenebilecektir.

⁹⁵ Ansari, a.g.e., s.51.

⁹⁶ Deren-Yıldırım, a.g.e., s.92.

⁹⁷ Model Kanun İngilizce 7(2) hükmü: “*The arbitration agreement shall be in writing*”.

⁹⁸ Model Kanun İngilizce 23(1) hükmü: “*Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defense in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit*”.

⁹⁹ Model Kanun İngilizce 24(2) hükmü: “*The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents*”.

¹⁰⁰ Model Kanun İngilizce 24(3) hükmü: “*All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties*”.

¹⁰¹ Model Kanun İngilizce 27 hükmü: “*The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence*”.

¹⁰² Model Kanun İngilizce 30(2) hükmü: “*An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case*”.

¹⁰³ Model Kanun İngilizce 31 hükmü: “*(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated. (2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30. (3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place. (4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party*”.

¹⁰⁴ Model Kanun İngilizce 32 hükmü: “*(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article. (2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when: (a) the*

Milletlerarası tahkim alanında iç hukuk düzenlemelerinde hangi kuralların emredici olduğunu özel olarak belirleyen devletler bulunmaktadır. Her ne kadar hangi hükümlerin emredici olduklarının belirlenmesi, tahkim yargılamasının yürütülmesi açısından kolaylık sağlasa da çok sınırlı sayıda devlet emredici hükümlerini özel olarak belirtmektedir. Birçok iç hukuk düzenlemesinde hangi hükümlerin emredici olduklarına Model Kanun hükümlerinde olduğu gibi yorum suretiyle karar verilecektir.

Fransız ve İngiliz hukuklarında kanun koyucu, hangi hükümlerin emredici olacağına dair açık düzenleme getirmiştir. Fransız hukukunda taraflara tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku belirleme konusunda yetki verilmiştir. Fakat uygulanacak hukuk olarak farklı bir hukuk seçilse de bu hukukun, Fransız hukukunun emredici kurallarına uygun olması gerekmektedir¹⁰⁶. Tahkime ilişkin hangi düzenlemelerin emredici oldukları açıkça belirlenmiştir. Son olarak 31 Temmuz 2020 tarihinde güncellenmiş hali ile Fransız Usul Kanunu 1464(2) maddesine göre; mahkeme yargılamalarında uygulanması gereken (4), (5), (6), (7), (8), (9), (10), 11(1), (13) ve (21) hükümlerinin daima tahkim yargılamasında da

claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute; (b) the parties agree on the termination of the proceedings; (c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible. (3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34(4) ”.

¹⁰⁵ Model Kanun İngilizce 33 hükmü: “(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties: (a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature; (b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award. (2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award. (3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days. (4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article. (5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award”.

¹⁰⁶ Born, **a.g.e.**, s.2167; Waincymer, **a.g.e.**, s.189.

uygulanması gerekmektedir¹⁰⁷. Bu sebeple ilgili hükümlerin emredici oldukları ve aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı söylenebilecektir. Yine İngiliz hukukuna göre taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku belirleme konusunda irade serbestisine sahiptirler ve 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu, hangi hükümlerin emredici olduğunu ve taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağını açıkça düzenlemiştir¹⁰⁸. Kanun, 4. maddesi, Ek 1’de sayılı kuralların emredici olduklarını ve tahkim yerinin İngiltere olarak belirlendiği durumlarda bu hususların aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağını düzenlenmiştir¹⁰⁹.

Birçok devletin tahkim hukukuna ilişkin düzenlemelerinde hangi hükümlerin emredici olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple ilgili kanunların uygulandığı tahkim yargılamalarında hakemlerin, hangi hükümlerin emredici olduklarına dair yorum yapmaları gerekmektedir. Amerikan Birleşik Devletleri’nde tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında tarafların, geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Hatta bir mahkeme kararında tarafların uyuşmazlıklarını “*yazı tura atmak*” veya “*bilek güreşi*” yapmak suretiyle bile çözebilecekleri vurgulanmıştır¹¹⁰. ABD hukukunda yer alan emredici kurallar tek tek sayılamasa da tarafların irade serbestilerinin genel sınırının, tarafların hakkaniyete ve adil yargılanma ilkelerine aykırı tercihleri olduğu söylenebilecektir¹¹¹. Alman hukukunda ZPO 1042 hükmü uyarınca taraflar, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuku, Alman hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla bir hukuka atıf yapmak suretiyle belirleyebilecekleri gibi kendileri de belirleyebileceklerdir¹¹². Yani, tahkim yeri olarak Almanya’nın belirlendiği tahkim yargılamalarında Alman hukukun emredici hükümlerine tabi olmak kaydıyla tarafların yabancı bir usul hukukunu veya uluslararası usul kurallarını seçebilecekleri

¹⁰⁷ Aygöl, **a.g.e.**, s.111; Waincymer, **a.g.e.**, s.183.

¹⁰⁸ Waincymer, **a.g.e.**, s.183; Sheppard, **a.g.e.**, s.135; Khanna, **a.g.e.**, s.394; Hill, **a.g.e.**, s.528.

¹⁰⁹ Hill, **a.g.e.**, s.528.

¹¹⁰ *Team Design v. Gottlieb*, Tennessee Court of Appeals, Amerika Birleşik Devletleri, 104 S.W.3d 512, 2002, naklen Born, **a.g.e.**, s.2135. Fakat, yazı tura atmak veya bilek güreşi gibi prosedürler birçok milli düzenlemeye hatta milletlerarası alanda kabul edilmiş adil yargılanmaya ilişkin hususlara aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple de milletlerarası tahkim yargılamasında bu prosedürler ile icra edilebilir, savunma haklarına riayet eden kararlar verilemez. Born, **a.g.e.**, s.2135 dn.75.

¹¹¹ Born, **a.g.e.**, s.2169; Özel, **a.g.e.**, s.101.

¹¹² Schwarz, **a.g.e.**, s.77; Aygöl, **a.g.e.**, s.49; Schwarz, **a.g.e.**, s.77; Özel, **a.g.e.**, s.98.

kabul edilmektedir¹¹³. Fakat hangi hükümlerin emredici oldukları özel olarak düzenlenmemiştir. İsviçre hukuku uyarınca taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak prosedürleri, irade serbestisi kapsamında belirleme hakkına sahiptirler. İsviçre DÖHK m.182(1) uyarınca tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak prosedürleri, doğrudan veya bir tahkim kurumunu seçmek suretiyle dolaylı olarak seçebilecekleri veya istedikleri hukuka atıf yapabilecekleri kabul edilmiştir¹¹⁴. İsviçre hukukuna PIL 176'ya göre taraflar tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere farklı bir hukuk seçseler de tahkim yeri hukuku olarak İsviçre hukukunun daima tarafların tercihleri üzerinde söz sahibi oluşu kabul edilmiştir¹¹⁵. İsviçre hukuku uyarınca da tarafların tercihleri, adil yargılanma ilkelerine aykırılık teşkil edemeyecektir¹¹⁶.

Türk hukukunda irade serbestisi ve sınırları, en temel norm olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda (Anayasa) düzenlenmiştir¹¹⁷. Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca *"herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir"*, 36. maddesi uyarınca *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* ve 125. maddesi uyarınca *"(k)amu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir"*. Tahkim yargılamalarında usuli konularda tarafların sahip oldukları irade serbestisi de en geniş kapsamıyla Anayasa'da belirtilen sözleşme özgürlüğünün içinde yer almaktadır. Milletlerarası özel hukuka ve tahkime ilişkin düzenlemelerde irade serbestisi ise, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unda (MÖHUK)¹¹⁸ ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanun'unda (MTK) yer almaktadır.

¹¹³ Özel, **a.g.e.**, s.99.

¹¹⁴ Schwarz, **a.g.e.**, s.77; Aygül, **a.g.e.**, s.50.

¹¹⁵ Waincymer, **a.g.e.**, s.189; Moss, **Mandatory Rules**, s.210.

¹¹⁶ Born, **a.g.e.**, s.2167; Özel, **a.g.e.**, s.100.

¹¹⁷ RG 09.11.1982/17863.

¹¹⁸ RG 12.12.2007/26728.

MTK 8(A)(1) maddesinde “(t)araflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, Bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler” diyerek Model Kanun 19. maddesine benzer bir düzenleme ile taraflara tahkim yargılamasına uygulanacak hukuku belirleme hakkı tanımıştır. Kanun metni kapsamında tarafların kanunun emredici hükümleri aksine tercihte bulunamayacakları düzenlenmiştir. Fakat hangi hükümlerin kanun kapsamında emredici olduğu düzenlenmemiştir. Kanunun yapım aşamasında hangi hükümlerin emredici olduklarının İngiliz Tahkim Kanununda olduğu gibi açıkça düzenlenmesi teklif edilmiş, fakat kanunun son halinde emredici hükümlere ilişkin bir düzenleme yer almamıştır¹¹⁹.

MTK kapsamında hangi hükümlerin emredici olduklarına dair tahkim yargılamalarında hakemlerce veya iptal davalarında hakimlerce bir değerlendirme yapılacaktır. Kanun kapsamında “aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça” ifadesini içeren hükümlerin, Model Kanun kapsamında yapılan yoruma paralel bir şekilde, emredici olmadıkları kabul edilebilecektir. Kanun kapsamında bu ifadeyi içermeyen hüküm sayısının azlığı, emredici hükümlerin de azlığını göstermektedir. Fakat bu ifadeyi içermeyen her hükmün de doğrudan emredici oldukları kabul edilmemelidir. Her bir hüküm, somut uyuşmazlıkta hükmün özellikleri incelenerek değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmenin de tarafların sahip oldukları irade serbestisini aşırı kısıtlayacak şekilde yapılmaması gerekmektedir. Doktrinde, Kanunun farklı hükümlerinin emredici olduğuna dair yorumlar yapılmaktadır. Kanunun uygulama alanını belirleyen 1. ve 2. maddelerinin, görevli ve yetkili mahkemeyi belirleyen 3. maddesinin, tahkim anlaşmasının şeklini belirleyen 4(2) hükmünün, tahkim itirazını düzenleyen 5. maddesinin, hakem kararında bulunması gerekli unsurları düzenleyen 14(A) maddesinin ve hakem kararını düzenleyen 15. maddesinin emredici oldukları savunulmaktadır¹²⁰. Başka bir görüş, ihtiyati tedbir ve

¹¹⁹ Yeşin Erdoğan, **Yasal Düzenleme**, s.251. Her ne kadar Kanunun kabul edilen son halinde emredici kurallar ayrıca düzenlenmemişse de bu yönde yapılacak bir değişikliğin tahkim yargılamalarının öngörülebilirlikleri açısından gerekli olduğu haklı olarak savunulmaktadır. Ekşi, **Değerlendirme**, s.326.

¹²⁰ Kocasakal, **Uygulama Alanı**, s.362; Aygöl, **a.g.e.**, s.112 dn.578.

haciz kararı verme yetkisini düzenleyen 6. maddenin, tahkim itirazını düzenleyen 5. maddenin ve hakem sayısının tek olması gerekliliğini düzenleyen 7(A) hükümlerinin de emredici nitelikte kabul edilmesi gerektiğini söylenmektedir¹²¹. Yine, görev belgesinin düzenlenmesine ilişkin 10(E) hükmünün emredici olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır¹²².

5. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk Tercihi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, irade serbestisi kapsamında, *lex loci arbitri* aykırılık teşkil etmediği müddetçe tahkim yargılamalarının usulüne uygulanmak üzere bir hukuk da belirleyebileceklerdir. Taraflar, uygulanacak hukuk olarak; milli hukuklardan gelen düzenlemeleri, uluslararası örgütlerce hazırlanmış düzenlemeleri, tahkim kurumlarının düzenlemelerini ve hatta uluslararası alanda genel kabul görmüş kuralları tercih edebileceklerdir¹²³.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için seçtikleri hukuk, tahkim yargılamasına ilişkin bütün usuli unsurları kapsayacak hatta tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapacakları diğer tercihleri de kısıtlayacaktır. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestileri, *lex loci arbitri* ile birlikte tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için belirlenen milli hukuklardan, milletlerarası alanda düzenlenmiş tahkim kurallarından veya tahkim kurumlarınca düzenlenmiş tahkim kurallarından gelen emredici hükümler ile sınırlanacaktır. Yani taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için bir hukuk belirlediklerinde bu seçtikleri hukuk içine yer alan ve aksi taraflarca kararlaştırılamayan kurallar, artık emredici olarak kabul edileceklerdir. Örneğin tarafların, seçecekleri hukuklarda kısıtlama yapıp yapamayacaklarına veya tahkim yargılamasında farklı uyuşmazlıklara farklı hukuk ve kuralların uygulanması

¹²¹ Ekşi, **Değerlendirme**, s.326.

¹²² Kalpsüz, **Tahkim**, s.86.

¹²³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.231; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1323; Kaplan, **Usul**, s.43; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.646; Aygöl, **a.g.e.**, s.60; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.107.

konusunda karar verip veremeyeceklerine seçilen hukukta yer alan emredici hükümler değerlendirilerek karar verilecektir.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanmasını istedikleri hukuk ile tahkime tabi uyuşmazlığa uygulanmasını istedikleri, yani tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuk birbirlerinden farklıdır. İki hukuk aynı hukuk olabilecekleri gibi farklı hukuklar da olabileceklerdir¹²⁴. Bu sebeple, tahkim yargılamasının esasına uygulanması için seçilen hukukun, doğrudan tahkim yargılamasının usulüne de uygulanabileceği söylenemeyecektir¹²⁵. Taraflar bir hukuk seçtiklerinde bu hukukun tahkim yargılamasının esasına mı yoksa usulüne mi uygulanacağını açıkça belirlemezlerse, hakemlerin *lex arbitri* hükümlerini de dikkate alarak tarafların iradeleri hakkında bir değerlendirme yapmaları gerekecektir¹²⁶.

Taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak bir milli hukuk belirlediklerinde, bu milli hukukun milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelerinin seçildiği kabul edilmelidir¹²⁷. Örneğin, tahkim yeri olarak Londra'nın belirlendiği bir tahkim yargılamasında, tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için İngiliz hukukunun seçildiği anlaşılıyorsa, tahkim yargılamasının usulüne 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanununun uygulanması gerekmektedir¹²⁸. Tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için, ayrı bir milletlerarası tahkim hukuku düzenlemesi olmayan hukukların taraflarca seçilmesi halinde de bu hukuklarda yer alan iç hukuk düzenlemelerinin milletlerarası tahkim yargılamalarına uygulanmaları gerekecektir¹²⁹.

¹²⁴ Nomer, **Devletler Hususi**, s.560; Born, **a.g.e.**, s.1601; Aygöl, **a.g.e.**, s.26.

¹²⁵ Born, **a.g.e.**, s.1618; Aygöl, **a.g.e.**, s.53; Örneğin, giriş bölümünde yer verdiğimiz, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.05.1999 tarihli 15-235/273 sayılı kararında, Yargıtay'ın tahkim anlaşmasında yer alan “*Türk hukuku uygulanacaktır ibaresini*” Türk usul hukukunu da kapsar şekilde yorumlamasının yanlış olduğu, taraflarca Türk usul hukukunun seçildiğinin açık olarak belirtilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür. Şanlı, **Tenfiz**, s.406-407.

¹²⁶ Konu hakkında açık düzenleme yapan milli hukuklar da bulunmaktadır. Örneğin MTK 12(c)2 hükmü uyarınca: “*Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul hukuku kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukuk hükümlerinin seçilmiş olduğu anlamına gelir*”.

¹²⁷ Born, **a.g.e.**, s.1621; Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s.1315.

¹²⁸ Vial, **a.g.e.**, s.339; Hill, **a.g.e.**, s.519.

¹²⁹ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.529.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, irade serbestisi kapsamında, tahkim yargılamalarının usulüne uygulanacak hukuk olarak milli tahkime uygulanmak üzere düzenlenmiş kuralları tercih edebileceklerdir¹³⁰. Bu tercihin daha çok milli hukukun tahkim kurallarına aşına olan taraflarca yapılabileceği düşünülmektedir¹³¹. Fakat milletlerarası tahkim yargılamalarında milli usul kurallarının uygulanması, usuli problemlerin ortaya çıkmasına sebep olacaktır; çünkü milli tahkime uygulanması için düzenlenen kurallar, milletlerarası tahkimin ihtiyaçlarına karşılık veremeyebileceklerdir¹³². Ayrıca milli tahkim yargılamalarında kullanılmak üzere düzenlenen tahkim kuralları uyarınca mahkemelerin tahkim yargılaması üzerinde sahip oldukları denetleme yetkisi, milletlerarası tahkim yargılamalarında mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerinde sahip olmaları gereken denetleme yetkisinden az veya çok olabilmekte; bu durum da tahkim yargılamalarının sağlıklı bir şekilde yürütülmesine engel olabilmektedir.

Tarafların tahkim yeri harici bir milli usul hukukunu uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri, irade serbestisi kapsamında mümkündür. Fakat bu durum delocalization teorisinin etkisiyle yargılamanın tahkim yerinden kopmasına ve farklı bir hukuka tabi olmasına sebep olabilecektir¹³³. Bu durum, yani tahkim yeri hukukundan farklı bir milli hukukun tahkim yargılamasının usulüne uygulanması, gerek tahkim yargılamalarının iç işleyişi gerekse tahkim yargılamalarının mahkemeler ile var olan dış ilişkileri hakkında işin içinden çıkılması mümkün

¹³⁰ Milli tahkime uygulanacak kurallar ile milletlerarası tahkime uygulanacak kuralları farklı düzenlemelere tabi tutan hukuklar bulunmaktadır. Örneğin Türk hukukunda milli tahkime uygulanmak üzere 6100 sayılı HMK hükümleri düzenlenmiş iken milletlerarası tahkime uygulanmak üzere 4686 sayılı MTK hükümleri düzenlenmiştir. Buna karşılık Belçika, Almanya gibi kimi ülkelerde milletlerarası tahkim için ayrı bir tahkim düzenlemesi bulunmamaktadır. Waincymer, **a.g.e.**, s.172 dn.172; Hanefeld/Schmidt-Ahrendts, **a.g.e.**, s.504; Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.157; Aygün, **a.g.e.**, s.679.

¹³¹ Binder, **a.g.e.**, s.340; Waincymer, **a.g.e.**, s.190.

¹³² Bu noktada unutulmamalıdır ki; milli tahkime ilişkin düzenlemelerin, milletlerarası tahkim yargılamalarına uygulanıp uygulanamayacağının ilgili milli düzenleme kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹³³ Delocalization teorisi uyarınca taraflar, irade serbestisi kapsamında tahkim yeri hukuku harici bir milli hukuku veya hukuk kurallarını belirlediklerinde tahkim yargılaması, tahkim yerinden koparak veya tahkim yeri hukuku ile birlikte, taraflarca belirlenen hukuk ve kurallara tabi olabilecektir. Delocalization teorisi hakkında bkz. (Birinci Bölüm-II-(C))

olmayan karmaşık usuli problemlere sebebiyet verebilecektir¹³⁴. Bu sebeple, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukundan farklı bir milli hukuk seçimi uygulamada hem tavsiye edilmeyen hem de çok örneği olmayan bir durumdur¹³⁵. Fakat birçok problemin ortaya çıkabilecek olması, bu yönde tercih yapmış olan tarafların iradelerinin dikkate alınmaması gerektiği anlamına gelmemektedir. İrade serbestisi kapsamında tarafların yaptıkları milli hukuk tercihlerinin, hakemlerce veya tahkim kurumlarınca *lex loci arbitrinin* hükümlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir¹³⁶.

Tahkim yeri milli düzenlemeleri harici farklı bir milli düzenlemenin tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin, uygulamada ortaya çıkartabileceği problemler göz önüne alındığında bu düzenlemeler yerine milletlerarası kurumların düzenledikleri tahkim kurallarının seçilmesi gerektiği söylenebilecektir. Örneğin UNCITRAL Tahkim Kurallarının, kurallarda çok az sayıda emredici hüküm düzenlenmesi ve kuralların uygulanacak hukuklardan gelen emredici hükümlere öncelik tanınması sebebiyle, tahkim yargılamalarının usulüne uygulanacak hukuk olarak seçilmesi tavsiye edilmektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında sadece; tarafların yargılamada eşit hakka sahip olmalarına ilişkin 17(1) hükmünün, tarafların talepleri üzerine duruşma yapılması gerektiğine ilişkin 17(3) hükmünün, dava ve savunma dilekçesi verilmesine ilişkin 20 ve 21. hükümlerinin ve bilirkişiye soru sorma veya farklı bilirkişi ileri sürme hakkını düzenleyen 29(5) hükmünün emredici olduğu kabul edilmektedir¹³⁷.

6. Özel Usul Tercihi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere bir milli hukuk veya milletlerarası alanda yer alan

¹³⁴ Delocalization teorisi uyarınca tarafların, tahkim yeri hukuku harici bir hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlemelerinin ve bu hukukların tahkim yargılaması üzerinde sahip olabilecekleri etkilerin olumsuz sonuçları için bkz. (Birinci Bölüm-II-(C)-(4))

¹³⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.177; Kaufmann-Kohler, **Place**, s.338; Vakharia, **a.g.e.**, s.99; Waincymer, **a.g.e.**, s.189; Özel, **a.g.e.**, s.100; Aygül, **a.g.e.**, s.33.

¹³⁶ Born, **a.g.e.**, s.1621.

¹³⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.357-358.

tahkime ilişkin kurallar seçebilecekleri gibi kendileri de irade serbestisi kapsamında ayrıntılı olarak tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak usulü belirleyebilirler¹³⁸. Tarafların özel olarak belirleyecekleri usuller, *lex loci arbitri* ile uyumlu olduğu müddetçe hakem kurulu tarafından uygulanacaktır. Uygulamada, tarafların ayrıntılı usuller düzenledikleri görülmemektedir. Fakat taraflara tahkim yargılamasının usulünü ayrıntılı olarak düzenleme hakkının tanınmış olması, tarafların ticari tahkim yargılamalarında ne kadar geniş bir irade serbestisine sahip olduklarını göstermektedir.

7. Hem Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk Hem Özel Usul Tercihi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için baştan sona yeni kurallar belirleyebilecekleri gibi seçtikleri hukuk veya kurallarda yer alan boşlukları doldurmaya yönelik tercihlerde, hakem kurulunun takdirine bırakılmış konulara ilişkin özel tercihlerde ve hatta milli düzenlemelerde yer alan emredici kurallar ile yarışan tercihlerde bulunabileceklerdir¹³⁹. Yani taraflar kendilerine tanınan irade serbestisi kapsamında, kimi hususi konular hakkında özel düzenlemeler ile uygulanacak hukuka ekleme veya uygulanacak hukukta değişiklikler yapabileceklerdir.

Taraflarca tahkim yargılamasına uygulanması için seçilen hukuklardan gelen emredici düzenlemelerin, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin yaptıkları özel tercihler ile çatışması halinde tarafların hangi tercihlerinin dikkate alınacağı problem teşkil etmektedir. Bir tarafta tarafların tahkim yargılamasına uygulanmaları için seçtikleri ve dolaylı olarak emredici hale gelen kurallar, diğer tarafta da tarafların açık olarak yaptıkları tercihler bulunmaktadır.

¹³⁸ Chang, **a.g.e.**, s.34.

¹³⁹ Kaplan, **Usul**, s.44; Aygül, **a.g.e.**, s.58.

Tarafların bir tahkim kurumunun kurallarını seçmeleri ve bu hukuktan gelen emredici kurallar aksine tercih yapma halleri, diğer hukuklardan gelen emredici hükümler aksine tercih yapma hallerine göre daha kolay bir çözüme sahiptir. Tahkim kurumları, kendi düzenledikleri kuralların nasıl uygulanacağına ve tahkim yargılamasının bu kapsamda nasıl yürütüleceğine karar vermektedirler. Taraflar bir kez tahkim kurumunu veya kurallarını seçtiklerinde, o tahkim kurumunun emredici hükümlerini de kabul etmiş sayılacaklardır. Bu sebeple de tahkim kurumunun emredici olduğuna karar verdiği kurallar aksine taraflar tercihte bulunamayacaklardır. Zaten kurumlar, kendi emredici kuralları aksine yapılmış tercihleri kabul etmeyerek, yargılamaya devam etmeme kararı verebileceklerdir¹⁴⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerinin, tahkim kurumları harici hukuklardan gelen emredici kurallara aykırılık teşkil etmesi hali yoruma açık bir problemdir. Konu hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tarafların usuli konularda yaptıkları tercihlerin, seçtikleri hukuklardan gelen emredici kurallara göre daha özel veya daha yeni tercihler olmaları sebebiyle, tarafların tercihlerinin seçilen hukuklardan gelen emredici kurallara göre öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁴¹. Bu yorum uyarınca tarafların özel ve açık irade beyanlarına karşılık, dolaylı irade beyanları yani ilk olarak seçtikleri hukuktan gelen emredici hükümler ikinci plana atılmalıdır. Bu görüşe karşı olarak, tarafların bir hukuku seçerken o hukukun uygulanması ile elde edilecek tahkim yargılamasını amaçladıkları ve bu sebeple, tarafların asli amaçları göz önüne alınarak tarafların yaptıkları özel tercihler karşısında ilk seçilen hukukun üstün tutulması gerektiği savunulmaktadır. Yine tarafların seçtikleri hukuktan gelen emredici kurallara aykırı tercihler hakkında, bu emredici kurallara uymamanın sonuçları değerlendirilerek karar verilmesi de önerilmektedir. Emredici kurallara uyulmadan verilen hakem kararlarının tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilebilecek olmaları veya hakem kararının tenfiz edilmeme ihtimallerinin, hakemler tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

¹⁴⁰ Tahkim kurumlarının taraflarca yapılan tercihleri kabul etmeyerek, tahkim yargılamasını yürütmeme kararı alabilmelerine ilişkin için bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c)-(3))

¹⁴¹ Berger, **Paradox**, s.484.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestileri ve seçilen hukuklardan gelen emredici hükümlerin irade serbestisini nasıl sınırlandıracakları değerlendirilirken, tarafların irade serbestileri ve bu serbesti kapsamında yaptıkları tercihlerin özel olarak dikkate alınması gerekmektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar tahkim yargılamasına ilişkin her usuli konuda karar vermezler. Genellikle taraflar, bir hukuka atıf yapmak veya *lex loci arbitrii* belirlemek ile yetinirler. Tarafların seçtikleri hukuk, genel olarak, bildikleri ve güvendikleri bir hukuktur. Bu hukuku seçerken amaçları bu hukuk içinde yer alan güvenceler ile tahkim yargılamasının yürütülmesidir. Dolayısıyla taraflar, bir hukuk seçtikten sonra her ne kadar bu hukuk içinde yer alan emredici kuralları öncesinden öngöremeseler de bu hukukun emredici kuralları ile sağladığı yargılamayı talep etmektedirler. Fakat tarafların tahkim yargılamasının bütününde elde etmek istedikleri bu güven, tahkim yargılamalarına ilişkin özel tercihlerinin üzerinde değerlendirilmemelidir. Yoksa tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak hukuka ilişkin özel tercihleri, genel tercihleri karşısında önemini yitirecektir. Bu durum da tarafların mahkeme yargılaması yerine tahkim yargılaması ile uyuşmazlıklarının çözümlenmesini isterken talep ettikleri özel uyuşmazlık çözüm yöntemine aykırılık teşkil edecektir. Her ne kadar icra edilmesinde sorun çıkmayacak, iptal edilmeyecek veya tenfiz edilebilecek ideal bir hakem kararı emredici kurallara uyarak verilebilecekse de taraflar, emredici kurallar aksine tercihte bulurken hakem kararlarının iptal edilebilme veya tenfiz edilememe riskini de kabullenmektedirler. Taraflar bu risk kapsamında, tercihleri doğrultusunda verilen kararı bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan icra edebilecek veya hakem kararı hakkında iptal kararı verilse de karar tenfiz ettirilebilecektir¹⁴². Bütün bu ihtimaller göz önüne alındığında, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında esas olanın tarafların, *lex procedurali*aya aykırılık teşkil etmeyen, özel tercihleri doğrultusunda tahkim yargılamasının yürütülmesi olduğu söylenebilecektir¹⁴³.

¹⁴² İptal edilen hakem kararlarının, iptal kararına rağmen tenfiz edilme ihtimali hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

¹⁴³ Tarafların emredici kurallara aykırılık teşkil eden tercihleri hakkında hakemlerin nasıl bir yol izlemeleri gerektiği hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c))

E. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşmanın İçeriği

1. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tahkim yargılamasının başından sonuna kadar gerçekleşebilecek bütün usuli işlemler hakkında tarafların tercihte bulunma hakları vardır. Hatta tarafların, tahkim yargılaması sırasında belirlenen usule uyulmaması halinde nasıl bir müeyyide uygulanabileceğine veya hangi usuli aykırılığın ağır ihlal oluşturabileceğine dair tercihte bulunabilecekleri de kabul edilmektedir¹⁴⁴.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisi değerlendirilirken hangi hususların usule ilişkin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Tahkim yargılamasında usuli konuların sınıflandırılması, tahkim yargılamasının yürütülmesi ve tarafların irade serbestilerinin sınırlarının belirlenmesi açısından önem teşkil etmektedir.

Usul hukuku denildiğinde maddi hukukun yerine getirilmesi için kullanılan bütün yöntemler ve bu yöntemlere ilişkin organizasyon, yetki ve etkinlik hususlarının kastedildiği kabul edilmektedir¹⁴⁵. Milletlerarası ticari tahkimde de usule ilişkin unsurlar olarak; gerek tahkim yargılamasının iç işleyişini ilgilendiren hususlar, gerekse de tahkim yargılaması ile mahkemelerin ilişkilerini ilgilendiren hususlar kastedilmektedir¹⁴⁶. Örneğin hakem kararına ilişkin unsurların da usule

¹⁴⁴ Kaplan, **Usul**, s.214.

¹⁴⁵ Kolb, **a.g.e.**, s.795; Vakharia, **a.g.e.**, s.98.

¹⁴⁶ Born, **a.g.e.**, s.1598; Tarafların irade serbestisi kapsamında tahkim yargılamasının iç işleyişine ilişkin tercih yapabilecekleri fakat tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan bağına ilişkin tercih yapamayacakları doktrinde ileri sürülmektedir. Konu hakkındaki tartışma için bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(A))

ilişkin oldukları ve tarafların irade serbestileri kapsamında, hakem kararlarının şekil ve içeriğine dair tercihte bulunabilecekleri kabul edilmektedir¹⁴⁷.

New York Anlaşması kapsamında tarafların usule ilişkin tercihleri tespit edilirken, tahkim yargılamasının başlamasına yönelik ilk talepten, kararın verilmesine kadar bütün işlemlerin tahkim yargılamasının usulüne ilişkin olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Milletlerarası tahkim hukukunda tahkim yargılamasının usulü olarak kabul edilmiş hususlara ve bu hususların tanımlamamalarına ilişkin genel kabul edilmiş bir kıstas bulunmamaktadır¹⁴⁹. Tahkim yargılamalarında hangi hususların usule ilişkin oldukları bir kesinlik taşımadığından, hakemlerin veya mahkemelerin her bir uyuşmazlıkta ayrı değerlendirme yapmaları ve konu hakkında uyuşmazlığı vasıflandırmaları gerekmektedir¹⁵⁰.

Uygulamada hakemler, çoğunlukla bir sorunun usuli olduğu hakkında özel bir tespitte bulunmadan, uygulanacak hukuk ile ilgili uyuşmazlıklar hakkında karar vermektedirler¹⁵¹. Yani bir konunun tahkim yargılamasının usulüne ilişkin olup

¹⁴⁷ Patricia Nacimiento, "Article V(1)(d)", **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, s.281-300, s.293.

¹⁴⁸ Christian Borris/ Rudolf Hennecke, "Improper Tribunal Composition or Flawed Proceedings Article V(1)(d)", **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.342-370 (**Article V(1)(d)**), s.358.

¹⁴⁹ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.16; Waincymer, **a.g.e.**, s.8; Mantilla-Serrano, **a.g.e.**, s.335.

¹⁵⁰ Örneğin tarafların tahkim yerine ilişkin tercihlerinin tahkim yargılamasının usulüne mi yoksa tahkime elverişliliğe mi ilişkin olduğuna dair tartışmalar somut davalarda ortaya çıkabilmektedir. ABD mahkemelerine konu olan bir uyuşmazlıkta, ABD ve İsrail menşeli iki şirket, ICC tahkime karar verilmişlerdir. Tahkim şartı uyarınca Amerikalı tarafın tahkim yargılamasını başlatması halinde tahkim yerinin Tel Aviv, İsrail olacağı; İsrailli tarafın tahkim yargılaması başlatması halinde de tahkim yerinin Atlanta, Georgia, ABD olacağı kararlaştırılmıştır. Mahkeme, tahkim yerinin tercihiyle ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkta, tahkime elverişliliğe ilişkin hususların mahkemelerce çözümlenmesi gerekirken usuli hususların hakemlerce çözümlenmesinin gerektiğini vurguladıktan sonra; her ne kadar tahkim yerine ilişkin tercihin tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk ve kurallarınca belirlenebileceği kabul edilse de usuli bir tercih olduğuna ve konu hakkında hakemlerce karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir. *Bamberger Rosenheim, Ltd. v. OA Development, Inc.*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 17 Temmuz 2017, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XLII, 2017, s.710-712, p.19.

¹⁵¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.169.

olmadığı hakkında karar verilmesi gerektiğinde, genel olarak, *lex arbitri* kapsamında değerlendirme yapılmaktadır¹⁵².

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları anlaşma, tahkim yargılamasının hakemlerce nasıl yürütüleceğine ve hakem kararı verildikten sonra kararlarının mahkemelerce nasıl denetleneceğine ilişkin olmak üzere iki başlık altında toplanabilecektir. Tarafların, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin tahkim yargılamasının iç işleyişi hakkında birçok konuda tercihleri doğrultusunda karar verebilecekleri, konu hakkında geniş irade serbestisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Bununla birlikte hakem kararının verilmesinin ardından tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan dış ilişkisi hakkında, özellikle hakem kararlarının mahkemeler tarafından denetlenmesine ilişkin tarafların irade serbestisine sahip olup olmadıkları veya sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı tartışma konusudur.

2. Tahkim Yargılamasının Yürütülmesine İlişkin Hususlar

Tarafların, tahkim yargılamasının başında ve tahkim yargılaması sırasında, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin her konuda, geniş irade serbestisine sahip oldukları söylenebilecektir. Taraflar bu sayılanlarla sınırlı olmamak üzere; hakem kurulunun ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilme yetkilerine ilişkin hükümlere, hakemlerin niteliklerine ve seçimine ilişkin hükümlere, tahkim yerine, tahkimin diline, tahkimin süresine, bilirkişi ve delillere, ispat vasıtalarına, tahkim giderleri gibi hususlara irade serbestisi kapsamında karar verebileceklerdir. Hatta taraflar, tahkim yargılamasının yürütülmesi kapsamında, hakem kararlarının nasıl nihai olacağı veya bağlayıcılığı hakkında da tercihte bulunabileceklerdir¹⁵³. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının

¹⁵² Petrochilos, **a.g.e.**, s.170.

¹⁵³ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.170 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.644; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.28; Hakem kararı hakkında ilgili kanun yoluna başvuru süresinin geçmesi veya kanun yolunun tüketilmiş olmasıyla kararının bağlayıcılık kazanıp kazanmayacağına ilişkin tarafların, irade serbestisi kapsamında tercih yapabilecekleri kabul edilmektedir. Kaplan, **Usul**, s.168.

yürütülmesine ilişkin tercihleri, uygulanacak hukuktan gelen sınırlı sayıda emredici kurala uymak kaydıyla tamamen tarafların tercihlerine tabi olacaktır.

Tahkim yargılamalarında hangi konuların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin olduğu hakkında kesin bir sınırlama bulunmamaktadır. Fakat genel kabul edilen görüş uyarınca, tahkim yargılamasının yürütülmesinin kapsamına sadece kararın nasıl verilebileceği değil hakem kararının hangi niteliklere sahip olacağı da dahildir. Her bir uyuşmazlıkta tarafların tercihlerinin tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin olup olmadığı hakem kurullarınca veya mahkemelerce değerlendirilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hangi hususların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin olduğuna dair tartışmalara, hakem kararlarının niteliklerinin tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin olup olmadığına dair tartışma örnek olarak verilebilecektir. Hakem kararlarının hangi niteliklere sahip olması gerektiği tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin bir husus olarak kabul edilebileceği gibi, tahkim yargılamasının yürütülmesinden bağımsız bir husus olarak da ele alınabilecektir. Örneğin, hakem kararlarının gerekçeli olup olmayacaklarına dair tarafların tahkimin yürütülmesine ilişkin konular kapsamında karar verip veremeyecekleri tartışma konusudur. Konu hakkında British Columbia Yüksek Mahkemesinin (*The British Columbia Supreme Court*) *Food Services of Amerika, Inc. v. Pan Pacific Specialties, Ltd.* kararından bahsedilebilecektir. Karara konu uyuşmazlıkta, tahkim yargılamasının tabi olduğu AAA Tahkim Kuralları uyarınca hakem kararının gerekçeli yazılması gerekmektedir. Hakemlerin yargılama sonunda hakem kararını gerekçesiz olarak vermeleri sebebiyle, karar hakkında açılan tenfiz davasında, hakem kararının tarafların tercihlerine uygun yazılmadığı bu sebeple de yargılamanın tarafların tercihlerine uygun olarak yürütülmediği gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Mahkeme, hakem kararlarının nasıl yazılması gerektiğine ilişkin hükümlerin tahkim yargılamasının yürütülmesi ile alakası olmadığına, bu sebeple de tahkim yargılamasının tarafların tercihlerine uygun olarak yürütüldüğüne karar vermiştir. Mahkemece, hakemlerin gerekçesiz karar vermeleri tahkim yargılamasının bir parçası olarak kabul edilse dahi, kararın gerekçesiz olmasının adil yargılanma

hakkına aykırılık teşkil etmeyeceği ve kararın tarafların tercihlerine uygun olarak verilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Ayrıca, AAA Tahkim Kuralları uyarınca taraflar, hakemlerin gerekçesiz karar vermeleri halinde, 30 gün içinde kararın gerekçesini talep etme hakkına sahiptirler. Tarafların bu yola başvurmada, doğrudan tenfiz davasına itiraz etmeleri mahkemece değerlendirilmiş ve hakem kararının tarafların tercihlerine uygun olarak gerekçeli verilmediği itirazı kabul edilmemiştir¹⁵⁴. Mahkemenin, hakem kararlarının niteliklerinin tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin bir konu olmadığı yönündeki görüşü sorunlu bir görüşür¹⁵⁵. Mahkeme, neden hakem kararının niteliği hakkında yapılan bir tercihin tahkimin yürütülmesine ilişkin olmadığını açıklamamıştır. Tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinin, tahkim yargılaması ve sonrasını kapsadığı göz önüne alındığında, hakem kararının gerekçesi hakkında taraflarca belirlenen hususların veya tercih edilen kuralların da tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin olduğunun kabul edilmesi ve bu tercih ve kurallara hakemlerce uyulması gerekmektedir. Mahkeme büyük olasılıkla, değerlendirilebilecek başka yollar varken kararın tenfizine itiraz edilmiş olmasını dikkate alarak tenfiz itirazını kabul etmemiştir. Fakat tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarının gerekçesiz olup olamayacağının tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin kabul edilmesi ve tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin sahip oldukları irade serbesti ve sınırları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında hakem kararlarının gerekçesiz olup olmayacağına dair tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuka bakılması gerekmektedir¹⁵⁶. Eğer yargılamanın tabi olduğu hukuk gerekçesiz hakem kararlarına

¹⁵⁴ *Food Services of Amrika, Inc. V. Pan Pacific Specialties, Ltd.*, Supreme Court of British Columbia, Kanada, No. A970230, 24 Mart 1997, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.581-589, p.22.

¹⁵⁵ Jarvin, **Procedure**, s.748.

¹⁵⁶ Milletlerarası düzenlemelerde konu hakkında, farklı görüşler yer almaktadır. 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 32(2) hükmünde açıkça “*kararda, dayanan gerekçeler gösterilir*” denilerek hakem kararının gerekçelerini ihtiva etmesi gerektiği düzenlemiştir. ISTAC Tahkim Kuralları 35. maddesinde “*Hakem kararında, ... b) (k)ararın gerekçesi ... yer alır*” denmektedir. Fakat buna karşı olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları 34(3) hükmünde “*taraflar, gerekçe gösterilmemesi konusunda anlaşmış olmadıkça, hakem mahkemesi, kararın dayandığı gerekçeleri açıklamak zorundadır*” denilerek, taraflara konu hakkında bir irade serbestisi sağlanmıştır. Yine UNCITRAL Model Kanun 31(2) hükmünde de taraflara, hakem kararının gerekçesiz olarak verilebilmesi konusunda takdir hakkı

izin veriyor veya taraflara bu yönde bir tercih hakkı tanıyor ise tarafların tercihleri uyarınca hakem kararı gerekçesiz olabilecektir¹⁵⁷. Fakat her ne kadar, taraflarca hakemlerin gerekçesiz karar verebilmesi konusunda anlaşılmış veya gerekçesiz karar verilmesine imkân tanıyan bir *lex arbitri* seçilmiş olsa da hakem kararının başka bir devlette tenfiz edilmeme ihtimalinin ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır¹⁵⁸. Bu sebeple hakemlerin gerekçesiz kararlar verebilmeleri ve gerekçesiz verilmiş kararlar hakkında, adil yargılanmaya ilişkin hususlara ve *lex proceduralia* hükümlerine atıf yapılarak bir değerlendirme yapılması gerektiği söylenebilecektir.

Tahkim yargılamalarında hakemlerin gerekçesiz karar verebilmelerine yönelik taraf iradelerinin, tarafların savunma haklarına aykırılık teşkil edebileceği doktrinde savunulmaktadır¹⁵⁹. Bütün hakem kararların gerekçeli olması gerektiği, aksi taktirde kararların anlaşılamayacağı ve bu durumun taraflar için sakıncalar doğuracağı ileri sürülmektedir¹⁶⁰. Hakem kararlarının gerekçeli olmasının bu kararların herhangi bir usuli problem içerip içermediğinin değerlendirilmesinde önem arz ettiği, kararın gerekçesiz olmasının suiistimal edilebileceği de ileri sürülmektedir¹⁶¹. Bu görüşe karşı olarak hakem kararlarının gerekçesiz olmasının tarafların adil yargılanma veya savunma hakkına doğrudan aykırılık teşkil etmediği,

verilmiştir. Binder, **a.g.e.**, s.420; Bununla birlikte milli hukuklarda genellikle hakem kararlarının gerekçeli yazılması aranmıştır. Avusturalya, İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya ve Hollanda hukuklarında hakem kararlarının gerekçeli yazılması gerektiği düzenlenmiştir. Jarvin, **Procedure**, s.748. Yine, Belçika, Fransa, İrlanda ve İsviçre hukuklarında da hakem kararlarının gerekçeli olmasına dair özel düzenlemeler bulunmaktadır. UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.201 dn.910; Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.197; Özel, **a.g.e.**, s.184.

¹⁵⁷ Kaplan, **Usul**, s.162; Örneğin Kanada Temyiz Mahkemesine konu uyuşmazlıkta, UNCITRAL Model Kanunun uygulanmasının kararlaştırıldığı tahkim yargılamasında üç hakem, gerekçesiz olarak karar vermişlerdir. Mahkeme, Model Kanun 31(2) hükmü uyarınca tarafların gerekçe yazılmaması konusunda anlaşabileceklerini kabul etmiş ve fakat somut uyuşmazlıkta tarafların arasında böyle bir anlaşma olmadığı için tarafların tercihlerine aykırı verilmiş olan hakem kararının tenfizini reddetmiştir. *Smart Systems Technologies Inc. (US) v. Domotique Secant Inc. (Canada)*, Court of Appeal, Québec, Kanada, 500-09-016097-057, 11 Mart 2008, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.464-472, p.13.

¹⁵⁸ Ziya Akıncı, “Gerekçesiz Hakem Kararı Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.70, S.1-3, s.7-16 (**Gerekçesiz**), s.86.

¹⁵⁹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.139; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.424; Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, 2014, 1377-1411, s.1400.

¹⁶⁰ Ansari, **a.g.e.**, s.49.

¹⁶¹ Jarvin, **Procedure**, s.750.

tarafra konu hakkında irade serbestisi tanınması gerektiği savunulmaktadır¹⁶². Mahkemelerin gerekçesiz bir hakem kararını doğrudan kamu düzenine aykırı olarak değerdendirmemeleri gerektiği, milli kamu düzenindense milletlerarası kamu düzenine aykırılığın göz önüne alınarak değerdendirme yapılması gerektiği karşı görüş doğrudusunda beklenmektedir¹⁶³. Uygulamada, hakem kararlarının çoğunlukla gerekçeli yazıldığı, hatta hakem kararlarının iptal edilmemesi veya tenfiz edilmesi için hakemlerin bu konuda özel hassasiyet gösterdiği ve gerekçelerin oldukça ayrıntılı yazıldığı görölmektedir. Sonuç olarak gerekçesiz yazılan hakem kararlarının doğrudan kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği; tarafların irade serbestisi kapsamında gerekçesiz hakem kararı istemeleri halinde bu tercihe saygı duyulması ve gerekçesiz verilen hakem kararlarının iptal edilmemesi veya tenfiz edilebilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Lex arbitri olarak Türk hukukunun belirlenmesi halinde gerekçesiz hakem kararları hakkında nasıl bir değerdendirme yapılacağı bir kesinlik taşımamaktadır. MTK 14 hükmünde yer alan “(h)akem kararlarında; ... 2. (k)ararın dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesi ve tazminata ilişkin istemlerde hükmedilen tazminatın miktarı, ... (b)elirtilir” ifadesi uyarınca, taraflara irade serbestisi tanınmadığı ve hakem kararların gerekçeli yazılmaları gerektiği ileri sürölmüştür¹⁶⁴. MTK 15. maddede sınırlı bir şekilde sayılan iptal sebepleri arasında kararın gerekçesiz yazılmış olmasına yer verilmemiştir. Doktrinde kanunda açıkça yer almasa da kararın kanunda yer alan unsurları içermemesi sebebiyle iptal edilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır¹⁶⁵. Gerekçesiz yazılan hakem kararlarının MTK 15(1)(f) uyarınca, tarafların gerekçe yazılmasını zorunlu kılan bir hukuk seçmeleri halinde bu hukuka uyulmadığı için veya taraflar arasında bu yönde hukuk seçiminin bulunmaması halinde yargılamanın MTK hükümlerine uygun olarak yürütölmediği gerekçesiyle iptal edilebileceği söylenebilecektir. Fakat bu durumda hakem kararın iptal edilebilmesi için hakem kararının gerekçesiz yazılmış olmasının kararın esasına

¹⁶² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.948; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.649; Nomer, **Devletler Hususi**, s.572; Akıncı, **Gerekçesiz**, s.91; Krausz, **a.g.e.**, s.157.

¹⁶³ Özel, **a.g.e.**, s.185.

¹⁶⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.425; Özel, **a.g.e.**, s.184; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.131.

¹⁶⁵ Kalpsüz, **Tahkim**, s.119; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.322.

etki etmiş olması aranacaktır¹⁶⁶. Yine gerekçesiz yazılmış hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeleri sebebiyle de iptal edilmeleri gerektiği savunulabilecektir. Bununla birlikte Cenevre Sözleşmesi VIII. hükmü uyarınca, taraflarca anlaşılırsa veya tahkim yargılaması gerekçe yazılmasının zorunlu olmadığı bir hukuka tabi kılınırsa, hakem kararında gerekçesiz olabileceği düzenlenmiştir¹⁶⁷. O halde, Cenevre Sözleşmesinde yer alan bu hüküm uyarınca Türk hukukunda da tarafların anlaşması halinde hakem kararlarının gerekçesiz olarak verilebileceği söylenebilecektir¹⁶⁸. Cenevre Sözleşmesi kapsamına girmeyen yargılamalar hakkında da MTK 14. hükmünde yer alan düzenlemenin emredici olarak kabul edilmemesi, hükme uyulmamasının kararın esasına doğrudan etki etmeyeceğinin kabul edilmesi ve hakem kararlarının sadece gerekçesiz olmaları sebebiyle kamu düzenine doğrudan aykırılık teşkil etmediklerinin kabul edilmesi, milletlerarası ticari tahkimde taraflara sağlanmaya çalışılan irade serbestisine daha uygun bir yorum olacaktır. Aynı yorum yöntemi kullanılmak suretiyle yabancı hakem kararları hakkında açılan tanıma tenfiz davalarında da gerekçesiz hakem kararlarının doğrudan kamu düzenine aykırılık teşkil etmediklerinin kabul edilmesi gerekmektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Kalpsüz, **Tahkim**, s.139; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.34.

¹⁶⁷ Cenevre Sözleşmesi VIII. hükmü: “Tarafların hakem kararlarının gerekçeler ihtiva edeceğini kararlaştırdıkları aslolarak kabul olunur, meğer ki bunlar, a) Hakem kararlarının gerekçeler tayin etmeyeceğini sarahaten tayin etmiş; veya b) İhtilafların hallini hakem kararlarının gerekçeler ihtiva etmesi mutad olmayan bir hakem usulüne tabi kılmış olsunlar; ancak, bu son halde, taraflar veya bunlardan biri hakem usuli mürafaalı cereyan etmişse hakem kararının yazılmasından önce, bunun mucip sebepler ihtiva etmesini sarahaten talep edecek olurlarsa karar mucip sebepli olarak verilir”.

¹⁶⁸ Ekşi, **Tenfiz**, s.178.

¹⁶⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulunun, 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. numaralı kararında, gerekçesiz mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin “...ilamda bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımamaktadır. Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilamında Türk Usul Hukuku’nun anladığı anlamda bir gerekçenin bulunması ya da bulunmaması Türk Kamu düzeninin müdahalesi bakımından tenfiz için ne etkilidir ne de gereklidir” ifadeleri yer almaktadır. Y. İBK. 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net. İBK kararının ardından, yabancı hakem kararlarının tenfize ilişkin kimi Yargıtay kararlarında kamu düzenine aykırılık değerlendirilirken, İBK kararına doğrudan atıf yapılmaktadır. Örneğin, Y. 15. HD. 12.05.2014 T., 2014/2183 E., 2014/3226 K. kararında hakem kararlarının tenfiz edilmesini değerlendirirken “(t)üm bu açıklamaları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı ilamı ile birlikte değerlendirmek doğru olacaktır” denilmektedir. Yine Y. 15. HD. 31.03.2016 tarihli kararında “...(s)özü edilen ilamda (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı) belirtildiği üzere; yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfize karar verilirken yabancı kararın Türkiye’de infaz edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir” denmektedir. Y. 15. HD. 31.03.2016 T., 2016/895 E., 2016/2050 K., Y. 15. HD. 12.05.2014 T., 2014/2183 E., 2014/3226 K. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net. Her ne kadar İBK kararı ardından karara atıf yapan Yargıtay kararları gerekçesiz

3. Hakem Kararının Denetlenmesine İlişkin Hususlar

a) Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarının, taraflarca başka bir karara ihtiyaç duyulmadan icra edilecekleri ümit edilmektedir. Uyuşmazlıklarının çözümü konusunda, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunu seçen tarafların, yargılama sonunda verilecek hakem kararını da kendi iradeleri ile uygulayacakları öngörülebilecektir. Fakat uygulamada genellikle, hakem kararından memnun olmayan taraf hakem kararına karşı bir iptal davası açmakta veya kararı kendiliğinden yerine getirmeyen tarafa karşı karar lehine çıkan taraf bir tenfiz davası açmak zorunda kalmaktadır.

Mahkemelerde açılan iptal ve tenfiz davaları sebebiyle tahkim süresi uzamakta, tahkim yargılamasından beklenen hızlı çözüm elde etme ihtimali ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple taraflar, tahkim yargılaması başlamadan açılacak iptal veya tenfiz davaları hakkında tercihlerde bulunmak ve hakem kararının icrasını hızlandırmak isteyebilmektedirler. Fakat tarafların tahkim yargılaması sırasında sahip oldukları irade serbestisinin, hakem kararı verildikten sonra açılacak iptal ve tenfiz davaları hakkında da geçerli olup olmadığı tartışma konusudur.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin, tahkim yargılaması bittikten, hakem kararı verildikten sonra da devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. Tarafların irade serbestisinin sadece tahkim yargılaması sırasında tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin hususlar ile sınırlı olduğunun söylenmesi, irade serbestisinin aşırı derecede kısıtlanması anlamına gelecektir. Milletlerarası tahkim yargılamalarının en önemli özelliği, yargılamanın,

hakem kararlarının kamu düzenine etkisini değerlendirmeseler de gerekçesiz mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini kabul eden İBK kararına atıf yapılmış olması, hakem kararları açısından da gerekçesiz kararların kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde yorumlanabilecektir.

tarafların tercihleri ve ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirilmesidir. Tarafların, özellikle tahkim yeri mahkemesinin hakem kararı üzerinde sahip olduğu iptal yetkisine ilişkin karar verebilmelerinin, tarafların çıkarları kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple, tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestisinin, hakem kararı verildikten sonra da devam ettiği ve tarafların iptal ve tenfiz davaları hakkında tercihlerde bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Sonuçta tarafların iptal ve tenfiz davalarına ilişkin tercihleri, hakem kararının usuli hayatının devamına ilişkindir.

Her ne kadar tarafların hakem kararı verildikten sonraki usuli aşamalar hakkında irade serbestisi kapsamında tercih yapabilecekleri kabul edilse de bu serbestinin tahkim yargılaması esnasında tarafların sahip oldukları serbestiden daha kısıtlı olduğu söylenebilecektir. Çünkü devletler getirdikleri düzenlemeler ile, iptal ve tenfiz davalarında, tahkim yargılamasında gerçekleştirilen yargılamanın asgari usuli standartlara uygunluğunu denetlemektedirler. Bu denetleme kapsamında da tarafların usuli irade serbestilerini, tahkim yargılaması sırasında izin verdikleri irade serbestisine oranla daha fazla kısıtlamaktadırlar. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestisi, iptal davasına ilişkin hususlarda daha fazla iken tenfiz davasına ilişkin hususlarda daha da kısıtlıdır¹⁷⁰. İptal davalarının esas amacı, bir tahkim yeri ülkesinde gerçekleşen tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin hususların denetlenip ortaya çıkabilecek usulsüzlüklerden tarafların korunması iken; tenfiz davalarının esas amacı, yabancı bir hakem kararının devletin icra gücüne sahip olup olmaması değerlendirilirken devlet çıkarlarının korunmasıdır. Bu sebeple de tarafların kendi çıkarlarını koruyan iptal davalarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaları daha fazla kabul görürken, devlet çıkarlarını koruyan tenfiz davalarına ilişkin tercih yapma hakları daha kısıtlıdır.

¹⁷⁰ Bratic, a.g.e., s.108.

b) Tarafların İptal Davalarına İlişkin Tercihleri

(1) Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, yargılama sonunda verilen hakem kararından tatmin olmayan taraf veya taraflar, hakem kararının iptali için bir dava açabileceklerdir. Hakem kararları hakkında açılan iptal davaları ile tahkim yargılamalarının, milli hukuklardan gelen emredici kurallar dahilinde, asgari standartlara sahip olup olmadıkları değerlendirilmektedir¹⁷¹. Doktrin ve uygulamada, tarafların bu iptal davalarına ilişkin sahip oldukları irade serbestileri ve sınırları konusunda kesin bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarına ilişkin yetkili mahkemenin ve bu davalarda uygulanacak hukukun tespiti, tarafların iptal davalarında sahip oldukları irade serbestisinin de kapsamının tespit edilmesini sağlayacaktır. Tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk, *lex arbitri*, iptal davalarına ilişkin hangi mahkemenin yetkili olduğunu ve iptal davalarına uygulanacak hukuku belirleyecektir. *Lex arbitriye* ilişkin olarak genel olarak kabul edilen görüş olan mülkiyet ilkesi uyarınca, iptal davaları için yetkili olan mahkeme tahkim yeri mahkemeleri ve ilgili hukuk da tahkim yeri hukuku olarak *lex loci arbitri*¹⁷². Bu sebeple, tarafların, hakem kararının verilmesinden sonra açılacak olan iptal davası hakkında değişiklik yapma hakları da *lex loci arbitri* kapsamında belirlenecektir¹⁷³.

¹⁷¹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.126; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.342; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.669; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.820; Mehmet Polat Kalafatoğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 38, S.2, 2018, s.339-368, s.343; Bratic, **a.g.e.**, s.108; Maxi Scherer/Linda Silberman, “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage” **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.441-493, s.442; Süral, **a.g.e.**, s.1385.

¹⁷² Doktrinde, hakem kararları hakkında tahkim yeri mahkemelerinde açılacak iptal davalarında, doğrudan tahkim yeri hukukun uygulanması yerine, uygulanacak hukuka ait kanunlar ihtilafı kuralları değerlendirilerek karar verilmesi önerilmiştir. Smit, **A-National**, s.641. Her ne kadar bu görüş, delocalization teorisi için ileri sürülen fikirlere karşı başarılı bir alternatif olsa da uygulamada karşılık bulmamıştır.

¹⁷³ Carl Ulrich Mayer, “Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss Private International Law Act”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.17, S.2, 1999, s.191-210

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakem kararına karşı tarafların, tahkim yeri mahkemesinde iptal davası açabilecekleri yani iptal davalarına bakma hususunda yetkili mahkemenin tahkim yeri mahkemesi olduğu kabul edilse de tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile, delocalization teorisi uyarınca, tahkim yeri hukuku harici bir hukuku *lex arbitri* olarak belirleyerek, tahkim yeri mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırıp kaldıramayacakları veya başka bir mahkemeyi yetkilendirip yetkilendiremeyecekleri konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Delocalization teorisine uygun olarak, tarafların tahkim yeri mahkemesi haricinde, özellikle tahkim yargılamasına uygulanan hukuk yeri mahkemelerinde, hakem kararının iptali için dava açabilmelerine izin verilebilecektir. Fakat bu durumda, tahkim yeri hukuku harici bir hukukun, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olarak yani *lex arbitri* olarak seçilmesinin, tahkim yeri mahkemelerinde hakem kararının iptali davası açılmasına bir engel teşkil edip etmediği hususu ortaya çıkacaktır¹⁷⁴. Yani tarafların belirledikleri mahkemenin yetkili olduğu kabul edilse bile tahkim yeri mahkemesinin yetkisinin kaldırılması problem teşkil edecektir. Hakem kararının hem tahkim yeri mahkemelerinde hem de uygulanacak hukuk yeri mahkemelerinde, iki ayrı bağımsız iptal davasına konu olabilme ihtimali ortaya çıkacaktır. Daha önce de vurguladığımız gibi tahkim yeri hukuku harici bir hukukun *lex arbitri* olarak belirlenmesi birçok pratik soruna sebebiyet verebilmektedir, iptal

(Exclusion Agreements), s.192; Hakem kararı hakkında iptal davası açılacak tahkim yeri mahkemelerinin ülke içi yetkisine ilişkin yetki anlaşması yapıp yapılamayacağı da *lex loci arbitri* hükümleri kapsamında belirlenecektir. Örneğin, MTK 3. maddesi uyarınca iptal davaları hakkında yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul mahkemeleridir. Konu hakkında tarafların yetki anlaşması yapıp yapamayacakları ilgili hükmün emredici ve ilgili yetkinin kamu düzenine ilişkin olup olmadığına göre belirlenecektir. Türk hukuku açısından, ilgili yetki düzenlemesinin kamu düzenine ilişkin olmadığı kabulü ile ve 5718 sayılı MÖHUK’un 60(2) uyarınca taraflara tenfiz davalarında yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin taraflara tanınan yetkinin, iptal davaları için de tanınması gerekmektedir.

¹⁷⁴ Born, a.g.e., s.1577.

davaları hakkında iki farklı mahkemenin yetkili hale gelebilmesi de bu problemlerden bir tanesidir¹⁷⁵.

Genel kabul edilen görüş olan mülkilik ilkesi uyarınca, milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların, uygulanacak hukuku değiştirerek *lex arbitriyi* belirlemeleri ve tahkim yeri mahkemesi olmayan bir mahkemeden hakem kararlarının iptalini talep edebilmeleri mümkün değildir¹⁷⁶. Taraflar, yalnızca tahkim yerine ilişkin tercihte bulunarak, yani *lex loci arbitriyi* değiştirerek farklı bir mahkemede iptal davasının açılması konusunda tercihte bulunabileceklerdir. Zaten bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yeri belirlenirken, tahkim yeri hukukunda yer alan hakem kararlarının iptaline ilişkin düzenlemelerin özellikle dikkate alınması gerekmektedir.

Hakem kararlarının hangi koşullar altında iptal edilebilecekleri veya tarafların iptal davaları hakkında hangi konularda tercihte bulunabilecekleri, her bir devletin iç hukukunda özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, tahkim yeri hukuklarının iptal davalarına ilişkin düzenlemeleri ve tarafların iptal davaları hakkında sahip oldukları irade serbestileri arasında bir yeknesaklık olduğunun söylemesi oldukça zordur. Fakat Model Kanunu, milli düzenleme olarak kabul eden veya milli düzenlemelerini yaparken Model Kanun düzenlemelerini örnek olarak alan devletlerde, iptal davalarının hükümleri ve tarafların sahip oldukları irade serbestisi arasında bir yeknesaklığın var olduğundan bahsedilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davalarına ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin, tarafların iptal davası açma hakkına ilişkin tercihleri ve tarafların iptal davasında değerlendirilecek kriterlere ilişkin tercihleri olarak iki ana başlık altında incelenmesi mümkündür.

¹⁷⁵ *Lex arbitri* olarak taraflarca seçilen hukukun kabul edilmesinin ortaya çıkartabileceği problemler hakkında bkz. (Birinci Bölüm-II-(C)-(4))

¹⁷⁶ Mülkilik ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. (Birinci Bölüm-II-(B))

(2) Tarafların İptal Davası Açma Hakkına İlişkin Tercihleri

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların bir anlaşma ile, tahkim yeri mahkemelerinde açabilecekleri iptal davası haklarından feragat etmelerinin mümkün olup olmadığı hem doktrin hem de uygulamada tartışmalı bir konudur. Her ne kadar tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olduğu kabul edilse de tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin azaltılmasına yönelik talepler, tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin hakem kararları üzerinde sahip olduğu denetleme yetkisinden taraflarca feragat edilebilmesine yönelik hakkın doğumuna vesile olmuştur¹⁷⁷. Fakat bu hak kimi hukuk düzenlerinde kabul edilmezken, kimi hukuk düzenlemelerinde sıkı kısıtlamalara tabi tutulmuştur. İşte bu farklılıklar devletlerin iç hukuk düzenlemelerine de yansımış ve konu hakkında birçok farklı düzenleme ortaya çıkmıştır. İlgili düzenlemelerin değerlendirilmesinden önce taraflara, iptal davası açma hakkından feragat edebilme yetkisi verilmemesine ve verilmesine ilişkin görüşlerin savlarını incelemekte fayda vardır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, sahip oldukları iptal davası açma hakkından feragat edememeleri gerektiğini savunan görüşün temel savları şu paragraflar altında toplanabilecektir:

Hakem kararları hakkında açılan iptal davalarında sadece tarafları ilgilendiren hususlar değil, üçüncü kişilerin çıkarları veya devletlerin kamu düzenine ilişkin unsurlar da mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir¹⁷⁸. Bu sebeple tahkim yeri mahkemelerinin, hakem kararları üzerindeki denetleme yetkilerinin ortadan kaldırılması, kamu düzenine ilişkin olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.

¹⁷⁷ Menalco J. Solis, “Removing Awards to the Autonomous Arbitral System by Waiving the Annulment Recourse”, *American Review of International Arbitration*, vol.29, S.2, 2018, s.121-146, s.121; Bucher, *a.g.e.*, s.41.

¹⁷⁸ Park, *Judicial Control*, s.231.

Milletlerarası ticaret hukukunda iptal davalarının, tahkim kurumuna olan güveni artırıcı bir özellik taşıdığı ileri sürülmektedir¹⁷⁹. Hakem kararlarının tahkim yeri mahkemelerince denetime tabi olması, tahkim yargılamalarında adil bir yargılamanın yürütüleceğine dair tacirlerde bir algı oluşturmaktadır. Yine tahkim yargılamalarında adil bir yargılama yapıldığına dair iptal davaları ile yapılan denetimlerin, tenfiz mahkemelerinin de hakem kararlarına güvenmesini ve hakem kararlarını daha kolay tenfiz etmelerini sağlamaktadır¹⁸⁰. Örneğin, New York Anlaşmasının hükümleri düzenlenirken hakem kararlarının tahkim yeri ülkelerinde bir denetimden geçtiklerinin öngörüldüğü söylenebilecektir. Bu sebeple tarafların tahkim yeri mahkemelerinde açılacak iptal davalarından feragat edebilmeleri, New York Anlaşması kapsamında hakem kararlarının tenfiz edilmesinde karara karşı güvensizlik ortaya çıkabilecektir¹⁸¹. Yani, tahkim yargılamasının popüler bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak varlığını sürdürebilmesi ve devletlerin tahkim yargılamalarına olan güven ve desteğinin devam edebilmesi için hakem kararlarının, iptal davaları ile tabi oldukları denetimden taraflarca feragat edilememelidir¹⁸².

Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı çözümlmek üzere mahkeme yargılamalarından feragat ederek bir tahkim anlaşması imzaladıktan sonra ikinci kez mahkemelerinin denetiminden feragat etmelerinin radikal bir tercih olduğu ileri sürülmektedir¹⁸³.

Milletlerarası tahkim yargılamasında, tahkim yargılamasının başında daha hakem kararının iptale ilişkin hangi hususlara aykırılık teşkil edebileceği belli olmadan, iptal hakkından feragat edilmesine ilişkin anlaşma, adil yargılanma

¹⁷⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s.158; Park, **Judicial Control**, s.231; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.133; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.346.

¹⁸⁰ Park, **Courts Review**, s.599.

¹⁸¹ Berger, **Autonomy**, s.4.

¹⁸² Bratic, **a.g.e.**, s.121.

¹⁸³ Leonila Guglya, "Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds- Similar Dreams)", **Party Autonomy Versus Autonomy of Arbitrators**, Editörler Alexander J. Belohlavek, Nadezda Rozehnalova, Czech Yearbook of International Law, vol.2, Juris, 2012, s.81-105, s.88.

hakkına aykırılık teşkil edebilecektir. Tahkim anlaşmasının yapıldığı anda var olan konulara ilişkin itiraz hakkından feragat kabul edilebilse bile tarafların ileride ortaya çıkması muhtemel sorunlara itiraz haklarından feragat etmeleri, adil yargılanma hakkına aykırı durumların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir¹⁸⁴.

Hakem kararlarının tahkim yeri hukuklarınca denetime tabi olmalarının, tahkim yargılamalarında hakemlerin daha rahat karar vermelerine yardımcı olduğu söylenmektedir. Tarafların iptal davası açma haklarından feragat etmelerinin, verecekleri kararın bir denetimden geçmeyeceğini öngören hakemlerin üzerindeki baskıyı arttıracak ileri sürülmektedir¹⁸⁵. Bununla birlikte tarafların iptal davasından feragat etmelerinin, hakemlerin daha az titiz çalışmalarına sebep olabileceği de savunulmaktadır¹⁸⁶. Hakem kararları hakkında iptal davası açılabilmesinin hakemlerin daha dikkatli çalışmasını sağlayacağı söylenmektedir¹⁸⁷. Yani, her iki görüş uyarınca da iptal davasından feragat edilmesi, hakemlerin tahkim yargılamasında gösterecekleri performansı kötü yönde etkileyecektir.

Taraflara iptal davası açma hakkından feragat edilmesine yönelik hak verilmesi halinde, kararda yer alan usuli ihlalin mağduru olan tarafın, kararda yer alan ihlali tespit ettirmeye yönelik dava hakkı elinden alınmış olacaktır. Karar aleyhine çıkan taraf, yetkili bir mahkeme bulabilirse, konu hakkında yeni bir dava açmak suretiyle usuli ihlale sahip karara karşı bir karar elde edebilme imkânına sahip olacaktır¹⁸⁸. Fakat bu durum, mağdur tarafın en baştan bir dava açmasına ve tahkim yargılamasına ilişkin hükümleri yeni

¹⁸⁴ Cesare Jermini/Manuel Arroyo, “Pitfalls of Waiver Agreements under Article 192 PILS in Multi-Contract Settings: Some Remarks on Swiss Federal Court Decision 134 III 260”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.1, 2009, s.103-113, s.113; Maxi Scherer, “The Fate of Parties’ Agreements on Judicial Review of Awards: A Comparative and Normative Analysis of Party-Autonomy at the Post-Award Stage”, **Arbitration International**, vol.32, 2016, s.437-457 (**Autonomy**), s.450.

¹⁸⁵ Bratic, **a.g.e.**, s.124.

¹⁸⁶ Krausz, **a.g.e.**, s.162.

¹⁸⁷ Park, **Courts Review**, s.600; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.350.

¹⁸⁸ Park, **Judicial Control**, s.231.

baştan ileri sürmesini gerektirecektir. Karar aleyhine çıkan taraf kendisi bir tenfiz davası açamayacaktır, çünkü amaç kararın tenfizi değil, kararda yer alan usuli ihlalin tespiti olacaktır. Bu sebeple, hakem kararında ortaya çıkan usuli ihlalin mağduru olan taraf, hakem kararı hakkında bir tenfiz davası açılmadığı müddetçe karara karşı itirazlarını, etkin olarak ileri süremeyecektir. Eğer usuli ihlalden faydalanan taraf birden fazla yerde temyiz davası açarsa da mağdur taraf, hakem kararında yer alan usuli problemleri her seferinde başka bir tenfiz yeri mahkemesinde ileri sürmek zorunda kalacaktır¹⁸⁹. Hakem kararı hakkında verilecek olan iptal kararı, hakem kararının başka mahkemelerde tenfiz edilmesini önleyebilecekken, bir ülkede verilen tenfiz kararı diğer tenfiz yeri mahkemelerini bağlamayacağı için mağdur olan taraf bir tenfiz mahkemesinde haklı bulursa da her tenfiz yeri mahkemesinde iddiasını tekrarlamak zorunda kalacaktır¹⁹⁰. Yani mağdur olan tarafın, iptal davası açmakta daima hukuki yararı bulunacaktır¹⁹¹.

Tahkim yeri mahkemeleri tahkim yargılaması üzerinde esas yetkili ve denetleyici mahkemelerken, tenfiz yeri mahkemeleri ikinci seviyede denetim yetkisine sahiptirler; bu sebeple iptal davaları ile tahkim yeri mahkemelerinin yetkilerinden feragat edilememesi gerekmektedir¹⁹².

Tahkim yargılamalarında taraflara iptal davası açma hakkından feragat edilmesi için hak tanınması gerektiğini savunan, bizim de desteklediğimiz görüşün temel savları ise şu paragraflar altında toplanabilecektir:

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin hakem kararları verildikten sonraki işlemler hakkında da devam

¹⁸⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s.159; Park, **Procedural Integrity**, s.653; Guglya, **a.g.e.**, s.88; Krausz, **a.g.e.**, s.153; Ataman-Fıganmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.70.

¹⁹⁰ New York Anlaşması V(1)(e) hükmü uyarınca tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararları tenfiz edilmeyebilecektir. Fakat görüş, tahkim yeri tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfizinin mümkün olabileceğini göz ardı etmektedir. New York Anlaşması V(1)(e) hükmü hakkında bilgi için bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

¹⁹¹ van den Berg, **Setting Aside**, s.4.

¹⁹² van den Berg, **Setting Aside**, s.24.

ettiğinin kabulü, tarafların iradelerine uygun bir yargılama yapılmasının doğal gerekliliğidir. Taraflar, tahkim yargılamasını ve hakem kararı verildikten sonra hakem kararının denetlenmemesini seçerken, tahkim yargılamasına has imkânlarından yararlanmak istemektedirler. Bu kapsamda taraflar, tahkim yargılamalarında iptal davaları sırasında denetlenecek hususlara ilişkin bir haktan, daha hak doğmadan feragat edebilmelilerdir. Taraflar, daha doğmamış haktan feragat ederek, bu durumun ortaya çıkartabileceği riskleri de üstlenmektedirler.

Milletlerarası ticaret hayatında tarafların iptal davası açma haklarından feragat etmesi, radikal bir tercih olarak görülemez. Tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarına başvurma amacı uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözümüdür. Hakem kararlarına karşı itiraz yolları kapatılarak, tarafların daha hızlı sonuçlara ulaşmak istemeleri gayet makuldür. Ayrıca, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tacir oldukları göz önüne alındığında, bu kişilerin tahkim yargılamasının nasıl ilerleyeceğine ve tahkim yargılamasının sonunda nasıl bir karar alınabileceğine ilişkin ön görülerinin fazla olduğu ve bu sebeple özellikle tacirlerin yaptıkları tercihlere saygı duyularak iptal davası açma hakkından feragat edebilmelerine imkân tanınması gerektiği rahatlıkla söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisi kapsamında yaptığı tercihlerin sonuçları değerlendirilirken, tercihlerin doğrudan kamu düzeni ve üçüncü kişilerin menfaatlerine aykırılık teşkil edeceği düşünülmemelidir. Tarafların irade serbestileri, ancak somut ve geri dönülemez bir olumsuzluk ortaya çıkıyor ise kısıtlanmalıdır. Bu sebeple, hakem kararlarına ilişkin açılan iptal davalarında, her ne kadar kamu düzeni ve üçüncü kişilerin menfaatlerine ilişkin unsurlar değerlendirilebilecekse de esas olarak tarafların menfaatlerine ve özellikle tarafların adil yargılanmaya ilişkin usuli menfaatlerine bakılmalıdır¹⁹³. Taraflara, sahip oldukları irade

¹⁹³ Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.482; Solis, **a.g.e.**, s.129.

serbestisi kapsamında, kendi menfaatleri hakkında iptal davalarından anlaşma ile feragat edebilme hakkı tanınmalıdır.

Tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, taraflar itiraz etmedikçe hakem kararlarının geçerli oldukları varsayımı ile düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu durum uzun yıllardır gelişmekte olan tahkim hukukunun bir sonucudur. Bu sebeple tarafların iptal davalarından feragat haklarının, kanun koyucunun hakem kararlarının geçerli olacaklarına dair öngörüsü ile uyumlu olduğu söylenebilecektir¹⁹⁴.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılaması sırasında, usuli konularda iptal davasına konu olabilecek konularda itiraz etmemeleri ve dolaylı olarak bu itiraz haklarından feragat etmeleri mümkündür. Hakem kararının verilmesinden sonra açılacak bir iptal davasında, yargılama sırasında itiraz edilmeyen hususların taraflarca ileri sürülüp sürülemeyeceği ilgili hukukça karara bağlanacaksa da tahkim yargılaması sırasında yapılan işleme itiraz etmeyerek tarafların, bu haklardan feragat ettikleri, dürüstlük ve çelişkili davranış yasağı çerçevesinde genel kabul edilen görüştür. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim yargılaması sırasında irade serbestisi kapsamında feragat edebildikleri haklar hakkında, tahkim yargılaması başlamadan önce de tercihte bulunabileceklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Yani, taraflardan biri tahkim yargılaması sırasında hakem kararının iptaline konu olabilecek haklardan feragat edebiliyorsa, taraflar karşılıklı olarak anlaşarak da bu haktan feragat edebilmelilerdir¹⁹⁵. Taraflar, ileride ortaya çıkabilecek bir ihlale ilişkin risk karşısında tahkim yargılamasının daha hızlı sonuçlanmasına ilişkin tercihte bulunabilmelilerdir.

Tarafların tahkim yargılamalarında ortaya çıkabilecek usuli ihlallere itiraz haklarını iptal davası açma hakkından feragat ederek kaybetmelerinin, adil

¹⁹⁴ Solis, **a.g.e.**, s.126.

¹⁹⁵ Scherer, **Autonomy**, s.449; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.485; Solis, **a.g.e.**, s.131.

yargılanma hakkı ile korunan usuli garantilere aykırılık teşkil edebileceği ileri sürülmektedir. İptal davalarından feragate ilişkin anlaşmaların özellikle AİHS 6. hükmüne aykırılık teşkil edebileceği savunulmaktadır. Fakat tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerinin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği genel olarak kabul edilmektedir. Öncelikle, iptal davasından feragat etmek, hakem kararının adil yargılanmaya ilişkin insan haklarına ilişkin hususlar ile denetleneceği bütün yolların tükendiği anlamına gelmemektedir. Hakem kararlarının tenfiz davalarında, usuli adaletin sağlandığına ve kararın insan haklarına aykırı unsurlar içermediğine dair denetlenmeleri mümkündür. Tenfiz davalarında yapılacak bu denetim de insan haklarına ilişkin hususlar hakkında hakem kararların denetlenmesi için yeterli görülmektedir¹⁹⁶. Yine, kimi hukuklar iptal davası açma hakkından feragat edilmesi halinde aynı karar için New York hükümleri kapsamında dava açılmasına imkân tanımaktadırlar. Hakem kararlarının insan haklarına ilişkin hususlar dahilinde değerlendirilmeleri bu davalar ile de sağlanmaktadır¹⁹⁷. Ayrıca, tarafların iptal davası açma haklarından feragat etmeleri, tahkim yargılamalarında hakemlerin, AİHS hükümleri uyarınca adil yargılanma haklarını dikkate almadan karar verecekleri veya verebilecekleri anlamına gelmemektedir¹⁹⁸. Tahkim yargılamasına uygulanacak hukuklar, hakemlerin insan haklarına uygun, adil standartlara sahip bir yargılama yürütmelerini sağlayacaktır. AİHM de tahkim yargılamalarında tarafların iptal davası açma hakkında feragat etmelerinin, adil yargılanma hakkına doğrudan aykırılık teşkil etmediğine dair kararlar vermektedir¹⁹⁹. Feragat

¹⁹⁶ Petrochilos, **a.g.e.**, s.125; Scherer, **Autonomy**, s.451; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.483. *Jakob Boss Söhne K.G. v. Federal Republic of Germany* kararında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, tarafların tahkim anlaşması ile ilgili haklarını mahkemede aramaktan vazgeçerken devletlerin tahkim yargılamalarında adil bir yargılamanın yürütüldüğüne ilişkin denetleme yükümlülüğünün ortadan kalkmadığını, karar hakkında açılacak bir tenfiz davasında temel haklara ilişkin adil bir yargılamanın yapıldığına dair devletlerce kontrol yapılması gerektiğini vurgulamıştır. *Jakob Boss Söhne K.G. v. Federal Republic of Germany*, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**, No. 18479/91, 2 Aralık 1991, (Çevrimiçi, 2020), <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-1249&file name=001-1249.pdf>.

¹⁹⁷ Briner/Fabian, **a.g.e.**, s.100.

¹⁹⁸ Krausz, **a.g.e.**, s.158.

¹⁹⁹ AİHM, iptal davası açma hakkından feragatin taraflarca özgürce kararlaştırıldığı müddetçe AİHS hükümlerine aykırılık teşkil etmediğine dair karar vermektedir. *Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A., V. Portugal*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No. 35943/02, 16 Aralık 2003,

anlaşmalarının AİHS 6. maddesi ile olan ilişkisini değerlendiren ilk AİHM kararı, *Tabbane v Switzerland* kararıdır. Karara konu uyuşmazlıkta taraflar, tahkim yerini belirlemedikleri bir tahkim anlaşmasına hakem kararına karşı itiraz etmeyecekleri konusunda bir hüküm koymuşlardır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık sonucu, hakem kurulunun tahkim yerinin İsviçre olmasına karar verdiği bir tahkim yargılaması gerçekleşmiş ve karar Tabbane'nin aleyhine çıkmıştır. Tabbane, hakem kararının iptal edilmesi için İsviçre mahkemelerine başvurmuş ve fakat taraflar arasındaki feragat sözleşmesinden ötürü davası reddedilmiştir. Bunun üzerine Tabbane, tahkim anlaşmasında yer alan hüküm uyarınca iptal davası açamamasının, AİHS 6 hükümlerine aykırılık teşkil ettiği sebebi ile AİHM'de dava açmıştır. Mahkeme, öncelikle anlaşmanın Tabbane'nin özgür iradesi ile imzalandığını vurgulamıştır²⁰⁰. Kararda mahkeme, tarafların feragat anlaşması yapabilmelerine ilişkin İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelerin tarafların mahkemeye ulaşma haklarını kısıtlarken bu düzenlemelerin makul bir gerekçesinin olmasını aramıştır. İlgili düzenlemenin, hakem kararlarının hem iptal hem de tenfiz davası ile denetlenmesinin önüne geçerek İsviçre'yi bir tahkim merkezi haline getirmek amacı taşıdığı ve mahkemelerin iş yükünü azaltacağı sebebiyle makul olduğuna karar vermiştir. Ayrıca getirilen düzenlemenin bir zorunluluk getirmediği, taraflara irade serbestisi kapsamında bir hak tanındığı vurgulanmıştır. Yine, Tabbane'nin tahkim yargılaması sırasında itirazlarını ileri sürme hakkı olduğu vurgulanmıştır. Sonuç olarak mahkeme, devletlerin iptal davalarından feragat edilmesine yönelik düzenlemeler getirebilecekleri ve bu düzenlemelerin AİHS 6. madde kapsamında adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır²⁰¹.

(Çevrimiçi, 2020), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%2235943/02%22\],%22itemid%22:\[%22001-24074%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2235943/02%22],%22itemid%22:[%22001-24074%22]}).

²⁰⁰ Her ne kadar AİHM kararında değerlendirilmemiş olsa da tahkim anlaşmasında tahkim yerinin belirlenmemiş olmasının feragat anlaşmasının geçerliliği hakkında yaratacağı farklılığın, taraflarca zaten öngörülmesi gerekmektedir. Knigge/Ribbers, **a.g.e.**, s.786.

²⁰¹ *Tabbane v Switzerland*, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, No: 41069/12, 24 Mart 2016, (Çevrimiçi 2020), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22002-11120%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-11120%22]}).

Taraflar iptal davasından feragat ettiklerinde, hakem kararının usuli ihlaller hakkında tenfiz davalarında değerlendirilme ihtimalleri devam etmektedir. Hatta doktrinde, taraflar iptal davalarından feragat etseler bile hakem kararlarının, karar hakkında açılacak tenfiz davalarında tarafların tercihleri aksine tahkim yeri ile değerlendirilebileceği söylenmektedir. New York Anlaşmanın V(1)(d) hükmü uyarınca, hakem kurulunun oluşturulması ve tahkim yargılamasının yürütülmesinin tarafların tercihlerine, eğer taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkim yerine uygun olması gerekmektedir. Bu sebeple, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş hakem kararı hakkında açılacak tenfiz davasında tahkim yargılamasının usulüne ilişkin bir itiraz yapıldığında, eğer itiraza konu hakkında taraflar arasında bir anlaşma yoksa mahkeme, tahkim yerinin kuralları ile değerlendirme yapılacaktır. Her ne kadar bu durumda tarafların tahkim yeri emredici hükümlerinden feragat ettikleri dikkate alınarak itiraz hakkında değerlendirme yapılması gerekli olsa da mahkemelerin tenfiz davası kapsamında tarafların tercihleri aksine tahkim yeri hukukunu dikkate alma ihtimalleri devam etmektedir²⁰².

Taraflar iptal davası açma hakkından feragat ettiklerinde, hakem kararlarının tamamen tahkim yeri mahkemelerinin kontrolü dışına çıktıkları da söylenemeyecektir. Kimi devletler, iptal davasından feragat edilmesi halinde ilgili hakem kararını kendi mahkemelerinde New York Anlaşması kapsamında tenfiz davalarına tabi tutarak değerlendirme yapmaktadırlar²⁰³.

²⁰² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.991.

²⁰³ Hakem kararları hakkında iptal davası açma hakkından feragat edilmesine izin veren kimi devletler, iptal davası açılmaması yönünde anlaşılan tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararlarını, yabancı hakem kararı olarak görmektedirler. Bu sebeple ilgili kararlar hakkında, bir tenfiz davası açılabilen ve bu tenfiz davasında New York hükümlerine göre değerlendirilme yapılabilmektedir. Guglya, **a.g.e.**, s.90. Örneğin, Peru ve Tunus hukuklarında iptal davalarından feragat edilmesi halinde kararlar, yabancı hakem kararı olarak kabul edilmekte ve New York Anlaşması uyarınca tenfiz edilmektedirler. Solis, **a.g.e.**, s.133. İsviçre hukukunda (PIL 192(2)) ve Fransız hukukunda (Fransız Usul Kanunu 1522(2)) ise, taraflar iptal davası açma haklarından feragat etseler de eğer aynı karar hakkında tenfiz davası açılırsa, ilgili düzenlemeler (New York Anlaşması veya ilgili iç hukuk) kapsamında, hakem kararının değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Scherer, **Autonomy**, s.442; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.444; Guglya, **a.g.e.**, s.91; Jennifer Kirby, "Finality and Arbitral Rules: Saying an Award Is Final Does Not Necessarily Make It So", **Journal of International Arbitration**, vol.29, no.1, 2012, s.119-128, s.127; Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.491; Karrer, **Switzerland**, s.876.

Milletlerarası alanda iptal davası süzgecinden geçirilmemiş hakem kararlarına güven olmayacağının, devletlerin tahkim yargılamalarına karşı olan desteğinin azalacağının ve New York Anlaşması uyarınca kararların tenfizinin zorlaşacağının söylenmesi de çok yerinde bir yorum değildir. Şöyle ki; tahkim yargılamalarında adil bir yargılamanın gerçekleşmesini sağlayan tek unsur iptal davaları değildir. İptal davalarına gelene kadar uygulanacak kurallar, tahkim kurumları gibi tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin birçok farklı husus, tahkim yargılamalarını denetlemektedir. Hakemler, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk uyarınca ve hatta milletlerarası alanda kabul edilmiş hususlar, örneğin *lex proceduralia*, ile tahkim yargılamalarını yürütmektedirler. Bu sebeple iptal davalarının olmamasının tahkim yargılamasına olan güveni azaltacağını söylemek, günümüzde var olan milletlerarası ticari tahkim hukukuna haksızlık olacaktır. Hakem kararları tahkim yeri tarafından denetlenmeseler veya denetlenip iptal edilseler bile bu kararlar, New York Anlaşması kapsamında kararların tenfizini de zorlaşmayacaktır çünkü, günümüzde, tenfiz davalarında yapılan değerlendirmenin tahkim yerinden ve tahkim yerince verilen karardan bağımsız olması gerektiği kabul edilmektedir.

Taraflarca, iptal davası açma hakkından feragat edildiği için, hakem kararında yer alan bir ihlale karşı dava açma hakkının kalmayacağı veya usuli ihlal içeren karar hakkında iptal kararı verilmediği için ilgili ihlalin, tenfiz davası açılan her mahkemede ileri sürülmesi gerekeceği savı da tam olarak doğru değildir²⁰⁴. Öncelikle, hakem kararında usuli bir ihlale maruz kalan taraf, kararı re'sen icra etmeyeceği için karar hakkında büyük ihtimal bir tenfiz davası açılacaktır. Taraf, bu tenfiz davasında usuli ihlali ileri sürebilecektir. Birden fazla tenfiz yeri mahkemesinde dava açılması ihtimali de her usuli ihlal karşısında mağdur olan tarafın birden fazla ülkede malvarlığının olduğu ihtimalinin düşük olması sebebiyle, çok olası değildir. Ayrıca, iptal edilmiş

²⁰⁴ Jan Paulsson, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *Asia Pacific Law Review*, vol.6, S.2, 1998, s.1-28 (**Local Standard**), s.14; Scherer, *Autonomy*, s.451.

hakem kararlarının tenfiz edilemeyeceğinin, bu sayede iptal davasında ileri sürülen itirazların her bir tenfiz davasında ileri sürülmesine gerek kalmayacağını söylenmesi de tam anlamıyla doğru değildir. Günümüzde New York Anlaşması kapsamında tahkim yeri hukukunca iptal edilen hakem kararlarının tenfizinin doğrudan reddedilmeyeceğine dair görüş genel olarak kabul edilmektedir²⁰⁵. Bu sebeple hakem kararları hakkında iptal kararı verilmesinin her durumda usuli ihlalden mağdur olan tarafı, tenfiz davalarında ilgili itirazı ileri sürmekten koruyacağı iddia edilemeyecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, iptal davalarını kötü niyetli olarak kullanma ihtimalleri de bulunmaktadır. Hakem kararı hakkında bir tenfiz davası açıldığında, tenfiz davasının açılmasından sonra tahkim yerinde bir iptal davasının da açılması ve iki dava sonunda birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkması muhtemeldir²⁰⁶. Örneğin, hakem kararı hakkında açılan tenfiz davasında, geçerli bir tahkim anlaşması olmaması sebebiyle tenfiz reddedilirken, sonrasında açılan iptal davasında geçerli bir hakem kararının olduğuna karar verilebilecektir²⁰⁷.

Kimi hukuklarda, hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarında verilecek kararın temyiz edilebileceği düzenlenmiştir²⁰⁸. Bu durumun tahkim yargılamasının süresini uzattığı ve tahkim yargılamalarından istenilen faydayı ortadan kaldırdığı haklı olarak ileri sürülmektedir²⁰⁹. Her ne kadar bu temyiz

²⁰⁵ Tahkim yeri hukuku tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfizi hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

²⁰⁶ New York Anlaşması kapsamında hakem kararları hakkında tenfiz davası açılabilmesi için kararın bağlayıcı olması yeterlidir. Bu sebeple karar hakkında iptal davası açılmadan tenfiz davası açılabilen veya tenfiz davası açıldıktan sonra bir de iptal davası açılabilir. Akıncı, **Tenfiz**, s.149; Açılmış iptal davası ancak Anlaşmanın VI maddesi uyarınca bekletici mesele olabilecektir. İlgili madde uyarınca: “*V maddenin I (e) bendinde derpiş edilen selahiyeti makamdan hakem kararının iptali veya icrasının tatiki talep edilmiş olması halinde, huzurunda hakem kararı dermayan edilen otorite, muvafık görürse, bunun icrası hükmünün verilmesini ileriye bırakabilir ve keza, kararın icrasını isteyen tarafın talebi üzerine, karşı tarafı münasip teminat itası ile mükellef kılabilir*”.

²⁰⁷ van den Berg, **Setting Aside**, s.8.

²⁰⁸ Örneğin MTK 15. maddesi uyarınca “(i)ptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu* hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır”.

²⁰⁹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.128.

davalarında sınırlı bir inceleme yapılabilecek olsa da davanın, uyuşmazlığın uzamasına sebep olacağı açıktır. Bu sebeple taraflara, uyuşmazlıklarının çabuk sonuçlanabilmesi için iptal davası açma hakkında feragat edebilme hakkı tanınmalıdır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilmeleri ilgili devletin tahkim yeri hukuku olarak tercih edilmesine sebep olabilecek ve mahkemelerin iş yüklerinin azalmasını da sağlayabilecektir. Hakem kararları hakkında iptal davası açılmasından feragat edilebilmesi, kararlar hakkında iptal davası açılarak kararın icrasının geciktirilmesinin önüne geçecek ve bu hızlı yargılama da devletlerin tahkim yeri olarak tercih edilmesini sağlayabilecektir. Milletlerarası tahkim yargılamaları sonunda verilen yabancılık unsuruna sahip hakem kararları hakkında iptal davası açılmasından feragat edilmesine izin verilmesi, bu kararlar hakkında mahkemelerin iş yükünü de hafifletecektir²¹⁰.

Doktrinde yer alan tartışmalar, devletlerin iç hukuk düzenlemelerine de yansımış, uygulamada farklı milli düzenlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Kimi görüşler, taraflara iptal davasından feragat etme hakkı veren düzenlemelerin, milletlerarası tahkim yargılamalarında taraflara tanınabilecek usuli irade serbestisinin en üst noktası olduğunu düşünürken, kimi görüşler, taraflara tanınan bu serbestinin uygulamada sorun çıkartabileceği kanısındadır. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflara, iptal davası açma hakkından feragat edebilme hakkını hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan veren düzenlemeler olduğu gibi, hakkı vermeyen veya kimi şartlar dahilinde veren düzenlemeler de bulunmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan iptal davası açma hakkından feragat etmelerine izin veren düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Fransız hukukunda, 2011 tarihli Fransız Usul Kanunu 1522 hükmü uyarınca taraflar, tahkim yargılamasının herhangi bir anında, hiçbir

²¹⁰ Kalpsüz, **Tahkim**, s.150; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.349.

kısıtlamaya tabi olmadan, hakem kararının iptaline ilişkin dava açabilme haklarından feragat edebileceklerdir²¹¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerine kimi devletlerce izin verilmemiştir. Arjantin, Birleşik Arap Emirlikleri, Brezilya, Çin, Hırvatistan, Hindistan, Hint, Hong Kong, İngiliz²¹², İtalyan, Kıbrıs, Lübnan, Mısır, Panama, Portekiz, Romanya, Sırbistan, Suudi Arabistan, Umman, Ürdün ve Yunan hukuklarında tarafların iptal davası açma haklarından feragat edebilmeleri kabul edilmemiştir²¹³. ABD hukukunda da tarafların iptal davasına ilişkin hususlardan feragat edemeyeceklerine dair görüş ve kararlar bulunmaktadır²¹⁴.

Tarafların iptal davası açma haklarından feragat etmelerine tamamen izin veren ve tamamen yasaklayan yaklaşımının karşısında, taraflara feragat konusunda izin veren ve fakat bu izni çeşitli şartlara bağlayan hukuklar da bulunmaktadır. Peru, Rusya, İsveç, İsviçre, Belçika, Panama ve Tunus hukuklarında taraflara, iptal davası açmaktan feragat edebilme hakkı kimi şartlara tabi tutularak tanınmıştır²¹⁵.

²¹¹ Kirby, **a.g.e.**, s.127; Scherer, **Autonomy**, s.440; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.445; Bratic, **a.g.e.**, s.112; Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.72; Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.491.

²¹² İngiliz hukukunda “*exclusion agreements*” ile tarafların iptal davası haklarından feragat ettiklerine dair sözleşme yapabilecekleri kabul edilmekteydi. Park, **Procedural Integrity**, s.693. Fakat günümüzde, 1996 tarihli İngiltere Tahkim Kanununda tarafların iptal davası açma hakkından feragat edemeyecekleri emredici olarak düzenlendiği için taraflar iptal davası açma haklarından feragat edememektedirler. Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.448; Kirby, **a.g.e.**, s.126 dn.36.

²¹³ Scherer, **Autonomy**, s.442; Bratic, **a.g.e.**, s.110; Guglya, **a.g.e.**, s.88; Yeoh/Ang, **a.g.e.**, s.352. Doktrinde, her ne kadar tahkim yeri hukukunca iptal davasından feragat anlaşmaları geçerli kabul edilmese de feragat anlaşmasına rağmen alınan iptal kararlarının tenfiz davalarında New York Anlaşması V(1)(e) uyarınca dikkate alınmama ihtimali olduğu için, tarafların tahkim yeri hukukuna rağmen feragat anlaşmaları yapmaktan çekinmemeleri gerektiği söylenmektedir. Mayer, **Exclusion Agreements**, s.194. New York Anlaşması V(1)(e) hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

²¹⁴ Hans Smit, “Contractual Modifications of the Arbitral Process”, **Penn State Law Review**, vol.113, 2008–2009, s.997-1011 (**Contractual Modifications**), s.1000; Bratic, **a.g.e.**, s.109; Katherine A. Helm, “The Expanding Scope of Judicial Review of Arbitration Awards: Where Does the Buck Stop?”, **Dispute Resolution Journal**, vol.61, S.4, 2006-2007, s.16-26, s.23; Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.937; Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.479; Fakat iptal davasından feragat sözleşmelerinin geçerli sayılmaları gerektiği çünkü, FAA kapsamında düzenlenen iptal sebeplerinin emredici olmadıkları ve feragat sözleşmelerinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği de savunulmaktadır. Solis, **a.g.e.**, s.136.

²¹⁵ Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.300; Scherer, **Autonomy**, s.439; Hanotiau, **a.g.e.**, s.93; Park, **Procedural Integrity**, s.652; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.444; Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.157; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.347; Doktrinde genel kabul edilen ve uygulamada var olan, hakem kararlarına karşı iptal

İptal davaları ile tahkim yeri devletleri, esas olarak ülkelerinde gerçekleşen tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin usuli unsurları ve dolaylı olarak üçüncü kişileri ve kamu düzenini korumak amaçlı denetleme yapmaktadırlar. Tahkim yargılamasının, tahkim yeri hukuku ile olan bağlantısı azaldıkça, devletler de tahkim yargılaması üzerindeki denetlemelerini hafifletmektedirler. Bu durum en belirgin olarak, devletlerin iptal davası açma hakkından feragat edebilmesine ilişkin getirdikleri düzenlemelerde yer alan şartlarda görülmektedir. Tarafların tahkim yeri ile olan bağları azaldıkça veya taraflar tahkim yerinde yabancı olarak kabul edildikçe, devletler, taraflara iptal davalarından feragat etme hakkı tanımaktadırlar²¹⁶. Yani, tarafların tahkim yeri ile bir bağları var ise (tarafların ikametgahları, mutad meskenleri, iş yerleri tahkim yeri ülkesinde vs.) tahkim yeri devletinin, kamu düzeni ve üçüncü kişiler üzerindeki koruma görevinden vazgeçmesinin mümkün olmayacağı bu sebeple de tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmelerinin mümkün olmayacağı; fakat tarafların tahkim yeri ile olan bağları yok veya az ise tahkim yeri devletinin, denetleme yetkisinden vazgeçerek tarafların iptal davası açma hakkında feragat etmelerinin mümkün olacağı söylenebilecektir²¹⁷. İptal davası açılmasını kimi şartlara bağlayan devletler de bu yönde düzenlemeler yapmışlardır. İsviçre hukukunda DÖHK 192. maddesine göre; tarafların mutad meskenlerinin, ikametgahlarının veya işyerlerinin tahkim yerinde olması halinde, tarafların iptal davası açma hakkından feragat ettiklerine dair anlaşmaları geçerli kabul edilmemektedir²¹⁸. Belçika, İsveç, Kolombiya, Moritanya, Peru, Tunus hukuklarında da benzer düzenlemeler getirilmiştir²¹⁹.

davası açma hakkından kimi şartlara tabi olarak feragat edebilme yönteminin, İsviçre hukukundan geldiği kabul edilmektedir. Guglya, **a.g.e.**, s.84; van den Berg, **Setting Aside**, s.14; Krausz, **a.g.e.**, s.137.

²¹⁶ Scherer, **Autonomy**, s.440; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.445; Mayer, **Exclusion Agreements**, s.197; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.348.

²¹⁷ Scherer, **Autonomy**, s.452; Bratic, **a.g.e.**, s.114; Tahkim yeri ile bağı olmayan kişilerin feragat sözleşmesi yapabilmelerine ilişkin düzenlemeler, devletlerin AİHS 6. hükmü kapsamında sorumluluklarının da ortaya çıkmasını engellemektedir. Knigge/Ribbers, **a.g.e.**, s.790.

²¹⁸ Scherer, **Autonomy**, s.440; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.445; Petrochilos, **a.g.e.**, s.87; Günümüzde İsviçre hukukunda düzenlenen şartların genişletilmesi (örneğin İsviçre’de ikamet eden kişilerin de iptal davası açma hakkından feragat edebilmeleri) teklif edilmektedir. Bratic, **a.g.e.**, s.111; Krausz, **a.g.e.**, s.155.

²¹⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.87; Bratic, **a.g.e.**, s.112; Verbist/van Houtte, **a.g.e.**, s.157.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davası açma haklarından feragat edebilmeleri için, tahkim yeri ile olan bağlarını değerlendiren düzenlemelerle birlikte, tarafların feragat edebilecekleri konular hakkında sınırlama getiren düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca taraflar sadece kendi menfaatlerine ilişkin unsurlardan feragat edebilirken, kamusal değerlendirme yapılması gereken unsurlardan feragat edememektedirler. Yani, tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin ihlallere karşı iptal davası açmayacaklarına dair anlaşmaları geçerli kabul edilirken, tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık gibi mahkemelerce re'sen değerlendirilecek hususlara ilişkin iptal davası açmayacaklarına dair anlaşmaları geçerli kabul edilmemektedir. Örneğin Alman hukukunda, iptal davalarında taraflarca ileri sürülmesi gerekli hususlar hakkında tarafların irade serbestisine sahip oldukları ve bu sebeple, anlaşma ile bu unsurların değerlendirilmesinden, hakem kararının verilmesinden sonra ve tarafların konu hakkında bilgisi var ise, feragat edebilecekleri ve fakat mahkemenin re'sen dikkate alması gereken hususlardan (tahkime elverişlilik, kamu düzeni vs.) tarafların feragat edemeyecekleri kabul edilmektedir²²⁰. Yine İsveç hukukunda tarafların iptal davalarında kamu düzeni değerlendirmesinden feragat edemeyecekleri kabul edilmektedir²²¹.

Milletlerarası ticari tahkim alanında, tarafların iptal davası açabilme haklarından feragat edilebilmeleri için farklı şartlar getiren düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin 2016 yılında getirdiği yeni bir düzenleme ile Rus hukuku uyarınca, tarafların iptal davalarından feragat edebilmeleri için tahkim yeri ile olan bağları değerlendirilmemekte; tahkim yargılaması bir tahkim kurumu tarafından yürütülmüş ise taraflar iptal davası açma haklarından vazgeçebilmekte ve fakat tahkim yargılaması *ad hoc* yürütülmüş ise taraflar iptal davası açmaktan feragat edememektedirler²²².

²²⁰ Scherer, **Autonomy**, s.444; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.450-485; Hanefeld/Schmidt-Ahrendts, **a.g.e.**, s.553.

²²¹ Solis, **a.g.e.**, s.133.

²²² Bratic, **a.g.e.**, s.112.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların hakem kararlarının iptali hakkında dava açmaktan feragat edebilmeleri için açık, şüpheyeye yer bırakmayan irade beyanlarını ortaya koymaları gerekmektedir²²³. Bu irade beyanı tahkim anlaşması ile birlikte veya tahkim anlaşmasından hariç başka bir anlaşma ile de ortaya koyulabilecektir. Anlaşma içinde yer alan, kararın kesin olacağına dair ifadelerin veya tarafların tenfize itiraz etmeyeceklerine dair ifadelerin, tarafların iptal davası haklarından feragat ettikleri anlamına gelmeyeceği; tarafların sözleşmelerine açıkça hakem kararı hakkında iptal davası açmayacaklarına dair hüküm koymaları gerektiği kabul edilmektedir²²⁴. Tarafların tahkim yargılamalarını yürütmek üzere bir tahkim kurumunu yetkilendirmiş olmaları, zımni olarak hakem kararı hakkında iptal davası açma hakkından feragat ettikleri anlamına gelmemektedir²²⁵. Fakat tercih edilen tahkim kurumunun kuralları uyarınca taraflar, iptal davası açma hakkından feragat ediyorlarsa ve durum kurallarda açıkça düzenleniyorsa, tarafların iptal davası açma haklarından feragat ettikleri kabul edebilecektir²²⁶. Tarafların tahkim yargılaması sırasında, iptal davasına konu olabilecek bir husus hakkında itirazda bulunmamaları bu husus hakkında iptal davası açılmayacağına ilişkin bir anlaşma yapıldığı anlamına gelmemektedir²²⁷. Yine, tahkim yargılamasından sonra iptal davası açmak için belirlenen süre içinde dava açılmaması, tarafların iptal davası açılmaması konusunda anlaştıkları anlamına gelmemektedir²²⁸.

²²³ Kalpsüz, **Tahkim**, s.152; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.349; Guglya, **a.g.e.**, s.94; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.446; Bratic, **a.g.e.**, s.114; Solis, **a.g.e.**, s.123.

²²⁴ Bratic, **a.g.e.**, s.115; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.446; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.349.

²²⁵ Scherer, **Autonomy**, s.441.

²²⁶ Scherer, **Autonomy**, s.441; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.447; Örneğin, 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 35(6) hükmü uyarınca “*her karar taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar uyuşmazlığın Kurallar’a göre tahkime götürmekle, kararı derhal icra etmeyi kabul eder ve geçerli olarak yapabileceği ölçüde, karar aleyhine kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılır*” denmektedir. Her ne kadar bu hüküm sebebiyle tarafların iptal davası açma haklarından feragat edip etmedikleri tartışmalı olsa da genel kabul edilen görüş, hükümde açıkça tarafların iptal davalarından feragat ettikleri düzenlenmediği için tarafların iptal davası açabileceği yönündedir. Christian Borris/Rudolf Hennecke, “Article V General”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.255-279 (**Article V**), s.274; Bratic, **a.g.e.**, s.126; Krausz, **a.g.e.**, s.141; Mayer, **Exclusion Agreements**, s.200. Yine, farklı tahkim kurallarında yer alan, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olduklarına dair ifadeler de iptal davalarından feragat edildiğine dair açık düzenleme getirmediklerinden, tarafların iptal davası açabilmelerini engellemeyeceklerdir. Kirby, **a.g.e.**, s.126.

²²⁷ Scherer, **Autonomy**, s.444; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.450.

²²⁸ Guglya, **a.g.e.**, s.91.

Türk hukukunda da belirli şartlar altında tarafların iptal davalarından feragat edebilecekleri kabul edilmiştir. MTK 15(A)(5)(b) hükmü uyarınca, tarafların tahkim yargılamasının başında veya iptal davası açma hakkı doğduktan sonra, açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiştir. Fakat hüküm uyarınca tarafların iptal davalarından feragat edebilmeleri için yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında bulunması gerekmektedir²²⁹. Hüküm uyarınca tarafların tek taraflı olarak iptal hakkından feragat etme hakkının olmadığı, konu hakkında taraflarca anlaşma yapılması gerektiği ve bu sebeple de iki tarafın da yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında olması gerektiği söylenebilecektir²³⁰. Tarafların tahkim yargılamasında feragatlerine ilişkin anlaşmalarının yazılı ve açık olması gerekmektedir²³¹.

MTK uyarınca tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri konulara ilişkin de bir sınırlama getirildiğinden bahsedilebilecektir. MTK 15(B) hükmü uyarınca tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair mahkemeden bir belge alınması gerekmektedir. Bu belgenin verilmesi sırasında hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı mahkemece re'sen dikkate alınacaktır. Bu sebeple, Türk hukukunda iptal davası açma hakkından yapılacak feragatlerin, Alman hukukunda olduğu gibi,

²²⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.350; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.347; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.351; Aygün, **a.g.e.**, s.685; Kanunun sadece yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflara iptal davası açma hakkında feragat edebilme hakkı tanımmasının, kanunların genelliği prensibi ve kanun önünde eşitlik esaslarına aykırılık teşkil ettiği savunulmaktadır. Ekşi, **Değerlendirme**, s.335; Y. 15. HD, E. 2010/7197, K. 2011/2857, T. 11.05.2011 kararı uyarınca da: “alt yüklenici genel sözleşmesinin 12. maddesinin e bendinde “taraflar kanun 15/a hükmü kapsamında iptal davası açma haklarından tamamen koşulsuz ve gayrikabili rücu şekilde feragat ederler” hükmüne yer verilmiş ise de. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinin A fıkrasının 5.bendi uyarınca, tarafların tahkim anlaşmasına koyacakları bir beyanla iptal davası açma haklarından feragat edebilmeleri için “her iki tarafın yerleşim yerleri veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında” bulunması şart olup, sözleşme ve dosya kapsamından tarafların yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu anlaşıldığından, sözleşmede kararlaştırılan iptal davası açma hakkından feragat ilişkisi düzenlemenin bağlayıcılığının bulunmamasına, mahkemece bu konunun da red gerekçesi yapılması doğru değilse de, bu yanlışlığın sonuca etkili olmamasına göre davacıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir”. (Çevrimiçi 2020) www.legalbank.net.

²³⁰ Kalpsüz, **Tahkim**, s.152; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.346.

²³¹ Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.353.

konu bazlı bir kısıtlamaya tabi tutulduğu söylenebilecektir. Taraflar, taraflarca ileri sürülmesi gerekli hususlar hakkında feragatte bulunabilecekken, kamu düzenine ilişkin hususlar hakkında feragatte bulunamayacaklardır çünkü kararın icra edilmesine ilişkin belge alınması sırasında mahkeme bu unsurları re'sen değerlendirecektir. Yani, tarafların iptal davalarından feragat edebilmelerinin sınırının, konunun tahkime elverişli olması ve kararın kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi olduğu söylenebilecektir²³². Doktrinde bu durumun yeterli bir kontrol olmadığı ve iptal davası açma hakkından feragat edilmesi ve kararın Türkiye’de icra edilmek istenmesi halinde daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına imkân tanınması gerektiği savunulmaktadır²³³. Fakat bu durumun, taraflara iptal davası açma hakkından feragat edebilmelerine yönelik sağlanan ve MTK 15(B) hükmü ile kısıtlanan irade serbestisinin, aşırı kısıtlanması anlamına geleceğini düşünmekteyiz. Ayrıca, MTK 15(B) hükmü uyarınca getirilen kısıtlamanın sadece hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi için gerekli olduğu unutulmamalıdır. İptal davası açma hakkında feragat edilen kararlar, New York Anlaşması V(1)(e) kapsamında kararın verilmesi ile bağlayıcı olacaklarından, tenfiz edilebilmeleri için icraya ilişkin Türk mahkemelerinden bir belge alınmasına gerek yoktur²³⁴. Bu sebeple de iptal davası açma hakkından feragat edilmiş hakem kararların Türk hukuku uyarınca tahkime elverişli olmaları veya kamu düzenine uygun olmalarının, Türkiye’de icra edilebilmeleri için gerekli ve fakat kararın yabancı bir ülke mahkemesinde tenfiz edilmesi için gerekli olmadığı söylenebilecektir.

Türk hukukunda MTK kapsamında iptal davası açma hakkından feragat edilen hakem kararları hakkında New York Anlaşması kapsamında değerlendirme yapılıp yapılmayacağına ilişkin bir kesinlik yoktur. Fakat Türk hukuku açısından, iptal davası açılmasından feragat edilen kararların, yabancı hakem kararı olarak görülerek New York Anlaşması kapsamında tenfiz davasına konu olacaklarının söylenmesi mümkün görünmemektedir. Öncelikle Türk hukuku uyarınca MTK hükümlerinin uygulandığı hakem kararlarının yabancı hakem kararı olmadıkları

²³² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.347; Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.354.

²³³ Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.365.

²³⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.347. New York Anlaşması V(1)(e) hükmü kapsamında kararların hangi şartlarda bağlayıcı olacaklarına dair bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

kabul edilmiştir. Konu hakkında bir MTK hükmünün uygulanmamış olmasının kararı yabancı karar yapabileceğine dair herhangi bir düzenleme, görüş veya karar bulunmamaktadır. Ayrıca, iptal davası açma hakkından feragat edilen hakem kararlarının New York Anlaşmasına tabi bir denetlemeye tutulmasındaki amaç, hakem kararlarının tahkim yeri kurallarına tabi olmadan, adil yargılanmaya ilişkin hükümler ile değerlendirilmesine imkân tanınmasıdır. Oysaki; MTK 15(B) hükmü uyarınca tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde kararın Türkiye’de icrası için bir icra edilebilir belgesi alınmak istediğinde, karara konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğu ve kararın kamu düzenine aykırı olmadığı mahkemece re’sen değerlendirilir²³⁵. İptal davası açılmasından feragat edilmiş hakem kararları üzerinde yapılacak bu değerlendirme, kararların yabancı bir hakem kararı olarak görülerek New York Anlaşmasına tabi tutulmasına ilişkin ihtiyacı fazlasıyla karşılamaktadır.

(3) Tarafların İptal Davasında Değerlendirilecek Kriterlere İlişkin Tercihleri

Hakem kararının verilmesinden sonra tahkim yeri mahkemesinde açılabilir olan iptal davasının, tarafların tercihleri doğrultusunda şekillendirilip şekillendirilemeyeceği konusu da kesin bir görüş birliğinin olmadığı konulardandır. Tarafların konu hakkında tercih haklarının olmadığını ileri süren düzenlemeler olduğu gibi taraflarca kimi unsurların değiştirilebileceğini kabul eden düzenlemeler de bulunmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davalarında yapılacak değerlendirmeye ilişkin tercihleri iki başlık altında incelenebilecektir. Öncelikle birçok hukukta kabul edilen ve düzenlemelere konu olan, tarafların irade serbestisi ile iptal davasına tabi konuları azaltmaları değerlendirilip ardından doktrin ve uygulama da daha çok tartışmaya sebep olan tarafların iptal davalarına ilişkin konuları arttırmaları incelenecektir.

²³⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.347.

Tarafların hakem kararı verildikten sonra açabilecekleri iptal davalarında, ilgili düzenlemede bulunan kriterleri azaltma haklarına ilişkin, yukarıda yer verdiğimiz tarafların iptal davasından feragat etme haklarının olup olmadığına dair tartışmanın bir benzeri devam etmektedir. Bir görüş, iptal davasında incelenen hususların kamu düzeni ile alakalı olduğunu, ilgili hususların adil bir yargılamanın temel kriterleri olduğunu, iptal davalarında yapılacak olan incelemenin tahkim yargılamalarına güven duyulmasını sağladığını ve tarafların ilgili kriterleri azaltmalarının tenfiz davalarında sorunlar çıkmasına sebep olacağını savunarak tarafların iptal davasına ilişkin hükümleri azaltmalarına izin verilmemesi gerektiğini savunurken; diğer bir görüş tarafların iradesine saygı duyulması gerektiğini, tarafların kimi unsurların iptal davasında değerlendirilmemesini isteyerek kendi menfaatleri doğrultusunda risk aldıklarını ileri sürmektedir²³⁶.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında iptal davalarında değerlendirilebilecek hususların kısıtlanmasına izin vermeyen düzenlemeler olduğu gibi izin veren veya konu hakkında kimi şartlar getiren hukuklar da bulunmaktadır.

Milletlerarası alanda kimi düzenlemeler, tarafların, iptal davası sırasında değerlendirecekleri hususları kısıtlamalarına imkân vermemektedir. Örneğin, Fransız hukukunda, taraflar, iptal davası açma haklarından tamamen vazgeçebilirlerken, iptal davasına ilişkin koşullarda değişiklik yapma hakkına sahip değillerdir²³⁷. ABD hukukunda da tarafların iptal davasında değerlendirilecek hususları kısıtlayan anlaşmalarının geçerli olmadığına dair mahkeme kararları bulunmaktadır²³⁸.

Milletlerarası ticari tahkimde, genel kabul edilen görüş, tarafların iptal davasında değerlendirilecek hususlar hakkında kısıtlama yapabilecekleridir. Konu hakkında taraflara imkân veren düzenlemelere uygulamada rastlamak mümkündür. Örneğin, İsviçre DÖHK 192. maddesi uyarınca taraflar, iptal davası açmaktan

²³⁶ Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davasından feragat etme haklarının olup olmadığına dair tartışma için bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b)-((2)))

²³⁷ Scherer, **Autonomy**, s.443; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.449.

²³⁸ Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.479.

vazgeçebilecekleri gibi iptale ilişkin aranan şartların bir veya daha fazlasını azaltabileceklerdir²³⁹. İngiliz hukukunda ise taraflar, iptal davası açma hakkından vazgeçemeseler de iptal davasında değerlendirilebilecek hususlara tercihleri doğrultusunda bir sınırlama getirebilirler²⁴⁰.

Doktrinde, tarafların iptal davalarında değerlendirilmesi gereken kamu düzenine ilişkin hususlardan feragat edemeyecekleri, taraflar kamu düzenine ilişkin itiraz haklarından feragat ettiklerinde ve hakem kararı kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinde, tarafların feragat anlaşmalarının geçersiz olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Hatta görüş bir adım öteye giderek, tarafların adil yargılanma hakkına ilişkin itiraz haklarından feragatlerinin kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceğini, bu sebeple de anlaşmanın geçersiz olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴¹. Alman ve İsveç hukuklarında tarafların, iptal davalarında mahkemenin re'sen dikkate alması gereken tahkime elverişlilik ve kamu düzeni hususlarından feragat edememeleri, bu görüşün düzenlemeye tabi tutulmuş haline örnek olarak verilebilecektir²⁴². Görüş kamu düzenini istisnasını, tarafların irade serbestileri üzerinde, aşırı bir kısıtlama olarak kullanmaktadır. Taraflar tahkim yeri hukukunun kendilerine tanıdığı özgürlük çerçevesinde hakem kararlarına karşı itiraz etme haklarından feragat etmektedirler. Eğer taraflar, kamu düzeni denetlemesinden de feragat etmek istiyorlarsa, tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihlere saygı duyulmalıdır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, iptal davalarında değerlendirilecek hususları kısıtlamaları genel olarak kabul görüp düzenleme altına alınırken, iptal davasında değerlendirilmesi için yeni hususlar belirleyip belirleyemeyecekleri tartışma konusudur. Tarafların iptal davalarına ilişkin hususları arttırabileceklerini kabul eden hukuklar, iptal davalarında, tarafların tercihleri doğrultusunda daha ayrıntılı veya daha fazla konu dahilinde bir inceleme yapabilmektedirler. Bu duruma örnek olarak, mahkemelerin hakem kararının esasına

²³⁹ Krausz, **a.g.e.**, s.148.

²⁴⁰ Scherer, **Autonomy**, s.443; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.450.

²⁴¹ Krausz, **a.g.e.**, s.149.

²⁴² Scherer, **Autonomy**, s.444; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.450-485; Solis, **a.g.e.**, s.133.

girerek inceleme yapabilmesine yönelik izin veren tahkim anlaşmaları veya hakem kararında ilgili hukukun hakemlerce doğru uygulanıp uygulanmadığının incelenmesine dair mahkemelere yetki veren tahkim anlaşmaları gösterilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarında neden daha fazla hususun incelenmesini isteyecekleri konusunda bir kesinlik yoktur. Tarafların iptal davasında incelenecek hususları arttırmak istemelerinin; tahkim yargılamasına veya özellikle *ad hoc* tahkimde hakemlerin bağımsızlıklarına karşı olan güvensizlikten, tahkim yargılamalarına konu olan uyuşmazlıkların günümüzde komplike hukuki problemler haline gelmesi ve hakemlerin alanlarında uzman ve fakat hukuki bilgisi zayıf olan kişiler olabilmelerinden, tahkim yargılamalarının kurumsal tahkim ile yürütülmesini isteyen tarafların yargılama üzerinde sahip oldukları kontrol gücünün kısıtlanmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir²⁴³. Yani taraflar, tahkim yargılamasında adil bir yargılama yürütülmeyeceğine ilişkin çekincelerini, mahkemelerin iptal davaları ile hakem kararları üzerinde yaptıkları denetim yetkisini arttırarak gidermeye çalışmaktadırlar.

İptal davalarına ilişkin hususların taraflarca aralarında yapılacak bir anlaşma ile arttırılamayacağına ilişkin görüş uyarınca, iki temel gerekçe ve durumun ortaya çıkartabileceği birçok olumsuzluk ileri sürülebilecektir. Bu görüşün öne sürdüğü iki temel gerekçe uyarınca; mahkemelerin hangi hususları iptal davalarında değerlendirebilecekleri taraflarca değil yasama organı tarafından belirlenir ve taraflar, aralarında yapacakları anlaşmalar ile yalnızca kanunen kendilerine izin verilen ölçüde değişiklik yapabilirler²⁴⁴. Yani taraflar, irade serbestisi kapsamında özel, iptal davası harici ilave bir itiraz yoluna karar veremezler. Tarafların daha kapsamlı inceleme yapılmasına ilişkin talepleri veya kararın esastan incelenmesine ilişkin tercihleri de yasal düzenlemelerde yer alan iptal davalarına ilişkin emredici

²⁴³ Cole, *a.g.e.*, s.1242; Margaret L. Moses, “Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards”, *Journal of International Arbitration*, vol.20, S.3, 2003, s.315-323 (**Judicial Review**), s.315.

²⁴⁴ Hans Smit, “Hall Street Associates v. Mattel: A Critical Comment”, *American Review of International Arbitration*, vol.17, S.4, 2006, s.513-523 (**Hall Street**), s.514; Helm, *a.g.e.*, s.25.

hükümlere aykırılık teşkil edeceğinden geçerli olarak kabul edilemezler²⁴⁵. Bu iki temel gerekçenin yanında, taraflara bu yönde bir serbesti tanınmasının getireceği birçok olumsuzluk olduğu iddia edilmektedir. Tahkim yargılamasında tarafların iptal davasına ilişkin yapılacak değerlendirmeyi genişletmeleri, tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasının bir parçası, aşaması olmasına sebep olabilecektir. Tahkim yargılamaları, mahkeme yargılamasının bir provası halinde gelebilecektir²⁴⁶. Taraflarca mahkemelere bu yönde verilen yetki, mahkemelerin devletlerce düzenlenmemiş bir hususta taraflarca tanınan yetki ile denetleme yapmaları anlamına gelecektir²⁴⁷. Bu durum, mahkemelerin, normalde kendi yetkileri dahilinde olmayan bir iş ile yetkilendirilmeleri ve mevcut iş yükünün artması anlamına da gelebilecektir²⁴⁸. Ayrıca hakemlerin, verecekleri hakem kararlarının değerlendirilmesine ilişkin ortaya çıkabilecek belirsizlik karşısında uyuşmazlık hakkında daha kısıtlı çözüm üretebilecekleri de söylenebilecektir²⁴⁹. Mahkemelere tanınan yetki ve hakemlerin bu yetki karşısında aldıkları tavrın, milletlerarası ticari hakem kararlarının denetlenmesine yönelik yeknesaklaştırma çalışmalarına engel oluşturacağı, hakem kararlarının denetlenmesine ilişkin öngörülebilirliğe aykırılık teşkil edebileceği, hakem kararlarının bağlayıcılığını ve dolaylı olarak tahkim iradesinin geçerliliğini etkileyebileceği söylenebilecektir²⁵⁰. Bütün bu olumsuz hususlar, tahkim yargılamasının hızlı ve etkili bir çözüm yöntemi olması ile çelişecek ve etkili tahkim yargılamalarının önüne geçecektir²⁵¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların iptal davalarına ilişkin hususları genişletebilmelerinin getirebileceği olumsuzlukların, tarafların irade serbestileri üzerinde bir kısıtlama olarak değerlendirilmemesi gerektiği de karşı görüş olarak ileri sürülmektedir. Öncelikle, kanunlarda iptal davalarında değerlendirilecek hususlara ilişkin getirilen sınırlamalar, tarafların irade serbestilerini

²⁴⁵ Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.344.

²⁴⁶ Reinmar Wolff, "Party Autonomy to Agree on Non-Final Arbitration?", **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.26, S.3, 2008, s.626-641 (**Non-Final**), s.633.

²⁴⁷ Petrochilos, **a.g.e.**, s.96.

²⁴⁸ Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.486; Cole, **a.g.e.**, s.1262; Helm, **a.g.e.**, s.24.

²⁴⁹ Moses, **Judicial Review**, s.318.

²⁵⁰ Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.490; Scherer, **Autonomy**, s.454.

²⁵¹ Helm, **a.g.e.**, s.24.

kısıtlamak için düzenlenmemişlerdir. Kanun koyucular ilgili kanun hükümlerini düzenlerken, tarafların irade serbestisi ile verdikleri tercihlere minimum müdahale edilmesini amaçlamaktadırlar, düzenlemelerin esas amacı tarafların iradelerinin sınırlandırılması değildir. Yani tarafların irade serbestisini korumak için getirilen kuralların, emredici olarak düzenlendiği kabul edilerek taraflarca genişletilemeyeceğinin düşünülmesi çok tutarlı değildir²⁵². Mahkemelerin iş yükü tarafların tercihleri ile artmayacaktır, çünkü taraflar tahkim yargılamasına gitmeselerdi zaten mahkemeler davalara bakmak zorunda kalacaklardı. Mahkemelerin tahkim yargılamasından sonra yapılacak olan değerlendirmede en azından ellerinde değerlendirilmiş bir dava olacaktır. Zaten mahkemelerin iş yükleri artabilecek diye taraf iradesini kısıtlanması da milletlerarası tahkim hukukunun ruhuna aykırılık teşkil edecektir. Yine, tahkim yargılamalarının hızlı ve etkili bir çözüm yöntemi olmayacakları öne sürülerek tarafların iradelerinin kısıtlanması kendi içinde bir çelişki içermektedir. Tahkim yargılamalarının temeli irade serbestisi iken, tahkim yargılamalarının etkin olabilmesi için tarafların irade serbestilerinin kısıtlanması bir çelişki içermektedir. Tahkim yargılamasında esas olanın irade serbestisi olduğu kabul edilerek, tahkim yeri hukuklarının düzenleme ile izin verdiği (veya kısıtlamadığı) hallerde, iptal davasında değerlendirilecek unsurların tarafların iradeleri doğrultusunda genişletilebilmesi, milletlerarası ticari tahkimde irade serbestisinin uygulanmasına daha uygun olacaktır²⁵³. Ayrıca taraflar, iptal davalarında istekleri doğrultusunda denetleme yapılacağını öngöreceklelerinden, tahkim yargılamasına daha fazla güvenecek ve uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yargılamasını daha fazla tercih edebileceklerdir²⁵⁴.

İptal davalarında değerlendirilecek hususların taraflarca arttırılabilmesine imkân verilmesi gerektiğini savunan görüş, tarafların isteyebilecekleri değerlendirme kriterlerine ilişkin genel bir kural koyulması gerektiğini de vurgulamaktadır²⁵⁵. Çünkü konu hakkında yapılmış bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple,

²⁵² Rau, **a.g.e.**, s.231.

²⁵³ Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.491; Petrochilos, **a.g.e.**, s.97; Cole, **a.g.e.**, s.1250.

²⁵⁴ Cole, **a.g.e.**, s.1243.

²⁵⁵ Rau, **a.g.e.**, s.253.

taraflarca bu yönde yapılan bir anlaşma ile karşılaşan mahkemelerin nasıl bir yol izlemesi gerektiğinin incelenmesinde fayda vardır.

Hakem kararları hakkında açılacak olan iptal davalarında, tarafların, değerlendirilecek hususların genişletilmesine ilişkin taleplerinin mahkemelerce nasıl değerlendirilmesi gerektiğine dair iki basamaklı bir test doktrinde ileri sürülmüştür. Bu test uyarınca, mahkeme öncelikle, tarafların taleplerinin mahkemenin uygulamakla yükümlü olduğu kanuni düzenlemeler içinde yer alıp almadığını yani *lex loci arbitrinin* bu değerlendirmeye izin verip vermediğini değerlendirmelidir. Ardından, tarafların talebinin, mahkeme uygulaması ile uyum teşkil edip etmediğinin mahkemelerce incelenmesi gerekmektedir²⁵⁶.

Mahkemelerin, tarafların iptal davasında değerlendirilmesi gereken hususların arttırılmasına yönelik taleplerini, öncelikle *lex loci arbitri* kapsamında değerlendirmeleri gerekmektedir. Hâkimin *lex loci arbitride* yer alan hükümlerin, emredici olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer kanuni düzenleme uyarınca iptal davasında değerlendirilecek hususlar emredici olarak düzenlenmişlerse, taraflar konu hakkında bir artırım yapamazlar, taraflar ilgili değişikliği talep etseler de mahkemelerin konu hakkında karar veremez. Fakat iptal davasında değerlendirilecek hususlara ilişkin hükümler emredici olarak düzenlenmemişlerse, tarafların taleplerinin hukuki olduklarının kabul edilmesi ve yerine getirilmesi gerekmektedir. Tahkim yeri hukuklarında iptal davalarına ilişkin hususların emredici olarak düzenlenip düzenlenmediğine, düzenlemenin yazım şekli, kanun koyucunun amacı veya düzenlemenin yapım aşaması incelenerek karar verilebilecektir. Günümüzde hiçbir düzenlemede, iptal davasında değerlendirilecek hususların emredici olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Bu duruma sebep olarak ilgili düzenlemeler yapılırken Model Kanun ve New York Anlaşmasının dikkate alınması ve ilgili düzenlemelerde de konu hakkında özel bir hüküm bulunmaması gösterilebilecektir. Ayrıca tahkim yargılamaları hakkında, genel olarak, mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerindeki etkilerinin azaltılması halinde tahkim

²⁵⁶ Cole, a.g.e., s.1223.

yargılamasının daha etkili olacağı kabul edildiğinden, tarafların mahkemelere hakem kararlarının denetimi hususunda daha fazla yetki vermek isteyecekleri öngörülmemiştir²⁵⁷. Bu sebeple mahkemelerin, öncelikle, önlerine gelen uyuşmazlıkta iptal sebebine ilişkin hükümlerin emredici olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmaları gerekmektedir.

Hakimlerin, iptal davalarında değerlendirilecek hususların emredici olarak düzenlenip düzenlenmediklerini değerlendirdikten sonra tarafların taleplerinin, mahkeme uygulaması ile uyumlu olup olmadıklarını değerlendirmeleri gerekmektedir. Taraflar, iptal davasına ilişkin hususları mahkemece zaten kullanılan bir değerlendirme yöntemi ile genişletirlerse, hakimler tarafların taleplerini yerine getirebileceklerdir ve fakat taraflar, yeni bir değerlendirme yöntemi kararlaştırırlarsa, bu durumda mahkemelerin nasıl hareket edecekleri bir kesinlik taşımamaktadır²⁵⁸. Örneğin taraflar, milli tahkim düzenlemelerinde hakem kararlarının değerlendirilmesinde kullanılan bir hususun milletlerarası hakem kararlarının iptalinde de değerlendirilmesini isterlerse (hakem kararlarında hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığına dair değerlendirme yapılmasını isterlerse veya hakem kararlarının esasına girerek değerlendirme yapılmasını isterlerse), mahkemeler bu taleplere daha sıcak yaklaşabileceklerdir. Fakat standart değerlendirmelerinin haricinde bir talebin, mahkemelerce değerlendirilmesi ve uygulanması mümkün olmayabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, iptal davalarına ilişkin hükümlerin, genellikle, emredici hükümler ile düzenlendiği ve iptal davaları hakkında bir değişiklik yapılacaksa da ilgili düzenlemenin izin verdiği kapsamda taraflara irade serbestisi sağlandığı söylenebilecektir. ABD, İngiliz ve Fransız hukuklarında tarafların iptal davasına

²⁵⁷ Örneğin, ABD hukukunda da iptal davasına ilişkin hususların emredici olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir ve buna sebep olarak FAA'nın yapım aşamasında bu durumun öngörülmemiş olması gösterilmektedir. Cole, **a.g.e.**, s.1255 vd.

²⁵⁸ Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.488; Scherer, **Autonomy**, s.456; ABD hukukunda, tarafların talep ettikleri inceleme, mahkemece yapılan standart değerlendirmelere benzer bir nitelik taşıyor ise mahkemelerin ilgili değişiklikleri kabul ettiği kararlar bulunmaktadır. Cole, **a.g.e.**, s.1244.

ilişkin hükümleri genişletebilme yetkilerinin olmadığı kabul edilmektedir²⁵⁹. Bununla birlikte, Alman hukukunda, hakem kararları hakkında açılan iptal davalarında hukuki unsurların, tarafların tercihleri doğrultusunda değiştirilebileceği savunulmaktadır. Alman hukuku uyarınca, tahkim yargılamasının tarafların iradesine tabi olduğu ve kararların bağlayıcılıkları hakkında yapılacak değerlendirmelerin de tarafların irade serbestisi kapsamında olduğu kabul edilmiştir²⁶⁰. Bu sebeple, Alman hukukunda, tarafların, hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarında incelenecek hususları genişletebilecekleri kabul edilmektedir.

Türk hukukunda MTK 15(A)(5)(b) hükmü, “(t)araflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler” dedikten sonra “yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler” demek suretiyle tarafların iptal davasında değerlendirebilecekleri hususlar hakkında kısıtlamaya gidebileceklerini açık olarak düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca tarafların irade serbestileri kapsamında iptal davalarında değerlendirilecek hususları kendi tercihleri doğrultusunda azaltabilecekleri kabul edilmiştir. Fakat kanun tarafların ilgili hususları arttırıp arttıramayacaklarına dair bir yorumda bulunmamıştır²⁶¹. Doktrinde, tarafların incelemenin kapsamını arttıramayacakları

²⁵⁹ Scherer, **Autonomy**, s.445; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.452; Petrochilos, **a.g.e.**, s.96-97; Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.479; ABD hukukunda konu hakkında farklı kararlar bulunmaktadır. Doksanlı yılların sonunda verilen kararlar uyarınca tarafların, iptal davasına ilişkin hususları arttırabileceklerine dair kararlar bulunmaktadır. Cole, **a.g.e.**, s.1244; Helm, **a.g.e.**, s.22; Moses, **Judicial Review**, s.316; Wolff, **Non-Final**, s.629. Fakat son yıllarda verilen kararlarda mahkemeler, tarafların taleplerini kabul etmemektedirler. 2008 tarihli Yüksek Mahkeme’nin *Hall Street v Mattel* kararında mahkeme açıkça, mahkemelerin belirli sınırlamalar dahilinde hakem kararlarını denetleyebilmelerinin tahkim yargılamasının özünü oluşturan hızlı ve etkili sonuçlar vermesi için gerekli olduğuna ve bu sebeple iptal davasına ilişkin hususların taraflarca genişletilemeyeceğine hükmetmiştir. *Hall St. Assocs., LLC v Mattel, Inc.*, Amerika Birleşik Devletleri, 552 USA 576, 2008, naklen Bratic, **a.g.e.**, s.109 dn.11; Pavic, **a.g.e.**, s.146; Mateus Aimoré Carreteiro, “Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, vol.33, S.2, 2016, s.185-216, s.187; Smit, **Contractual Modifications**, s.1000. *Hall Street v Mattel* kararında her ne kadar tarafların iptal davasına ilişkin hususları genişletemeyecekleri konu edilse de bu karar doğrultusunda, tarafların iptal davaları üzerinde irade serbestisine sahip olmadıkları ve iptal davası açma hakkında da feragat edemeyecekleri ileri sürülmektedir. Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.933.

²⁶⁰ Scherer, **Autonomy**, s.445; Scherer/Silberman, **a.g.e.**, s.453; Pavic, **a.g.e.**, s.146; Wolff, **Non-Final**, s.628.

²⁶¹ Doktrinde, mahkemelerin re’sen inceleyecekleri hususlarda tarafların feragat anlaşması yapamayacakları savunulmaktadır. Çünkü taraflar hakem kararı hakkında bir icra edilebilirlik belgesi almak istediklerinde mahkemece re’sen MTK 15 (B) hükmü uyarınca tahkime elverişlilik ve kamu düzeni incelemesi yapılacaktır. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.347. Fakat bu görüş MTK ile

savunulmaktadır²⁶². MTK düzenlemelerinde de iptal davasına ilişkin hususların emredici olup olmadığı belirtilmemiştir. Bu sebeple ilgili hükmün emredici olarak kabul edilmeyerek, tarafların talepleri doğrultusunda iptal davalarına ilişkin taleplerin, yukarıda bahsedilen test kapsamında değerlendirilmesi önerilebilecektir. MTK hükümleri kapsamında taraflara tanınan iptal davalarından kısmen veya tamamen feragat edebilme hakkının, tarafların iptal davasına ilişkin hükümleri arttırabilmelerine yönelik hakkı da kapsadığı kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı, her geçen gün genişlemektedir. Özellikle tahkime elverişli konuların kapsamındaki artış bu konuda en belirgin örnektir. Tahkime elverişli konuların kapsamının genişlemesi incelendiğinde, zamanında, konu hakkında gerek mahkemeler gerek doktrince nasıl bir direnç ortaya konulduğu görülmektedir. Günümüzde aynı direnç iptal davalarında değerlendirilecek hususların kapsamının taraflarca belirlenmesi ve özellikle bu hususların kapsamının arttırılması konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu durum, her ne kadar tahkim yargılamasına ilişkin hususlarda bir gelişim olsa da tahkim yargılamasına karşı, özellikle tarafların irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesine ilişkin konulara karşı benzer bir direncin hala var olduğunu göstermektedir²⁶³.

Uygulamada neden tarafların iptal davalarına ilişkin hususları değiştirmek istedikleri tam bir kesinlik teşkil etmemektedir. Hatta iptal davalarında feragat edilmesine izin veren, Fransa gibi ülkelerde mahkemelere konu olmuş bir feragat anlaşması bulunmadığından dahi bahsedilmektedir²⁶⁴. Fakat bu noktada, tarafların irade serbestisi ile ilgili hükümleri uygulamada ne kadar kullandıklarından öte taraflara konu hakkında ne kadar imkân tanındığı önem teşkil etmektedir. Tarafların iptal davasından feragat etmeleri veya kimi unsurları değiştirebilmeleri tahkim

taraflara sağlanan irade serbestisine aykırılık teşkil edecektir. Taraflar, iptal davalarından feragat ettikleri bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı hakkında iptal davası açtıklarında bu dava reddedilmelidir. Fakat ne zaman bu kararlar Türkiye’de icra edilmek istenir ise o halde MTK 15(B) hükmü uyarınca bir değerlendirme yapılmalıdır. Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.355.

²⁶² Kalafatoğlu, **a.g.e.**, s.344; Süral, **a.g.e.**, s.1389.

²⁶³ Rau, **a.g.e.**, s.234.

²⁶⁴ Bratic, **a.g.e.**, s.114.

yargılamalarının tahkim yeri hukukunun etkisinden kurtarılması ve tarafların taleplerine uygun bir yargılamanın yürütülmesine olanak sağlamaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında mahkemelerin tahkim yargılaması üzerindeki sahip oldukları denetim haklarının gerek devletlerce gerekse taraflarca arttırılmasının, tahkim yargılamalarının mahkeme yargılamalarından bağımsız dokusu ile örtüşmeyeceği ve tahkim sürecini uzatabileceği söylenebilecektir. Tahkim yargılamalarının başarılı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kalabilmesi için hakem kararları üzerindeki mahkemelerin denetleme yetkisinin arttırılması değil aksine azaltılması gerektiği de savunulabilecektir. Doktrinde taraflara, sahip oldukları tedirginliklerin üzerinden gelmeleri veya tahkim yargılamasına olan güvenlerini pekiştirmeleri için hakem kararlarının mahkemeler tarafından denetlenmesine ilişkin yetkiyi arttırmaları değil, daha yetkin avukatlar bularak yargılamalarını yürütmeleri önerilmektedir²⁶⁵. Yine, taraflar illa tahkim yargılamalarının bir hâkim tarafından denetlenmesini istiyorlarsa, hakem olarak emekli bir hâkimi seçebilir veya sadece hakem kararlarının daha fazla denetlenmesini istiyorlarsa, tahkim yargılamasında ayrı bir iç itiraz yolu öngören tahkim kurumlarını seçebilirler²⁶⁶. Bu çözüm önerileri, başarılı bir tahkim yargılamasının yürütülmesi için faydalı olabilecekken bu öneriler kapsamında tarafların irade serbestilerinin kısıtlanabileceğini söylemek zordur. Tarafların, irade serbestileri ile yapacakları değişikliklerin mahkemelerce dikkate alınarak uygulanması, tahkim yargılamasına zarar vermektен öte tahkim yargılamalarında taraf iradelerinin öncelikli olarak ele alınmasını sağlayacaktır. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarına ilişkin hususlar hakkında tarafların irade serbestisine sahip olmaları ve bu serbesti kapsamında yaptıkları tercihlerinin mahkemeler tarafından yerine getirilmesi, tahkim yargılamalarının uygulamasını ve tahkim yargılamasına olan ilgiyi arttıracaktır.

²⁶⁵ Helm, **a.g.e.**, s.25.

²⁶⁶ Wolff, **Non-Final**, s.640.

c) Tarafların Tanıma Tenfiz Davalarına İlişkin Tercihleri

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, hakem kararı verildikten sonra, hakem kararı hakkında bir iptal davası açılabilceği gibi, karar aleyhine çıkan tarafın mal varlığının bulunduğu yer mahkemesinde bir tenfiz davası da açılabilir. Bu tenfiz davalarında mahkemeler, hakem kararının kendi hukuk düzenlerine aykırı bir unsur içerip içermediğine dair değerlendirme yapmaktadırlar²⁶⁷. Tarafların, hakem kararları hakkında açılabilir tenfiz davalarında, itiraz haklarını kullanmayacaklarına dair anlaşmaların geçerlilikleri ve mahkemelerin konu hakkında nasıl bir yol izlemeleri gerektiğine dair gerek doktrinde gerekse uygulamada bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerde tarafların, ileride açılabilir bir tenfiz davasında ileri sürebilecekleri itiraz haklarından feragat etme haklarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Tarafların iptal davası açma haklarından feragat edebileceklerine dair, özgürlükçü düzenlemeler getiren Fransa, İsviçre gibi hukuklarda dahi konu hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır²⁶⁸.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların, tenfiz davalarında itiraz haklarından feragat edebilmelerine ilişkin anlaşmalarının, yine tarafların, iptal davasından feragat edebilmelerine izin veren hükümler ile düzenlenebileceği savunulmuştur²⁶⁹. Fakat genel kabul edilen görüş, iptal davaları ile tenfiz davalarının arasında yer alan amaç ve nitelik farkları sebebiyle, iki denetleme yolundan yapılacak feragatlerin de farklı hükümlere tabi olması gerektiği yönündedir²⁷⁰. Örneğin, tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilmelerine izin veren devletler, tenfiz davalarını, tahkim yargılamalarında adil bir yargılama yapıldığına

²⁶⁷ Hakem kararları hakkında açılabilir tenfiz davalarında değerlendirilecek hususlar hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2))

²⁶⁸ Bratic, **a.g.e.**, s.117; Kirby, **a.g.e.**, s.128.

²⁶⁹ Hatta yazar, tenfiz davalarında itiraz hakkının kullanılmayacağına dair anlaşmaların, milletlerarası kamu düzenini etkilemediği için hiçbir kısıtlamaya tabi olmaması gerektiğini savunmaktadır. Kirby, **a.g.e.**, s.128.

²⁷⁰ Bratic, **a.g.e.**, s.117.

dair son denetim aşaması görmekte ve bu sebeple, tenfiz davasına itiraz edilmeyeceğine dair anlaşma yapılmasına izin verememektedirler²⁷¹.

Tarafların tenfiz davası ve New York Anlaşmasının hükümleri hakkında yapabilecekleri feragat ve anlaşmalarının kapsamını, *lex fori* belirleyecektir²⁷². Konu hakkında uygulamada, tarafların anlaşmalarını kabul eden mahkemeler bulunduğu gibi tarafların anlaşmalarını geçerli kabul etmeyen mahkeme kararları da bulunmaktadır²⁷³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tenfiz davalarından anlaşma ile feragat edebilecekleri kabul edilirse bu anlaşmaya dair iradelerinin açık olması aranacaktır. Mahkeme somut olayın unsurlarını incelemek suretiyle tarafların iradelerini değerlendirebilecektir²⁷⁴. Tahkim yargılamasının yürütülmesi için bir tahkim kurumunun yetkilendirilmesi veya tahkim kurallarında yer alan açık olmayan bir hüküm, tarafların tenfiz davalarında itiraz haklarından feragat ettikleri anlamına gelmeyecektir²⁷⁵.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları sonucunda verilen kararlar hakkında açılacak tenfiz davalarında tarafların mahkemelerin yapacakları incelemeyi

²⁷¹ Bratic, **a.g.e.**, s.118.

²⁷² Reinmar Wolff, “Public Policy, Article V(2)(b)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.416-461 (**Public Policy**), s.431.

²⁷³ Borris/Hennecke, **Article V**, s.275.

²⁷⁴ *Food Services of Amerika, Inc. V. Pan Pacific Specialties, Ltd.*, kararında British Columbia Yüksek Mahkemesi, tarafların hakem kararının bağlayıcı olacağına ve açıkça temyize ilişkin davaya itiraz etmeyeceklerine dair anlaştıklarına, bu tercihlerinin tenfiz ret sebeplerinden feragat ettikleri anlamına geleceğine ve taraflarca kararın tenfizine engel olunamayacağına karar vermiştir. Karara konu davada her ne kadar tenfize engel sebeplerin ortaya çıktığı ve bu sebeple feragat anlaşmasının geçerli olmadığı bir tarafça ileri sürülmüşse de mahkeme, hiçbir usuli ihlalin olmadığı bir durumda tarafların temyiz sebeplerinden feragat etmelerinin kabul edilmesinin, feragat anlaşmasını anlamsız kılacağına karar vermiştir. *Food Services of Amerika, Inc. V. Pan Pacific Specialties, Ltd.*, Supreme Court of British Columbia, 24 Mart 1997, No. A970230, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.581-589, s.584.

²⁷⁵ 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 35(6) hükmünde yer alan “her karar taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar uyuşmazlığın Kurallar’a göre tahkime götürmekle, kararı derhal icra etmeyi kabul eder ve geçerli olarak yapılabildiği ölçüde, karar aleyhine kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılır” ifadesi, tarafların iptal davası açma haklarından feragat ettikleri anlamına gelemeyeceği gibi tenfiz davalarında itiraz haklarından da feragat ettikleri anlamına gelemeyecektir. Borris/Hennecke, **Article V**, s.274.

değiştiremeyecekleri kabul edilmektedir. Hakem kararların tenfizine ilişkin en önemli düzenleme olan New York Anlaşmasında tenfiz engelleri sınırlı sayıda sayılmıştır²⁷⁶. Ne taraf devletler ne de taraflar, Anlaşma kapsamında sayılan tenfiz engellerini azaltma veya arttırma yetkisi ve hakkına sahip değillerdir.

Hakem kararları hakkında açılan tenfiz davalarında, tenfiz mahkemesinin usulü uygulanacaktır. Bu sebeple taraflarca tenfiz davasının nasıl yürütülmesi gerektiğine dair tercihleri, tenfiz mahkemesi *lex forisine* göre karara bağlanacaktır. Örneğin taraflar, tanıma tenfiz davası esnasında yargılamanın gizli yürütülmesi konusunda, *lex fori* izin vermediği müddetçe anlaşamazlar; çünkü tanıma tenfiz davası *lex fori* ye tabi olarak, hakimlerin takdir yetkileri çerçevesinde sürdürülür²⁷⁷.

Tarafların bir yetki sözleşmesi ile tenfiz davalarına ilişkin ülke içindeki yetkili mahkemeyi belirleyip belirlemeyecekleri konusunda da *lex fori* karar verecektir. Örneğin Türk hukukunda, tanıma tenfiz davalarında yetkili mahkemeye ilişkin 5718 sayılı MÖHUK'un 60(2) hükmünde belirlenen yetkinin kesin bir yetki olmadığı ve taraflarca değiştirilebileceği kabul edilmektedir²⁷⁸.

²⁷⁶ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.127.

²⁷⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.473.

²⁷⁸ Nomer, **Devletler Hususi**, s.565; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.467; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.679; MÖHUK 60(2) uyarınca “Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır”. Tarafların tanıma ve tenfiz davalarında yetkili mahkemeyi değiştirebilmek için HMK 17 ve 18. hükümlerine uygun bir yetki sözleşmesi yapmaları gerekmektedir. HMK 17. maddesi uyarınca: “(1) Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır” ve 18. maddesi uyarınca: “(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz. (2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır”.

F. Tahkim Yargılamasının Usulüne İlişkin Anlaşmanın Yapılma Zamanı

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini, tahkim anlaşması yapılırken veya tahkim yargılaması başlamadan önce yapabilecekleri öngörülebilecektir. Fakat uygulamada taraflar tahkim yargılaması başladıktan sonra hatta hakem kararı verildikten sonra da tahkim yargılamasının usulü hakkında tercihlerde bulunabilmektedirler. Tahkim yargılaması başladıktan sonra tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerinin nasıl değerlendirileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Tarafların, tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan yeni hususlar hakkında itiraz veya feragat hakları çeşitli düzenlemelere tabiyken, tarafların özellikle tahkim yargılamasının başında yaptıkları tercihlerin değiştirilmesi hakkında nasıl bir yol izleneceği kesinlik taşımamaktadır.

Milletlerarası tahkim hukukunda genel kabul edilen görüş, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında tarafların irade serbestisi kapsamında tahkim yargılaması başlamadan önce olduğu gibi yargılama başladıktan sonra ve yargılama devam ederken de tercihte bulunabilecekleridir²⁷⁹. Tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesinin usulünü belirleyemeye yönelik sahip oldukları irade serbestisinin sürekli bir serbesti olduğu ve yargılama sona erinceye kadar tarafların her aşamada yargılamanın usulü hakkında yeni karar verebilecekleri veya yaptıkları tercihleri değiştirebilecekleri kabul edilmektedir²⁸⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra usuli konular hakkında karar verip veremeyecekleri, esas olarak hukuk tahkim yargılamasının tabi olduğu *lex arbitri* kapsamında belirlenecektir.

²⁷⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.231; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.526; Kaplan, **Usul**, s.43.

²⁸⁰ Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tahkim yargılaması başladıktan sonra yapacakları tercihlerin, geriye etkili olmadıkları kabul edilmektedir. Fakat irade serbestisi kapsamında eğer taraflar tercihlerinin geriye etkili olmasını isterlerse de bu talebin, hakem kurulunca yerine getirilmesi, daha önce yapılan usuli işlemlerin değiştirilmesi veya yenilenmesi gerekmektedir. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.231; Kaplan, **Usul**, s.44; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.91.

Konuya ilişkin milli düzenlemelerde farklı hükümler yer almaktadır. İtalyan hukukuna göre, tarafların tahkimin usulüne ilişkin tercihlerini tahkim yargılaması başlamadan yapmaları gerekmektedir²⁸¹. İsveç hukukuna göre ise tarafların tahkimin usulü hakkındaki tercihleri, tahkim yargılamasının aksamasına sebep olacaksa hakemlere, tarafların sonradan yaptıkları tercihlerini dikkate almama hakkı tanınmıştır²⁸².

Her ne kadar tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin hususlarda yeni karar alma veya daha önce verdikleri kararları değiştirme hakkının irade serbestisi kapsamında var olduğu kabul edilse de tarafların bu tercihleri karşısında tahkim yargılamasının nasıl yürütüleceğine hakem kurulu karar verecektir²⁸³. Tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflar tek tarafları olarak tahkim usulü hakkında, hakemlerin onayı olmadan değişiklik yapamayacaklardır. Hakem kurulu, tarafların tahkim yargılaması devam ederken yaptıkları tercihler karşısında tahkim yargılamasına devam etme kararı alabileceği gibi tahkim yargılamasından istifa kararı da alabilecektir²⁸⁴.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılaması devam ederken daha önce vermiş oldukları usuli kararları değiştirme veya yeni bir usul konusunda anlaşmış olma hallerinden farklı olarak, yargılama sırasında ortaya çıkan haklarından feragat etme hakları da bulunmaktadır. Tarafların tahkim yargılaması sırasında karşılaştıkları, usuli haklarına aykırı yapılmış bir işlem hakkında herhangi bir itirazda bulunmamaları, o haklardan feragat ettikleri anlamına gelebilecektir²⁸⁵. Doktrinde bu durum “*hakkın düşmesi*” olarak da adlandırılmaktadır²⁸⁶. Her ne kadar milletlerarası düzenlemelerde bir haktan feragat edilmesi için tarafların bir eylemine ihtiyaç duyulduğu söylene de milletlerarası

²⁸¹ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.531.

²⁸² Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.531.

²⁸³ Doktrinde, tahkim yargılamaları sırasında diğer tarafın sunduğu teklife ortak olmanın, tarafları zayıf göstereceğinden tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra ortak bir usuli karar alınmasının zor olduğu da vurgulanmaktadır. Berger, **Autonomy**, s.14.

²⁸⁴ Tahkim yargılaması devam ederken tarafların usule ilişkin tercihleri karşısında hakemlerin yargılamaya nasıl devam edebilecekleri hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c)))

²⁸⁵ Born, **a.g.e.**, s.2186; Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.260; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.23.

²⁸⁶ Kaplan, **Usul**, s.184.

ticari tahkim yargılamalarında tarafların sessiz kalarak da tahkim yargılamasının kapsamını değiştirebilecekleri kabul edilmektedir²⁸⁷.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli bir işleme itiraz etmemesinin haktan feragat anlamına gelmesi milli ve milletlerarası düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, Model Kanun 4. maddesinde açıkça tarafların emredici olmayan ve tahkim anlaşmasında belirlenmeyen konular hakkında itiraz hakkını, zaman geçirmeden veya bir zaman tanınmışsa o zaman dilimi içerisinde kullanmaları gerektiği, aksi takdirde ilgili usuli haktan feragat etmiş sayılacakları düzenlenmiştir²⁸⁸. 4. madde kapsamında tarafların belirli bir süre içerisinde itiraz etme yükümlülükleri, hakemlere ilişkin itirazların düzenlendiği 13. maddede²⁸⁹ ve yetki itirazına ilişkin 16(2)²⁹⁰ hükmünde de tekrarlanmıştır. Eğer taraflar usuli itirazlarını hemen veya kanunda belirlenen sürede yapmazlarsa adil yargılanmaya ilişkin haklardan dahi mahrum kalabilecekleri kabul edilmiştir²⁹¹. Milli düzenlemelerde de Model Kanun hükümleri paralelinde düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin hakemlerin yetkisine ilişkin itirazın düzenlendiği MTK 7(H) hükmü uyarınca “(h)akem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmaz”. Benzer düzenlemeler tahkim kurallarında ve tahkim kurumlarının kurallarında da yer almaktadır. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 32.

²⁸⁷ Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.33.

²⁸⁸ Binder, **a.g.e.**, s.79 vd.; Model Kanun İngilizce 4 hükmü: “A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object”.

²⁸⁹ Model Kanun İngilizce 13(2) hükmü: “Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge”.

²⁹⁰ Model Kanun İngilizce 16(2) hükmü: “A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defense. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified”.

²⁹¹ Binder, **a.g.e.**, s.332; Waincymer, **a.g.e.**, s.79.

maddesi²⁹², 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 40. maddesi²⁹³, ISTAC Tahkim Kurallarının 40. maddesi²⁹⁴ uyarınca tarafların itiraz etmedikleri usuli haklardan feragat edecekleri kabul edilmiştir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların bir haktan feragat ettiklerinin kabul edilmesindeki amaç, tarafların, tahkim yargılamasında daha dikkatli davranmaları, usuli işlemleri tahkim yargılamasını baltalamak için kullanmamaları ve tahkim yargılamasında usuli haklarını kötü niyetli olarak kullanmamalarıdır²⁹⁵. Tarafların tahkim yargılaması devam ederken ortaya çıkan usuli aykırılıklara itiraz etmemesinin o usuli haktan feragat edildiği anlamına gelmesi, ilerleyen aşamalarda iptal ve tenfiz davasında bu ihlalin ileri sürülerek tahkim sürecini aksatmaya yönelik hareket edilmesinin önlenmesi açısından önemlidir²⁹⁶.

Tahkim yargılamalarında bir tarafça yapılan usuli işlemin itiraz edilmeden karşı tarafça kabul edilmesinin, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin bir anlaşma yapıldığı anlamına gelmediği söylenebilecektir²⁹⁷. Fakat, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim anlaşmasına ilişkin usuli anlaşmalarını zımnen yapabilecekleri kabul edildiğinden, itiraz edilmeyen işlemin zımni bir anlaşma anlamına gelip gelmediğine somut uyuşmazlığın unsurları değerlendirilerek karar

²⁹² UNCITRAL Tahkim Kurallarının 32. maddesi: “(h)erhangi bir şekilde bu Kurallara uyulmamasına veya tahkim anlaşmasının herhangi bir koşulunun yerine getirilmemesine bir tarafça hemen itirazda bulunulmadığı takdirde, söz konusu taraf, itirazda bulunamayışının hal ve şartlara göre haklı nedenlere dayandığını ortaya koymadıkça, itiraz hakkından vazgeçmiş sayılır”.

²⁹³ 2017 tarihli ICC 40. maddesi: “(b)u Kurallar’ın herhangi bir hükmüne veya yargılamanın tabi olduğu kuralların herhangi bir hükmüne uyulmaması halinde, hakem kurulu tarafından verilen herhangi bir talimata veya hakem kurulunun oluşması için tahkim sözleşmesinde yer alan herhangi bir şarta veya yargılamanın yürütülmesine itiraz etmeden tahkime devam eden taraf, itiraz etme hakkından feragat etmiş sayılır”.

²⁹⁴ ISTAC Tahkim Kuralları 40. maddesi: “1. a) Bu Kurallar’ın veya tahkim usulüne uygulanan diğer kuralların herhangi bir hükmüne; b) Tahkim yargılamasının yürütülmesine; c) Tek Hakem veya Hakem Kurulu tarafından verilen emirlere; d) Tahkim Anlaşması uyarınca Tek Hakem veya Hakem Kurulu’nun belirlenmesine, itirazda bulunmaksızın tahkim yargılamasına devam eden taraf, itiraz hakkını kaybeder”.

²⁹⁵ Petrochilos, **a.g.e.**, s.121.

²⁹⁶ Kaplan, **Usul**, s.86; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.33.

²⁹⁷ Aygöl, **a.g.e.**, s.51.

verilecektir²⁹⁸. Her ne kadar ilgili işlem zımni bir anlaşma olarak kabul edilmese de konu hakkında iptal ve tenfiz davalarında yapılan işlemin tarafların ilk anlaşmalarına aykırılık teşkil ettiğinin ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir.

Tarafların tahkim yargılamasında hangi eylemlerinin haktan feragat etme anlamına geleceği veya tarafların hangi durumlarda hakemleri veya karşı tarafı nasıl bilgilendirmeleri gerektiği uygulanacak hukuka, *lex arbitriye*, göre belirlenecektir²⁹⁹. Tarafların bildikleri veya bilmelerinin olağan kabul edildiği durumlarda, bir itirazda bulunmamaları yani sessiz kalmaları bu hakları kullanmak istemedikleri anlamına gelebilecektir. Tarafların hangi hususları bildikleri veya bilmeleri gerektiğine dair milletlerarası bir kriter bulunmasa da dürüstlük ilkesi ve adil yargılanma ilkeleri ışığında tarafların konu hakkında bilgi sahibi olup olmadıklarının veya bilgi sahibi olmalarının gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir³⁰⁰.

Tarafların tahkim yargılamasında feragat ettikleri usuli haklarına ilişkin, tahkim yargılamasının ilerleyen aşamalarında da hatta iptal ve tenfiz davalarında dahi itirazda bulunmayacakları kabul edilmektedir³⁰¹. Bu durum, konu hakkında tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukta özel bir düzenleme bulunmasa dahi, tarafların dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağına uygun hareket etme yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır.

Taraflar, tahkim yargılamasında itirazda bulunmadıkları için feragat ettikleri bir hakka ilişkin tahkimin ileri aşamalarında sadece; hakka ilişkin durum hakkında bilgi sahibi olmadıklarını, itiraz etmiş olsalardı bile tahkim yargılamasında dikkate alınmayacaklarını veya hakemlerin emredici bir kural aksine işlem yaptıklarını ileri

²⁹⁸ Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli konularda zımni anlaşma yapabilmelerine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(C)-(2))

²⁹⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.118.

³⁰⁰ Born, **a.g.e.**, s.2188; Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.555.

³⁰¹ Tahkim yargılamalarında tarafların feragat ettikleri hakların, iptal ve tenfiz davasında nasıl değerlendirileceği hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(3)-(c)).

sürerek itiraz edebilirler³⁰². Fakat usuli haklara ilişkin bu hallerin, taraflarca ispat edilmesinin oldukça zor olduğu söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların her türlü usuli haktan feragat edebileceklerinin söylenmesi de mümkün değildir. Tarafların; üçüncü kişilerin menfaatlerini ilgilendiren veya adil yargılanma ve kamu düzenine ilişkin usuli haklardan feragat edemeyecekleri genel olarak kabul edilmektedir³⁰³. Bu sınırlamaların kapsamının *lex proceduraliaya* tabi hükümler olduğu söylenebilecektir. Tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk, tarafların hangi hususlardan feragat edemeyeceklerine ilişkin özel düzenlemeler de içerebilecektir. Örneğin IBA İlkeleri uyarınca taraflar kimi durumlarda hakemlere itiraz haklarından feragat edemeyeceklerdir³⁰⁴. Yani her bir somut uyuşmazlıkta tahkimin tabi olduğu hukuk kapsamında tarafların hangi haklardan feragat edip edemeyeceklerinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

III. İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ TAHKİM KURUMU VEYA HAKEM KURULU TARAFINDAN BELİRLENMESİ

A. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı, tahkim yargılaması başlatıldıktan sonra artık sadece taraflarca belirlenemeyecektir. Tarafların irade serbestilerinin kapsamı, tahkim kurumları ve hakemlerce belirlenecektir. Taraflar, tahkim yargılamasının yürütülmesi için *ad hoc* tahkime karar verirlerse irade serbestileri sadece hakem

³⁰² Petrochilos, **a.g.e.**, s.119-120.

³⁰³ Born, **a.g.e.**, s.2189.

³⁰⁴ Örneğin, taraf sıfatıyla hakem sıfatının birleşmesi halinde veya hakemlerin davanın sonucu hakkında ekonomik bir çıkarının ortaya çıkması halinde, tarafların ilgili duruma itiraz haklarından feragat edemeyecekleri düzenlenmiştir. Tarafların hangi durumlarda hakemler hakkında yapabilecekleri itirazlardan vazgeçemeyeceklerine ilişkin bkz. (İkinci Bölüm-IV-(B)-(2)-(d)).

kurullarınca, kurumsal tahkime karar verdiklerinde önce tahkim kurumlarınca ardından kurum kuralları kapsamında belirlenen hakemlerce belirlenecektir.

Tahkim yargılamasına tahkim kurumlarının ve hakem kurullarının dahil olması ile tarafların irade serbestileri ve bu serbesti kapsamında yapabilecekleri tercihleri, tahkim kurumlarının ve hakem kurullarının süzgecinden geçecektir. Tarafların seçtikleri usuller veya hukuklar, tahkim kurumları ve hakem kurullarınca uygulanacak ve tarafların irade serbestisini kısıtlayacaklardır. Bu durum tarafların artık tahkim yargılamasının usulü hakkında irade serbestilerine sahip olmadıkları anlamına gelmemekte, sadece tarafların irade serbestileri ile tahkimi yönlendirme etkilerinin tahkim yargılaması başlamadan önce olduğundan daha kısıtlı olduğu anlamına gelmektedir³⁰⁵. Yani tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı, tahkim yargılaması ilerledikçe daralmaktadır.

Tahkim yargılaması başladıktan sonra tahkimin yönetimi esas olarak hakemlerin kontrolündedir. Tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin tercihleri, ister *ad hoc* isterse de kurumsal tahkimde hakem kurullarınca değerlendirilecektir. Fakat kurumsal tahkimde *ad hoc* tahkimden farklı olarak, hem kurumların tahkim yargılamasını yürütmeyi kabul etmeme hakları vardır hem de tahkim yargılamasında hakem kurulları ile birlikte kimi kurum organları tarafların

³⁰⁵ Tahkim yargılaması başladıktan sonra da esaslı olarak, tarafların irade serbestileri dahilinde yaptıkları tercihlerin dikkate alınması gerekmektedir. Tarafların tercihleri dikkate alınmadan verilen hakem kararları, iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyebileceklerdir. Örneğin, Çin mahkemelerine konu olan bir uyuşmazlıkta taraflar, aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için Londra’da üç hakemli bir *ad hoc* tahkimine karar vermişlerdir. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık sonucunda da Londra Denizcilik Hakemler Birliği’nin kuralları ile üç hakemli bir tahkim yargılaması Londra’da başlatılmıştır. Tahkim yargılaması devam ederken hakemlerin birisinin tutuklanmasına rağmen geri kalan iki hakem, tahkim yargılamasına devam etmiş ve bir karar vermişlerdir. Karar hakkında açılan tenfiz davasında ise hakem kararına, tahkim yargılamasının tarafların tercihleri doğrultusunda yürütülmediği gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Mahkeme, tarafların tahkim yeri hukuku olarak Londra’yı seçmeleri sebebiyle tutuklanan hakem hakkında İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiş; İngiliz hukuku uyarınca da tarafların, bir hakem görevini yerine getiremez ise kalan iki hakemle devam etmek, mahkemeden yeni bir hakem atanması istemek veya yeni bir hakem seçme konusunda tercih hakları bulunduğunu tespit etmiştir. Davaya konu olayda bir hakem tutuklandıktan sonra geri kalan hakemlerin, tarafların tercihlerini sormadan tahkim yargılamasını sonlandırmalarının da tarafların tercihlerine aykırılık teşkil ettiğine karar verilmiştir. Bu sebeple de kararın tenfizi reddedilmiştir. *First Investment Corp v. Not indicated, Higher People’s Court, Fujian Province, 12 Ekim 2007 and Supreme People’s Court, 27 Şubat 2008, Çin Halk Cumhuriyeti Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, s.349 -352, p.11-12-13-14-15-16-17.

irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesinde söz sahibi olabilmektedir³⁰⁶. Bu sebeple, çalışmamız kapsamında öncelikle, tarafların kurumsal tahkimi seçmeleri halinde irade serbestilerinin tahkim kurumları tarafından nasıl değerlendirileceği ve kısıtlanacağı; ardından, *ad hoc* veya kurumsal tahkim kapsamında belirlenen hakem kurullarının, tarafların irade serbestisinin kapsamını nasıl belirleyebilecekleri değerlendirilecektir. Hakemlerin tarafların iradelerinin kapsamını belirlemeleri de iki başlık altında değerlendirilecektir. Öncelikle tahkim yargılamasının başında hakemlerin tarafların tercihlerini değerlendirmeleri ve bu tercihler ile tahkim yargılamasına başlanması incelenecek; ardından tahkim yargılaması devam ederken tarafların irade serbestileri kapsamında tercihte bulunmaları halinde hakemlerin nasıl hareket edecekleri değerlendirilecektir.

B. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Kurumu Tarafından Belirlenmesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının kendilerinin belirleyeceği hakem veya hakem kurulu tarafından yürütülebilmesini tercih edebilecekleri gibi kurumsal bir tahkim merkezi tarafından yürütülmesini de tercih edebileceklerdir. Tarafların tahkim yargılamalarını yürütmek üzere tahkim kurumlarını ve kurallarını seçebilmelerine yönelik irade serbestileri, milletlerarası alanda genel olarak kabul edilmiş ve birçok düzenlemeye konu olmuştur. Fakat, tarafların kurumsal tahkim merkezlerini seçme özgürlükleri, tahkim yargılamasının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestilerinin seçtikleri kurumun kuralları ile kısıtlanmasına sebep olacaktır³⁰⁷.

³⁰⁶ Fakat bu durum, kurumsal tahkimde de tahkim yargılamasının yürütülmesi ve tarafların iradeleri hakkında karar verme yetkisinin esas olarak hakem kurulunda olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Örneğin ICC tahkimi uyarınca, hakem kurullarınca birlikte Divan kurumu da tahkim yargılamasının yürütülmesi hakkında söz sahibidir. 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 1(2) hükmü uyarınca: “(d) *divan uyuşmazlıkları kendisi çözmez. Divan, uyuşmazlıkların hakem kurulu tarafından ICC Tahkim Kurallarına (Kurallar) göre çözülmesi sürecini yönetir*”. Yani Divan, hakem kuruluna yardımcı bir organdır.

³⁰⁷ Bu sebeple kurumsal tahkim merkezlerinin, tarafların sahip oldukları irade serbestisine ilişkin tartışmaları sona erdirdiği çünkü tahkim yargılamalarında usule ilişkin unsurların tarafların kontrolünden çıkıp tamamen kurumların yetkisine tabi olduğu ileri sürülmektedir. Fouchard/Gaillard/Goldman, *a.g.e.*, s.31.

Kurumsal tahkim merkezlerinin, bir uyuşmazlık hakkında yetkili olabilmeleri için taraflarca sözleşme ile yetkilendirilmiş, taraflarca seçilmiş olmaları gerekmektedir. Bu durum, kurumsal tahkimin sözleşmesel özelliğinden kaynaklanmaktadır. Kurumsal tahkim merkezlerinin düzenledikleri kurallar ile taraflara, tahkim yargılamalarını yürütmek için bir icapta bulundukları söylenebilecektir. İcabı kabul, tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesi için kurumsal tahkim merkezini seçtiklerinde değil, tahkim yargılamasının başlatılması için kuruma talepte bulunulduğu zaman ortaya çıkacaktır³⁰⁸. Tarafların tahkim yargılamasına ilişkin iradelerinin tahkim kurumuna ulaşması ile tahkim kurumu ile taraflar arasında tahkim yargılamasının kurum tarafından yürütülmesine ilişkin bir sözleşme kurulmuş olduğu söylenebilecektir.

Taraflar tahkim anlaşmalarında sadece tahkim kurumunu belirleyip tahkim kurallarından bahsetmezlerse o kurumun kurallarını ve düzenlemelerini zımni olarak seçtikleri kabul edilecektir³⁰⁹. 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi IV(1)(a) maddesi de açıkça bir tahkim kurumu seçildiğinde tahkim yargılamasının ilgili tahkim kurumunun kuralları ile yürütüleceğini düzenlemiştir³¹⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak kurallar olarak kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarını

³⁰⁸ Berger, **Paradox**, s.476.

³⁰⁹ Berger, **Paradox**, s.477; Aygöl, **a.g.e.**, s.61; Arroyo, **a.g.e.**, s.201; Alman mahkemelerine konu olan uyuşmazlıkta taraflar, aralarındaki anlaşma uyarınca Moldova Cumhuriyeti Endüstri ve Ticaret Odası Milletlerarası Ticari Tahkim Heyeti tarafından yürütülecek bir tahkim yargılaması konusunda anlaşmışlardır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık sonucunda Tahkim Heyeti tarafından, tek hakemle verilen hakem kararı hakkında Almanya’da açılan tenfiz davasında, karar aleyhine çıkan taraf, UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca taraflarca hakem sayısının belirlenmediği hallerde üç hakem ile yargılama yapılması gerekirken, tek hakem ile yapılan yargılamanın tarafların anlaşmalarına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Bu iddia karşısında mahkeme, tarafların bir tahkim kurumunu seçtiklerinde onun kurallarını da seçtiklerinin kabul edilmesi gerektiğine, ilgili ticaret odası tahkim kuralları kapsamında tek hakem ile tahkim yargılamasının yürütülebiliyor olduğuna, bu sebeple de tahkim yargılamasının tarafların tercihlerine uygun olarak yürütüldüğüne karar vermiştir *Buyer v. Seller*, OLG Cologne, Almanya, 26 Şubat 2014, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XLI, 2016, s.484-486, p.26.

³¹⁰ 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi IV(1)(a) hükmü: “*Hakemlik anlaşması akteden taraflar aşağıdaki hususları serbestçe kararlaştırabilirler: a) İhtilaflarının daimî bir hakemlik müessesesi tarafından halledileceğini; bu takdirde hakemlik, tayin edilen müessesenin yönetmeliğine uygun olarak cereyan eder...*”.

belirleme özgürlükleri bulunmaktadır. Fakat tarafların, ilgili kurumsal tahkim kurumlarını seçmeden sadece kurumsal kuralları seçmiş olmalarının nasıl yorumlanacağı tam bir kesinlik teşkil etmemektedir. Kimi kurumsal tahkim kuralları açıkça, tahkim yargılamasına kuralların uygulanmasının seçilmesinin tahkim kurumunun da yetkilendirildiği anlamına geldiğini düzenlemektedir³¹¹. Konu hakkında ayrı bir düzenlemesi olmayan tahkim kurumlarının kuralları seçildiğinde ise kurallarla uyumlu olarak tahkim kurumunun da yetkilendirildiğinin kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir³¹². Konu hakkında ortaya çıkabilecek problemler sebebiyle, tahkim yargılamasının yürütülmesi için, tahkim kurumlarının kurumsal faaliyetleri kabul edilmeden sadece tahkim kurallarının seçilmemesi tavsiye edilmektedir³¹³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, irade serbestisi kapsamında farklı tahkim kurumlarının kurallarının farklı tahkim kurumlarınca yürütülmesini de talep edebileceklerdir. *Hibrit yargılama* olarak adlandırılan bu yargılamalar, tahkim kurumlarının tahkim kurallarının, farklı tahkim kurumlarınca kullanılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir³¹⁴. Tahkim kurumlarının kurallarının, farklı kurumlarca uygulanıp uygulanamayacaklarına ilişkin, taraflarca seçilen kurumların kurallarına bakılarak karar verilmesi, tarafların iradelerine uygun işlem yapılması için en uygun çözüm yöntemidir. Örneğin 2017 tarihli ICC 1(2) maddesi: “*kurallar uyarınca Divan, Kurallara göre verilmiş hakem kararlarının incelenmesi ve onayı dâhil olmak üzere tahkim yönetimi konusunda yetkilendirilmiş tek kuruluştur*” ve 6(2) maddesi: “*taraflar, tahkime bu Kuralların uygulanmasını kabul etmekle, tahkim yargılamasının Divan tarafından yönetilmesini kabul etmiş olurlar*” demek suretiyle, hibrit tahkim yargılamalarını kabul etmeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Yani taraflar, ICC Tahkim Kurallarının başka bir kurum tarafından

³¹¹ Örneğin, 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 6(2): “*Taraflar, tahkime bu Kurallar’ın uygulanmasını kabul etmekle, tahkim yargılamasının Divan tarafından yönetilmesini kabul etmiş olurlar*”.

³¹² Konu hakkında aksi yönde mahkeme kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Çin Yüksek Mahkemesi bir kararında, taraflarca sadece tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar hakkında tercihte bulunulduğunda, taraflar ayrıca bir tahkim kurumunu yetkilendirmez veya seçilen kurallar bir tahkim kurumunu yetkilendirmezse, tarafların bir tahkim kurumu hakkında bir tercihte bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Berger, **Paradox**, s.478 dn.29.

³¹³ Aygül, **a.g.e.**, s.61.

³¹⁴ Smit, **The Future**, s.20.

uygulanmasına karar veremezler; çünkü kuralların seçilmesi ile ICC yetkilendirilmektedir. Fakat konu hakkında aksi yönde verilmiş mahkeme kararları da bulunmaktadır. Örneğin Singapur Yüksek Mahkemesi 2013 tarihli *HKL Group C Ltd v Rizq International Holdings Pte Ltd*, kararına konu uyuşmazlıkta taraflar, tahkim yargılamalarının bir tahkim kurumu tarafından ICC Tahkim Kuralları ile yürütülmesi konusunda anlaşmışlardır. Mahkeme, Kuralların, tarafların ICC Tahkim Kurallarının başka bir tahkim merkezi tarafından yürütülmesine yönelik tercihlerine engel olamayacağına karar vermiştir. Fakat yine mahkeme, ICC Tahkim Kurallarının uygulanacağı bir tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için bu kuralları uygulayacak bir tahkim kurumunun bulunması gerekliliğini vurgulamıştır³¹⁵. Singapur Yüksek Mahkemesi'nin 2009 yılında verdiği *Insigma Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd.* kararına konu uyuşmazlıkta ise taraflar, Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (SIAC) tarafından ICC Tahkim Kuralları ile yürütülecek tahkim yargılaması konusunda anlaşmışlardır. Mahkeme, tahkim yargılamasının yetkisini bu irade beyanından aldığı gerekçesiyle hibrit yargılamaların geçerli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesinin milletlerarası kamu düzenine uygun olduğunu ve milletlerarası alanda tahkim anlaşmalarının geçerli olarak kabul edilmesine yönelik yorum yapılması gerektiğini vurgulamıştır³¹⁶. Yine New York Yüksek Mahkemesi *Exxon Neftegas Ltd. v. WorleyParsons Ltd.* kararında; Amerikan Tahkim Merkezi (AAA) tarafından ICC Tahkim Kuralları uygulanarak tahkim yargılamasının yürütülmesinin talep edildiği yargılamada tahkim anlaşmasının geçerli olacağını kabul etmiştir. Mahkeme, eğer AAA, ICC Tahkim kuralları ile yargılama yapmayı kabul etmiyor ise tahkim yargılamasının AAA Tahkim Kuralları ile yürütülmesi gerektiğine hükmetmiştir³¹⁷. Hibrit tahkim yargılamalarının geçerli kabul edildiği

³¹⁵ *HKL Group C Ltd v Rizq International Holdings Pte Ltd.*, Singapur, SGHCR 5 ve SGHCR 8, 2013, naklen Berger, **Paradox**, s.478 dn.33.

³¹⁶ *Insigma Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd.*, Singapur, 3 S.L.R. (R.) 940, 2009, naklen Carlevaris, **a.g.e.**, s.24; Tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıkta SIAC, ICC Tahkim kurallarını esas alarak yargılama yapmayı kabul etmiştir. SIAC taraflara yaptığı yazılı bildirim ile tahkim yargılamasında SIAC Tahkim kuralları ile birlikte ICC Tahkim Kurallarının uygulanacağını bildirmiştir. Berger, **Paradox**, s.480 dn.46.

³¹⁷ *Exxon Neftegas Ltd. v. WorleyParsons Ltd.*, Supreme Court of the State of New York, Amerika Birleşik Devletleri, No. 654405/2013, 16 Haziran 2014, naklen Carlevaris, **a.g.e.**, s.25; Berger, **Paradox**, s.478.

kararlarda mahkemeler, tarafların ICC Tahkim Kurallarını seçerek ICC Tahkim Kurallarına tabi olma iradelerini göz ardı etmektedirler. ICC Tahkim Kurallarında yer alan bu hükümlerin amacı, tahkim yargılamasının belirlenen kurumlar ile uyum halinde sürdürülerek tahkim yargılamasının sorunsuz ilerlemesi ve tenfiz edilebilir hakem kararları elde edilmesidir. Aksi yönde bir yorum, problemli tahkim yargılamaları ve sorunlu hakem kararları ortaya çıkabilecektir³¹⁸.

Taraflar tahkim yargılamalarının yürütülmesi amacıyla bir tahkim kurumunu yetkilendiklerinde, kurum kurallarında yer alan emredici kurallara da tabi olmayı kabul etmektedirler³¹⁹. Yani, taraflar tahkim kurumunu yetkilendirdikten sonra kurum kurallarında yer alan emredici kurallar aksine tercihte bulunamayacaklardır. Tarafların, tahkim kurumunun emredici olarak düzenlediği kuralların aksini kararlaştıramamaları aynı zamanda taraflar ile kurum arasında sözleşmesel bir ilişki olmasından da kaynaklanmaktadır. Tahkim kurulunun, tarafların karşı icabını kabul etmek zorunda olmadığı kabul edilmektir³²⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim kurumlarının, tahkim yargılamasının yürütülmesi amacıyla seçilmelerinin ardından, kurum kuralları harici

³¹⁸ Örneğin, *Insigma* kararına konu tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı, Çin Yüksek Mahkemesi tarafından, SIAC tarafından hakemlerin ICC kurallarına uygun olarak atanmadığı için, tahkim yargılamasının tarafların tercihlerine aykırı olarak yürütüldüğü sebebiyle tenfiz edilmemiştir. *Alstom Technology Ltd v. Insigma Technology Co Ltd*, Hangzhou Intermediate People's Court, Zhejiang, Çin Halk Cumhuriyeti, 6 Şubat 2013, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIX, 2014, s.380 -383, p.11.

³¹⁹ Carlevaris, **a.g.e.**, s.24; Alman Yüksek Mahkemesinde tenfiz davasına konu olan tahkim yargılamasında taraflar, tahkim yargılamalarının İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi tarafından yürütülmesi konusunda anlaşmışlardır. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık sonucunda kurumun verdiği hakem kararı hakkında, karar lehine sonuçlanan tarafça Almanya'da tenfiz davası açılmıştır. Davalı taraf, tahkim yargılaması sırasında hakemlerin sözlü yargılama yapılması talebini reddetmelerinin, yeni delilleri kabul etmemelerinin ve hakem kararında davalı tarafın ileri sürdüğü iddiaların gerekçelendirilmemesinin, Türk Hukuk Usul Muhakemeleri Kanuna aykırılık teşkil ettiğini bu sebeple kararın New York Anlaşması V(1)(d) hükmü uyarınca tenfiz edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme, tarafların İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezini tercih ederek merkezin kurallarına tabi olmayı kabul ettiğine, tahkim yargılamasının bu kurallara uygun olarak yürütüldüğüne karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, tahkim yargılamasının Türk Hukuk Usul Muhakemeleri Kanununa da aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. *Not indicated v. Not indicated*, Hanseatic Court of Appeal, Bremen, Almanya, 84, 30 Eylül 1999, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXI, 2006, s.640-651, p.14-17.

³²⁰ Robert Smit H., "Mandatory ICC Arbitration Rules", **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, Editör Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, Paris, ICC Publishing, 2005, s.845-870, s.847.

kuralların tercih edilmesine veya taraflarca özel usullerin belirlemelerine izin verdiği düzenlemeler bulunmaktadır³²¹. Fakat tarafların tercihleri ile kurumların kurallarının çatışması halinde, kurumların kurallarının mı yoksa tarafların konu hakkında ortaya koydukları özel tercihlerinin mi hakemler tarafından dikkate alınması gerektiği sorunu gündeme gelebilecektir. Genel kabul edilen görüş, tarafların bir tahkim kurumunu seçerken, kurumun tahkim yargılamalarını yürütmek için koyduğu kuralları ve tahkim kurumunun bilinen usuli sistemini tercih etmiş olduklarıdır³²². Tarafların sadece kurumunun kurallarını değil, bu kuralların tahkim kurumlarının yorumlanmasını da kabul ettikleri kabul edilmektedir³²³. Bu sebeple tahkim

³²¹ Örneğin ISTAC hükümleri uyarınca, tarafların uygulanacak hukuk olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi farklı kurallar seçebilecekleri kabul edilmektedir. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.580.

³²² 2010 ve 2013 tarihli SIAC Tahkim Kuralları 5(2)(b) hükmü uyarınca seri tahkim yargılamalarında yargılamanın, aksi başkan tarafından kararlaştırılmadıkça, tek hakeme gönderileceği düzenlenmektedir. Singapur Yüksek Mahkemesi'nde iptal davasına konu olan bir uyuşmazlıkta her ne kadar taraflar arasında tahkim yargılamasının üç hakem ile çözümleneceğine dair bir anlaşma olsa da taraflardan biri SIAC Tahkim kuralları uyarınca seri tahkimde tek hakem ile yargılamanın yürütülmesi için talepte bulunmuş, buna karşılık davalı en baştan yargılamaya itiraz etse de dava bu şekilde yürütülmüş ve sonuçlandırılmıştır. Davalı, hakem kararının verilmesinden ardından kararın iptali için başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, tarafların SIAC kurallarını kabul etmelerinin hızlandırılmış prosedürleri de kabul ettikleri anlamına geldiğini ve tarafların arasında bu konuda aksi bir anlaşmanın olmadığını vurgulamıştır. Tarafların tercihleri yorumlanırken, tarafların tahkim anlaşmasında karar verdikleri tahkim yargılamasının üç hakemli olarak yürütülmesi talebinin Kurallar için de yer alan seri prosedürlerin uygulanmasını zorlaştıracak ve tarafların seri prosedür hakkında hiçbir karar vermemişken üç hakem konusunda anlaşmalarının seri prosedürlerden vazgeçtikleri anlamına gelemeyeceği yönünde karar verilmiştir. Berger, **Paradox**, s.492. Fakat başka bir davada, taraflar tahkim anlaşmaları ile üç hakem belirlemişlerken, aynı hüküm uyarınca tarafların anlaşmalarına aykırı olarak tek hakemin atanmış olmasının kabul edilemeyeceği, konu hakkında tarafların ayrıca karar vermiş olmalarının gerektiği sebepleriyle Şanghay Mahkemesi tenfiz talebini reddetmiştir. *Noble Resources International Pte. Ltd. v. Shanghai Xintai International Trade Co. Ltd.*, Shanghai No. 1 Intermediate People's Court, Çin Halk Cumhuriyeti, 11 Ağustos 2017, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XLII, 2017, s.367-369, p.10. SIAC Kuralları uyarınca ortaya çıkan problem, 2016 tarihli değişiklikle 5. maddeye bir ekleme yapılarak çözülmüştür. İlgili madde uyarınca tarafların konu hakkında farklı bir anlaşmaları olsa bile seri tahkim usulünde tek hakem ile yargılamanın yapılması mümkün hale getirilmiştir. Bu sayede hüküm aksi kararlaştırılmaz bir emredici hüküm haline getirilmiştir. Berger, **Paradox**, s.490.

³²³ Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesine konu olan bir uyuşmazlıkta, Çinli ve Amerikalı taraflar, Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu (CIETAC) tarafından başvuruconun tercihi uyarınca Pekin'de, Shenzhen'de veya Şanghay'da yürütülecek tahkim yargılaması konusunda anlaşmışlardır. (Tahkim anlaşmasının İngilizce metni şu şekildedir: "All dispute(s) arising from or in connection with this Contract shall be submitted to (CIETAC) for arbitration which shall be conducted by (CIETAC) in Beijing or by its Shenzhen Sub-Commission in Shenzhen or by its Shanghai Sub-Commission in Shanghai at the Claimant's option in accordance with (CIETAC's) arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties.") Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık sonucunda, Amerikalı şirket 6 Mart 2001 tarihinde Şangay'da tahkim yargılamasını başlatırken, Çinli taraf 12 Mart 2001 tarihinde Pekin'de tahkim yargılamasını başlatmıştır. Her ne kadar Amerikalı şirket, Çinli şirketin açmış olduğu tahkim yargılamasını durdurulması için itiraz etse de CIETAC, iki tahkim yargılamasının da beraber

kurumlarının kurallarının, tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında verecekleri özel tercihler karşısında üstün olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Tahkim kurumları getirdikleri kurallar ile tahkim yargılamasının sorunsuz bir şekilde ilerlemesi amaçlanmaktadır. Tarafların tahkim kurumunu seçtikten sonra tahkim yargılamasının usulü hakkında yaptıkları özel tercihler, çoğu zaman tahkim yargılamasının ilerlemesinde sıkıntılar çıkartacak veya tenfiz edilemez kararlar verilmesine sebep olabilecektir. Bu durum da tarafların çıkarlarına aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, bir tahkim kurumunu yetkilendirdiklerinde ve bu kurumun kurulları aksine tercihte bulunmak istediklerinde neden bu değişiklikleri yapmak istedikleri konusunda açık olmaları ve kuruma yapacakları değişiklik hakkında danışmalılardır; çünkü çoğu zaman tarafların yapacakları değişiklikler konusunda tahkim kurallarında açık düzenlemeler bulunmamaktadır³²⁴. Bu sebeple tahkim kurumlarının, tarafların kurallarında yaptıkları değişiklikler karşısındaki tavırları her bir somut olay karşısında farklılık gösterebilecektir.

Tahkim kurumları, kendi düzenledikleri kuralları denetleyen bir mekanizma olarak çalışmaktadırlar³²⁵. Bu sebeple kurumlar, kendi belirlediği kurallar harici yürütülmesi talep edilen bir yargılamayı yürütmek istemeyebilecektir³²⁶. Tahkim

görülebileceğine karar vermiştir. Çinli tarafın Pekin’de başlattığı tahkim yargılaması sonunda karar, Çinli şirket lehine çıkmıştır. Amerikalı şirket kararın iptal edilmesi için Çin mahkemelerine başvurmuş ve fakat talebi reddedilmiştir. Çinli şirket ise kararın tenfiz edilmesi için ABD’de dava açmıştır. Amerikalı şirket tenfiz davasına, CIETAC tarafından tarafların tahkim anlaşmasında yer alan tercihleri dikkate alınmadan karar verildiğini ve durumun New York Anlaşması V(1)(d) hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile itiraz etmiştir. Mahkeme, taraflar arasında yapılan anlaşmanın kesinlik teşkil etmediğine, tahkim yerinin anlaşmada tam olarak belirlenmediğine, her iki tarafın da başvuru olduğu ve tahkim yargılamalarının konularının tam olarak aynı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca tarafların, CIETAC tahkimi seçerek CIETAC’ın kendi tahkim kurallarını yorumlamasını da kabul ettiklerini; bu sebeple kesinlik teşkil etmeyen tahkim şartı karşısında iki tahkim yargılamasının da geçerli olduğuna dair CIETAC’ın yorumunun bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme belirtilen sebeplerle tenfiz davasını kabul etmiştir. *China National Metal Products Import/Export Company (PR China) v. Apex Digital, Inc. (US)*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 03-55231, 16 Ağustos 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXX, 2005, s.908-914, p.12.

³²⁴ Waincymer, **a.g.e.**, s.193.

³²⁵ Berger, **Paradox**, s.485.

³²⁶ Waincymer, **a.g.e.**, s.188; Berger, **Paradox**, s.485; Carlevaris, **a.g.e.**, s.21; Aygül, **a.g.e.**, s.66.

kurumlarının belirlediği kurallar, uzmanlar tarafından birçok farklı durum değerlendirilmek suretiyle hazırlanmış kurallardır. Bu sebeple, tahkim kurumlarının, tarafların tahkim prosedürünü değiştiren ve makul bir sebebe dayanmayan taleplerini kabul etmeme hakları olduğu kabul edilmektedir³²⁷. Konu hakkında, tahkim kurumlarının tahkim yargılamasını yürütmeyi reddettiği ve mahkemelerce tahkim kurumlarının bu hakka sahip olduğuna hükmettiği kararlar bulunmaktadır. Örneğin, *Samsung v. Qimonda* kararında, ICC Divanının, ICC Tahkim Kuralları 33. madde (2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 34. madde) uyarınca Divanın hakem kararları üzerinde sahip olduğu, kararın şekline ilişkin değişiklikler yapma ve esasa ilişkin hususlara da hakem kurulunun dikkatini çekme yetkisi aksine yapılan tahkim anlaşması sebebiyle tahkim yargılamasını yürütmeyi kabul etmemesi üzerine, ICC'nin tahkim yargılamasını yürütmeme hakkına sahip olduğuna karar verilmiştir³²⁸.

Uygulamada ICC Tahkim Kurallarında yer alan emredici kuralların aksine tercih yapıldığında ICC, doğrudan tahkim yargılamasını yürütmeyi reddetmek yerine tarafları ilgili düzenlemenin değiştirilmesi konusunda uyarmaktadır. Genel olarak da taraflar, ilgili hükmü değiştirmek suretiyle yargılamaya devam edilmesini istemektedirler³²⁹.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tahkim kurumları, kendi kurallarında değişiklik yaptıkları için tarafların değişiklik taleplerini kabul etmezlerse ve yargılamayı yürütmezlerse taraflar, tahkim yargılamasına *ad hoc* tahkim olarak devam edebileceklerdir³³⁰. Örneğin tarafların bir kurumsal tahkim merkezinin kurallarını seçerek farklı bir kurumsal tahkim merkezini yetkilendirmeleri halinde, hakemlerce veya hakimlerce yapılacak değerlendirmede *favor negotii* ilkesi

³²⁷ Carlevaris, **a.g.e.**, s.36.

³²⁸ *Samsung v. Qimonda*, Paris Court of First Instance, Fransa, 22 Ocak 2010, naklen Carlevaris, **a.g.e.**, s.28.

³²⁹ Smit H., **a.g.e.**, s.847 dn.6.

³³⁰ Berger, **Paradox**, s.480; Aygöl, **a.g.e.**, s.66.

gereğince tahkim anlaşmasının geçerli olacağı şekilde bir yorumda bulunulmalıdır³³¹. İster tarafların özel tercihleri, isterse de emredici hükümler dikkate alınsın, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri değerlendirilirken tarafların esas amacının, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini istedikleri unutulmamalıdır. Taraflar arasında bu aşamada ortaya çıkan sorun, uyuşmazlığın tahkim uyuşmazlık yöntemi ile çözülüp çözülmemesi değil, sadece uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğine ilişkindir. Bu sebeple, konu hakkında tahkim yargılamasının nasıl yürütülmesine ilişkin yapılacak yorumların, tahkim yargılamasının gerçekleşmesinin önüne geçmemesi gerekmektedir. Fakat yapılan tercihin, tahkim yargılamasının tercih edilmesindeki yegâne sebep olması halinin istisna teşkil edebileceği unutulmamalıdır.

Milletlerarası alanda yer alan kurumsal tahkim merkezleri farklı emredici kurallar ile tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin iradelerini kısıtlamaktadırlar. Çalışmamız kapsamında her bir tahkim kurumun emredici hükümlerinin incelenmesi mümkün değildir. Bu sebeple, uygulamada en çok kullanılan ve hakkında en çok kaynak bulunan ICC Tahkim Kurallarında yer alan emredici kurallar ve örnek olarak kimi farklı tahkim kurumlarının emredici kuralları incelenecektir.

2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 19. maddesi uyarınca: “(h)akem kurulu nezdindeki tahkim yargılaması bu Kuralların hükümlerine tabidir. Kurallarda hüküm yoksa, tahkim yargılamasına uygulanacak ulusal hukukun usul hukuku kurallarına atıf yapılmış olmasının önemi olmaksızın, yargılamaya, taraflarca tayin edilmiş bulunan, tayin edilmemişse hakem kurulu tarafından belirlenen hükümler uygulanır”. Madde metninde “(k)urallarda hüküm yoksa” denildiği için, tarafların irade serbestisinin, sadece Kurallarda hüküm bulunmayan hallerde ve yine Kurallarca herhangi bir hükmün aksinin kararlaştırılabilmesine izin verildiği

³³¹ Bu çözüm yolunda *ad hoc* tahkimde, kurumsal tahkim kurallarının uygulanması gerekebilecektir. Bu tahkim yargılamalarının da pratik olmayacağı söylenebilecektir. Carlevaris, **a.g.e.**, s.23 dn.66; Petrochilos, **a.g.e.**, s.174.

durumlarda mevcut olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır³³². Fakat hükmü ICC, bu yönde yorumlamamaktadır. Tarafların genel olarak tahkim yargılamasının usulü hakkında irade serbestisine sahip oldukları ve ICC Tahkim Kurallarında yer alan sınırlı sayıda emredici kural ile irade serbestisini kısıtlandığı, esas olanın tarafların irade serbestileri dikkate alınarak ICC Tahkim Kuralları hükümlerinin değerlendirilmesi olduğu kabul etmektedir. Hükmün bu şekilde kaleme alınmasının sebebinin, ICC'nin kendi kuralları üzerinde, en azından kurumun kendisine sorulmadan, değişiklik yapılmamasını istemesi olduğu söylenmektedir³³³.

ICC, ICC Tahkim Kuralları içinde hangi hükümlerin emredici olduğu hakkında bir liste yayınlamaktan çekinse de kimi kuralların emredici oldukları ve taraflarca aksinin kararlaştıramayacakları kabul edilmektedir³³⁴. Tahkim yargılamasının bütünlüğünü sağlayan, kalitesini ilgilendiren, hakem kararlarının tenfizini etkileyen, ICC tahkime ilişkin özel hususlar içeren, ICC'nin idari işleyişini ilgilendiren ve hakemlerin dokunulmazlıklarıyla ücretlerini düzenleyen kuralların, emredici olduklarının kabul edilebileceği ileri sürülmektedir³³⁵. Buna karşılık taraflar tahkim yargılamasında, temel prensiplerle alakalı olmayan konularda değişiklik yapabileceklerdir³³⁶.

ICC Tahkim kuralları değerlendirildiğinde genel olarak Divanın kararları denetleme yetkisinin, hakemlerin tarafsızlığına ilişkin unsuların, hakemlerin ücretlerine ilişkin unsuların ve görev belgesinin düzenlenmesine ilişkin hususların emredici oldukları ve taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağı söylenebilecektir³³⁷. Bununla birlikte 2017 tarihli ICC Tahkim kurallarında yer alan kimi hükümler, emredici olduklarına dair özel olarak sayılabileceklerdir. ICC 1(2) ve 6(2) maddeleri

³³² Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.528; Waincymer, **a.g.e.**, s.385; Özellikle, 2012 güncellemesinden önce 1998 tarihli ICC Tahkim Kuralları uyarınca tarafların irade serbestisi ile tercihte bulunmalarının, ancak Kuralların uygulanmasında mevcut bir boşluk varsa mümkün olabileceği savunulmaktaydı. Kaplan, **Usul**, s.86.

³³³ Waincymer, **a.g.e.**, s.385.

³³⁴ ICC Tahkim Kurallarında emredici hükümlerin özel olarak sayılmamasının sebebi olarak, her bir uyumsuzluk için hakemlerin değerlendirme yapmasına imkân sağlanarak tarafların iradeleri üzerinde kesin bir sınırlama koyulmamasının istenmesi gösterilmektedir. Smit H., **a.g.e.**, s.848.

³³⁵ Smit H., **a.g.e.**, s.850.

³³⁶ Waincymer, **a.g.e.**, s.194.

³³⁷ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.96; Bratic, **a.g.e.**, s.124; Carlevaris, **a.g.e.**, s.21 dn.59.

uyarınca ICC Tahkim Kurallarının seçilmesi halinde Divanın yetkisini de kabul edilmesinin aksinin kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir³³⁸. ICC Tahkim Kuralları 6(1) hükmü uyarınca tarafların, tahkim anlaşmasının yapıldığı veya tahkimin başladığı tarihte yürürlükte olan Kuralları tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere seçebilmelerinin emredici olduğu, tarafların eski tarihli ICC Tahkim Kurallarını seçemeyecekleri kabul edilmektedir³³⁹. ICC Tahkim Kuralları 11. maddesi uyarınca hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmalarına ilişkin düzenlemenin emredici olduğu ve aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir³⁴⁰. ICC Tahkim Kuralları kapsamında taraflar tahkim yargılamasını yürütecek hakem sayısı konusunda irade serbestisine sahipken, iki hakemin uyumsuzluk hakkında ortak bir karara varamamaları halinde üçüncü bir hakemin atandığı yönteme karar veremeyeceklerdir³⁴¹. ICC Tahkim Kuralları 14. ve 15. maddeleri uyarınca hakemlerin reddi ve hakemlerin değiştirilmesine yönelik Divanın sahip olduğu yetkilerin aksi taraflarca kararlaştırılamayacaktır³⁴². ICC Tahkim Kuralları 22(4) hükmünde yer alan adil yarılanmaya ilişkin unsurlar, emredici nitelik taşırlar ve unsurların aksi taraflarca kararlaştırılamayacaktır. ICC Tahkim Kuralları 23. maddede yer alan görev belgesinin hazırlanmasının aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir³⁴³. ICC Tahkim Kuralları 32(1) hükmünde yer alan, hakemlerin oy çokluğu ile karar vermeleri gerektiğine ilişkin düzenlemenin ve oy çokluğu olmadığı durumlarda hakem kurulu başkanının karar vereceğine dair düzenlemenin emredici olduğu kabul edilmektedir³⁴⁴. ICC Tahkim Kuralları madde 34. maddesi uyarınca Divanın, hakem kararının şekline ilişkin değişiklikler yapma ve hakem kurulunun karar verme özgürlüğünü etkilemeksizin, esasa ilişkin hususlara dikkatini çekme hakkı bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca hakem kararlarının tenfizinin kolaylaştığı ve ICC kararlarının milletlerarası ticari tahkim yargılamasında güçlü kararlar haline gelmesinin sağlandığı kabul edilmektedir. Bu sebeple Divanın hakem kararlarını denetleme hakkının, taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağı,

³³⁸ Carlevaris, **a.g.e.**, s.23; Smit, **The Future**, s.20.

³³⁹ Smit H., **a.g.e.**, s.853.

³⁴⁰ Smit H., **a.g.e.**, s.855.

³⁴¹ Arroyo, **a.g.e.**, s.205; Waincymer, **a.g.e.**, s.194; Smit H., **a.g.e.**, s.858.

³⁴² Smit H., **a.g.e.**, s.859.

³⁴³ Carlevaris, **a.g.e.**, s.29; Aygöl, **a.g.e.**, s.64; Berger, **Paradox**, s.485.

³⁴⁴ Smit H., **a.g.e.**, s.863.

taraflarca bu yönde yapılan bir anlaşma ile ICC'nin yetkilendirilemeyeceği kabul edilmektedir³⁴⁵. ICC Tahkim Kuralları Ek III madde 2(4) uyarınca tarafların hakemlerle aralarında özel bir ücret sözleşmesi yapmasını yasaklanmıştır. Bu kural ile amaç tarafların hakemler ile ücret üzerinden ayrıca iletişime geçmemesi ve bu sayede tahkim yargılamasının sorunsuz ilerlemesidir³⁴⁶. Yine ICC Tahkim Kuralları 30(1) hükmü uyarınca, taraflar bir kere seri tahkime karar verdikten sonra, tahkim anlaşmalarında seri tahkim aksine bir hüküm yer alsa da seri tahkim hükümlerinin öncelikle uygulanacağı düzenlenmiştir. Seri tahkime ilişkin Ek VI 2(1) hükmü uyarınca da divanın, tahkim anlaşması aksine tek hakem atayabileceği düzenlenmiştir. Tarafların ICC seri tahkimi kabul ettikten sonra seri tahkime ilişkin düzenlemelerin emredici hale gelecekleri söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının yürütülmesi üzere seçilen, ICC gibi kimi farklı tahkim kurumlarının kurallarında da emredici hükümler yer almaktadır. Bu kurallara örnek olarak kimi hükümlere burada yer verilebilecektir. 2016 tarihli Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (SIAC) Tahkim Kuralları 5(3) hükmü uyarınca, tarafların farklı bir anlaşmaları olsa bile, seri tahkim usulünde tek hakem ile yargılama yapılması zorunlu kabul edilmiştir³⁴⁷. Londra Tahkim Kurumu, LCIA Kuralları 22(1)(ii) maddesi, hakem kuruluna tarafların talebi olmadan re'sen hareket edebilme yetkisi tanımaktadır ve bu yetkinin aksi taraflarca kararlaştırılamamaktadır³⁴⁸. Oslo Tahkim Kurumu (Arbitration Institue of the Oslo Chamber of Commerce), Tahkim Kurallarının 5. maddesinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim prosedürünün Norveç Usul Kanunu'na (Norwegian Civil Procedure Act), taraf iradelerine ve kurum kurallarına tabi olarak yürütüleceği düzenlemiştir³⁴⁹. Burada her ne kadar taraflarca, Norveç Usul Kanunun aksi, kararlaştırabiliyor gibi görünse de aslında taraflar başka bir hukuk seçseler de

³⁴⁵ Arroyo, **a.g.e.**, s.205; Waincymer, **a.g.e.**, s.194; Carlevaris, **a.g.e.**, s.28; Aygöl, **a.g.e.**, s.64; Smit H., **a.g.e.**, s.865.

³⁴⁶ Carlevaris, **a.g.e.**, s.22.

³⁴⁷ Berger, **Paradox**, s.490.

³⁴⁸ Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.432.

³⁴⁹ Moss, **Mandatory Rules**, s.205.

Norveç hukuku tarafların tercihleri üzerinde etkisini emredici olarak sürdürmeye devam etmektedir³⁵⁰.

C. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kurulu Tarafından Belirlenmesi

1. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Yargılaması Başında Hakem Kurulu Tarafından Belirlenmesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar *ad hoc* tahkimi seçerlerse seçtikleri hukuk kapsamında oluşturulacak hakem kurulu, kurumsal tahkimi seçerlerse de kurum kuralları dahilinde oluşturulacak hakem kurulu, tahkim yargılamasının başında tarafların usuli tercihleri hakkında karar vererek tarafların usuli iradelerinin kapsamını belirleyecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılaması başlamadan daha hakem veya hakem kurulu belirlenmeden tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında tercihte bulunabilirler. Bu durumda tahkim yargılamasını yürütecek olan hakem veya hakem kurulu, tarafların usuli olarak tercihlerini değerlendirme şansına sahip olabileceklerdir. Eğer hakemler, tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için yaptıkları tercihler kapsamında yargılamayı yürütmek istemiyorlarsa, tahkim yargılamasını yürütmeyi kabul etmeyebilirler³⁵¹. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında esas olanın taraf iradeleri olduğu ve tarafların iradeleri kapsamında tahkim yargılamasının yürütülmesi gerektiği, eğer taraf iradelerini tahkim yargılaması başında açıkça tespit edebiliyorlar ve bu irade kapsamında yargılamayı yürütmek istemiyorlarsa hakemlerin, tahkime ilişkin görevlendirmeyi kabul etmemeleri gerektiği söylenebilecektir.

³⁵⁰ Moss, **Mandatory Rules**, s.205 dn.460.

³⁵¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.319; Waincymer, **a.g.e.**, s.387.

Milletlerarası ticari tahkimde taraflar genellikle tahkim anlaşması yaptıktan sonra usule ilişkin özel karar vermezler. Bu sebeple hakemler, daha taraflar usuli konularda özel bir tercih yapmamışken, tahkim yargılamasını yürütmeyi kabul ederler. Taraflar, hakemler belirlendikten sonra tahkim yargılaması başlamadan verecekleri usuli kararları, genel olarak hakemler ile birlikte ortaklaşa veririler.

Taraflar, hakem kurulu belirlendikten sonra hakemler ile yeni bir anlaşma yaparak usule ilişkin konularda karar verebilirler. Anlaşma, hakemlerce ve taraflarca imzalanarak *görev belgesi*, *tensip zaptı* (“*terms of reference, constitution order, initial order*”) adını alır³⁵². Bu anlaşma, taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasının hükümlerini de içeren, hakemlerle taraflar arasında karşılıklı yükümlülük doğuran, tahkim yargılamasına uygulanacak usule ve esasa ilişkin unsurları düzenleyen yeni bir anlaşma olarak kabul edilmektedir³⁵³. Görev belgesi tahkim anlaşmasına ilişkin hükümleri içerdiği gibi tarafların talep ettiği ve hakemlerce de kabul edilen tahkim yargılamasının usulüne ilişkin unsurları da içermektedir³⁵⁴. Görev belgesi ile tahkim anlaşmasında yapılan tercihlerin değiştirilebileceği mahkeme kararları ile de kabul edilmiştir³⁵⁵.

³⁵² Şanlı, **Ticari Akitler**, s.297; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.666; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.528; Bantekas, **a.g.e.**, s.168; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.101; Pierre A. Karrer, “Pros and Cons of Terms of Reference and Specific Procedural Agreements in Arbitration Clauses: Storm in to Calm the Sea”, **Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.7, Kluwer Law International, 1996, s.73-86 (**Procedural Agreements**), s.74; Erkaya, **a.g.e.**, s.60; Görev belgesinin tahkim yargılamalarında çok önemli bir aşama olduğu çünkü uygulamada, görev belgesi hazırlanırken tarafların uyuşmazlık veya uyuşmazlıkla ilgili hususlar hakkında anlaşabildikleri söylenmektedir. Hascher, **a.g.e.**, s.8.

³⁵³ Kalpsüz, **Tahkim**, s.83; Pryles, **a.g.e.**, s.333; Borris/Hennecke, **Article V**, s.268. Görev belgesi ile tahkim anlaşmasından farklı olarak yeni bir tahkim anlaşması imzalanmış olduğunu kabul eden mahkeme kararları da bulunmaktadır. Jarvin, **Arbitrator’s Powers**, s.53; *Seller v. Buyer* kararında Alman mahkemeleri, açılan tenfiz davasında taraflardan birinin uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girmediğine dair yaptığı itirazı değerlendirirken tarafların ICC Görev Belgesi imzalayarak yeni bir tahkim anlaşması yaptıklarına karar vermiştir. *Seller v. Buyer*, Stuttgart, Almanya, 1 Sch 12/01, 6 Aralık 2001, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.742-746, p.4; Fakat görev belgesinin tarafların tahkim anlaşmasına ilişkin iradelerini içermediği ve sadece tahkim yargılamasının usulüne ilişkin bir aşama olması sebebiyle tahkim anlaşması yerine geçemeyeceği ve esas tahkim anlaşması geçersizken imzalanan görev belgesi ile geçerli bir tahkim anlaşmasının ortaya çıktığından bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Nomer, **Devletler Hususi**, s.568; Esen, **Teşmil**, s.34. Bununla birlikte herhangi bir itirazda bulunmadan görev belgesini imzalayan tarafların, tahkim anlaşması olmadığının dair bir iddiada da bulunamamaları gerektiği söylenmektedir. Bu durumun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği haklı olarak savunulmaktadır. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.280.

³⁵⁴ Görev belgesi tarafların usuli tercihlerini içerdiği için görev belgesinde yer alan tercihlere aykırı yargılama sonucunda verilen hakem kararlarının da tenfiz edilmeme ihtimali vardır. Örneğin,

Bulgaristan Yüksek Mahkemesine konu olan uyuşmazlıkta taraflar Paris'te gerçekleşecek ICC tahkim yargılaması konusunda anlaşmışlardır. Tahkim yargılamasının başlamasından sonra imzalanan görev belgesinde taraflar, beyanların dört ay içinde sunulması, bu süreyi aşan beyanların dikkate alınmaması konusunda anlaşmışlardır. Yargılama sırasında taraflardan birisi dört aylık süreyi geçirmesine rağmen, hakem kurulu ilgili tarafın beyanını kabul etmiş ve hakem kararını bu taraf lehine vermiştir. Karar lehine çıkan tarafça açılan tenfiz davasında karşı taraf ise görev belgesinde kararlaştırılan sürenin aşılması sebebiyle itiraz etmiştir. Mahkeme, görev belgesinde taraflarca belirlenen sürenin yine taraflarca ortak bir karar ile değiştirilebileceğini, bir tarafça veya hakem kurulunca tek başına değiştirilemeyeceğini vurguladıktan sonra olayda dört aylık sürenin değiştirilmediğini tespit etmiştir. Mahkeme taraflarca belirlenen sürenin kesin bir süre olduğuna hükmetmiş ve geç gelen beyanın kabul ederek hüküm kurulmasının tarafların tercihlerine ve New York Anlaşması V(1)(d) hükmüne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle hakem kararının tenfizini reddetmiştir. *HTEK Co. VLL v. T EAD, Supreme Court of Cassation of the Republic of Bulgaria*, Commercial Collegium, Second Commercial Division, Bulgaristan, No. 1832/2003, 28 Temmuz 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XL, 2015, s.396-398, p.12-17.

³⁵⁵ Her ne kadar görev belgesinin geçersiz bir tahkim anlaşmasını geçerli hale getirilip getirilmeyeceği tartışma konusu olsa da tarafların geçerli bir tahkim anlaşmasından sonra imzaladıkları görev belgesi ile tahkim anlaşmasının hükümlerine ilişkin yeni bir anlaşma yapmış olduklarının kabul edilebileceğini düşünmekteyiz. Bu yorum, dürüstlük ve çelişkili davranış yasağı ile de uyumludur. Benzer yönde görüş için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.281; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.672; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.529; Konu hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.07.2007 T., 2007/15-444 E., 2007/554 K. kararında görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması sayılamayacağı vurgulanırken, karşı oy yazılarında bizim de katıldığımız görüş uyarınca görev belgesinin yeni bir anlaşma olarak kabul edilebileceği ve tarafların görev belgesi ile bağlı oldukları vurgulanmıştır. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.668 dn.584; Karar uyarınca: “(s)özleşmenin ‘İhtilafların Halli’ başlıklı 67.maddesinde, ihtilaf konusu hususların Uluslararası Ticaret Odası’nın anlaşma ve tahkim kurallarına göre ve seçilmiş üç hakem tarafından çözümleneceği kabul edilmiş, aynı maddenin devamında ‘hakemler Türk Yasalarına tabi olacaklardır’ hükmüne yer verilmiştir...Her ne kadar davacı yan iddiasında ve bunu benimseyen Mahkeme gerekçesinde Hakem Kurulunun Görev Belgesini de baz alarak uyuşmazlığın çıktığı tarih itibariyle sözleşmedeki tahkimin ‘Türkiye’nin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi’ bir tahkim olduğunu belirtmişlerse de anılan görev belgesi, sözleşmeyle ortaya konulan kanun hükümleri ve bu kanunda belirlenen yöntem dışına çıkan yeni bir tahkim anlaşması anlamına gelmediği gibi sözleşmeyi değiştirme gücüne sahip bir belge de değildir. Taraflar arasındaki sözleşme asıl olup; görev belgesi bu sözleşmede değişiklik yapan yeni bir sözleşme veya yeni bir tahkim şartı olarak da kabul edilemez. Diğer taraftan, taraflarca sözleşme dışında yeniden tahkim anlaşması yapılabileceği esasen kabul edilebilir. Ancak dosyada bu şekilde yeni bir tahkim anlaşmasının varlığı da iddia ve ispat edilmiş değildir. Sonuçta, görev belgesi sözleşmeyi değiştirici nitelikte kabul edilemeyeceğinden davada uygulanması gereken ve asıl olan, taraf iradelerinin kabul ettiği ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 516-526 maddeleri arasında düzenlemesi yapılan hükümlerdir. Sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda Kanunun yürürlüğe gireceği tarih hakkında ayrı ve özel bir hüküm bulunmadığından Kanunun 5.7.2001 tarihinden sonraki uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını, daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise tarafların serbest iradeleriyle o tarihteki mevzuat uygulamasını seçtiklerinin kabulü zorunludur”. Fakat bizim de katıldığımız karşı oy uyarınca: “-Yine Yasanın 1.nci maddesinde ‘tarafların bu kanun hükümlerinin uygulanmasını kabul etmeleri halinde de 4686 sayılı yasa uygulanacaktır. Hakemlerce hazırlanan görev belgesinde açıkça yasanın uygulanacağı yazılmıştır. **Taraf vekilleri bu belgeyi imza ederek belgeyi kabullenmişlerdir. Bu belge yeni bir tahkim anlaşması hükmündedir.** Taraf vekillerinin tahkim anlaşması yapmaya yetkileri olmadığı ileri sürülmediğine göre, taraflar 4686 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda uyuşmazlığın çözümleneceğini kabul etmiş sayılırlar. **Görev belgesinin imzalanmasının yeni bir tahkim anlaşması niteliğinde olduğunu doktrin ağırlıklı olarak kabul etmektedir.** Hakem sözleşmesi, tarafların uyuşmazlığın mahkeme dışında çözümleneceği esasından hareketle imzalanır. Taraflar tahkimle ilgili olarak hakem yargılamasında belirlenecek usulü de serbestçe kararlaştırabilirler. Bu belirleme hakem sözleşmesi veya tahkim şartında yer alabileceği gibi sonradan tarafların kabul edecekleri yeni bir anlaşma veya dava konusu olaydaki gibi görev

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının başında hakem kurulu, taraflarla görüşüp tarafların taleplerini de dikkate alarak yargılamanın usulüne ilişkin karar verebilecektir. Hakem kurulu, usule dair bir ara karar (“*Procedural Order No.1*”) ile uygulanacak usule ilişkin ilk kararını almış olacaktır³⁵⁶. Bu karar görev belgesinden farklı olarak tahkim yargılamasına ilişkin hususların kapsamlı olarak belirlendiği bir anlaşma değil, hakem kurulunca tahkim yargılamasında usuli sürecin nasıl ilerleyeceğinin belirlendiği bir ara karardır³⁵⁷. Bu karar uyarınca tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestileri, hakemlerin kararları doğrultusunda kısıtlanacaktır.

Doktrinde, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerinin görev belgesinin hazırlanması ile kısıtlanmaması gerektiği çünkü görev belgesinin tahkim yargılamasının başında, çok erken bir evrede yapıldığı ve taraflarının iradelerinin

belgesinin imzalanması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu durumda belirledikleri usul kuralları çerçevesinde haklarını arayabilirler. **Görev belgesinde -dosyada yok ise de- hakem kararının iptal davasına konu edilebileceği açıkça yazılmış, vekillerce de imzalanmıştır. Bu durumda yargılama sonunda verilen karar iptal davasına konu edilebilecektir.** Nitekim hakemlerce tarafların anlaştıkları usul dışında karar verilmesi 4686 sayılı Kanunun 15.nci maddesinin 1/f maddesinde iptal nedeni olarak gösterilmiştir. Hal böyle olunca usule ilişkin uyuşmazlık iptal davasında incelenecek ve bu kararın temyiz olunması hâlinde Yargıtay’ca denetlenecektir”. Yine diğer karşı oy yazısında “(t)araflar vekilleri ve Hakem Heyetini oluşturan hakemlerce imzalanan görev belgesinin 10.sayfasının “Dava ve Mukabil Davada Tatbik Edilecek Usul” başlıklı bölümünde Verilecek hakem kararına karşı Kanun yolunun 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerince icra edileceği belirtilmiştir. Taraflar Hakem Kurulu kararına karşı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre Kanun yoluna gitmekte anlaştıklarından yeni düzenleme nedeni ile de HUMK.516 vd. maddelerin olayda uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak olayda Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanması gerekir”. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net. Yine Lüksemburg Temyiz Mahkemesine konu uyuşmazlıkta taraflar, Belçika hukukunca yürütülecek ve tahkim yerinin Lüksemburg olduğu (“*is governed by Belgian Law, forum in Luxemburg*”) bir tahkim yargılaması konusunda anlaşmışlardır. Hakemler duruşmaları Belçika’da yürütmüş ve kararı da Belçika’da vermişlerdir. Hakem kararı verildikten sonra karar hakkında Lüksemburg’da açılan tenfiz davasında hakem kararının yabancı mı milli mi olduğuna ilişkin bir ihtilaf çıkmıştır. Tahkim anlaşmasında tahkim yerinin Lüksemburg olarak belirlenmiş olması sebebiyle kararın yabancı bir hakem kararı olmadığı ve bu sebeple New York Anlaşması kapsamında tanıma tenfize tabi olmayacağı ileri sürülmüştür. Mahkeme görev belgesinde; üç Belçikalı hakem atanmasını, duruşmaların Belçika’da yapılmasına karar verilmesini, tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere Belçika Usul Kanunun uygulanması konusunda anlaşılmasını, tahkim yeri olarak Lüksemburg’un belirlenmiş olduğuna dair farklı herhangi bir ifadenin yer almamış olmasını tarafların tahkim yerini anlaşılarak değiştirdikleri yönünde yorumlamıştır. Bu sebeple de mahkeme hakem kararının yabancı bir karar olarak New York Anlaşması uyarınca tanıma tenfize tabi olabileceğine karar vermiştir. *Kersa Holding Company Luxembourg v. Infancourtage, Famajuk Investment and Isny, Court of Appeal, Lüksemburg, 24 Kasım 1993, Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXI, 1996, s.617-626, p.3-4.

³⁵⁶ Arroyo, **a.g.e.**, s.202.

³⁵⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.369.

tahkim ilerledikçe ortaya çıkabileceği savunulmaktadır³⁵⁸. Bu sebeple görev belgesi hazırlansa bile, tahkim yargılamasının usulü hakkında çok fazla ayrıntı içermemesi gerekmektedir. Esas olarak hakemlere, tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan her bir problem hakkında karar verme yetkisi tanınması gerekmektedir³⁵⁹. Uygulamada da hakemler, *lex arbitri* veya tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk hakkında genel kararlar vermek yerine, her bir sorun karşısında özel olarak karar vermeyi tercih etmektedirler. Bu durumun sebebi olarak, tahkim yargılamalarına uygulanacak hukukun çok geniş bir kavram olması ve hakemlerin önlerine gelen somut uyuşmazlıklar hakkında pratik çözümler bulmak üzere hareket etmek istemeleri gösterilmektedir³⁶⁰.

Milletlerarası tahkim yargılamasında usuli konulara, her bir duruşma öncesinde taraflarca ve hakem kurulunca yapılacak toplantılar ile karar verilebilecektir³⁶¹. Bu yönde verilmiş hakem kararları da bulunmaktadır. Örneğin 12761 numaralı 12 Mart 2004 tarihli ICC kararına konu olan tahkim yargılamasında hakem kurulu, usuli konulara ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkları duruşmalardan önce yapılacak toplantılarda çözümleyebilecekleri yönünde karar vermişlerdir³⁶².

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında yargılamanın başında, yargılamanın usulüne uygulanacak hukukun taraflarca veya hakemlerce belirlenmesinin tarafların irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesinde farklı sonuçları olacaktır. Taraflar usule uygulanacak hukuka karar verdiklerinde veya usul hakkında özel tercihlerde bulunduklarında, seçilen hukuk içerisinde yer alan emredici kurallar ile özel tercihler bir bütün olarak hakemleri bağlayacaktır. Bu sebeple tarafların tercihleri, hem yargılama sırasında hakemlerin takdir yetkilerini hem de tarafların tahkim yargılamasının devamında farklı bir tercihte bulunmalarını kısıtlayacaktır. Hakemler tarafların tahkim yargılaması başında verdikleri kararlar

³⁵⁸ Smit, *The Future*, s.21; Hascher, *a.g.e.*, s.5; Karrer, *Procedural Agreements*, s.73.

³⁵⁹ Hascher, *a.g.e.*, s.5.

³⁶⁰ Born, *a.g.e.*, s.1615.

³⁶¹ Kalpsüz, *Tahkim*, s.138.

³⁶² *Mexican Company v. Mexican Citizen*, ICC No. 12761, 6 Haziran 2003, *Decisions on ICC Arbitrations Procedure*, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.72-75, s.75.

aksine işlem yapmaktan çekinecektiler çünkü tarafların tercihleri aksine yapılacak her işlem, hakem kararının iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olabilecektir. Oysa, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuka ilişkin taraflarca bir tercihte bulunulmaz ve uygulanacak hukuk hakemlerce belirlenirse hakemlerin, kendilerinin belirledikleri hukuk içinde yer alan hususlar hakkında daha geniş bir hareket alanına sahip oldukları kabul edilebilecektir. Çünkü bu durumda taraflar en baştan hakemlere, uyuşmazlığa uygun karar verilmesi için takdir hakkı tanımaktadırlar. Bu sayede hakemler, kendi belirledikleri hukuk içinde yer alan hususlara uygun hareket etme veya etmeme konusunda daha serbest karar verebileceklerdir³⁶³. Bu sebeplerle de tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisinin en geniş şekilde ortaya çıkabilmesi için, tahkim yargılamasının başında tarafların ayrıntılı düzenleme yapmamaları ve hakemlere takdir hakkı tanımaları önerilebilecektir.

2. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Yargılaması Devam Ederken Hakem Kurulu Tarafından Belirlenmesi

a) Genel Bilgi

UNCITRAL Model Kanunun düzenlenme aşamasında, tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuka ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin, tahkim yargılaması başladıktan sonra da devam edip etmediği tartışma konusu olmuştur³⁶⁴. Sekreterlik, tahkim yargılaması başlamadan önce uygulanacak hukuk ve kuralların belirli olması için tarafların sahip oldukları irade serbestisinin tahkim yargılamasının başlaması ile kısıtlanmasını isterken; Çalışma Grubu, tarafların usul hakkında sahip oldukları irade serbestisinin sürekli olmasını, yani tahkim yargılamasının her anında geçerli olmasını istemiştir³⁶⁵. Kanunun son halinde tarafların yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin tahkim yargılaması başladıktan sonra da devam edeceği 19(1) hükmü kapsamında

³⁶³ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.526; Aygöl, **a.g.e.**, s.51.

³⁶⁴ Özel, **a.g.e.**, s.97.

³⁶⁵ Pryles, **a.g.e.**, s.332; Waincymer, **a.g.e.**, s.387; Binder, **a.g.e.**, s.340.

düzenlenmiştir³⁶⁶. Yani taraflar, tahkim yargılaması başladıktan sonra da Model Kanun uyarınca tahkim yargılamasının usulü hakkında değişiklik yapabileceklerdir. Model Kanun düzenlenme aşamasında tartışmalara konu bu hak artık genel kabul edilmiş bir ilkedir.

Türk milletlerarası tahkim doktrininde de tarafların, tahkim usulüne ilişkin tercihlerini tahkimin her aşamasında yapılabilecekleri kabul edilmiştir³⁶⁷. MTK kapsamında konu hakkında bir kısıtlama bulunmaması da tahkim yargılaması başladıktan sonra tarafların usuli tercihlerde bulunabileceklerini göstermektedir.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra sahip oldukları irade serbestisi, tahkim yargılaması başladığından ve hakemler belirlendiğinden tahkim yargılaması başlamadan önceki aşamada sahip oldukları irade serbestisine göre daha kısıtlıdır³⁶⁸. Hakemler belirlendikten ve tahkim yargılaması başladıktan sonra tarafların tercihlerinin, hakemler tarafından değerlendirilmesi ve konu hakkında hakemlerce bir karar verilmesi gerekmektedir. Hakemlerin; yetkilerini aldıkları tahkim anlaşmasını, kurumsal tahkimde kurum kurallarını, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuku veya milletlerarası özel hukuka ilişkin temel ilkeleri dikkate alarak tarafların tercihleri hakkında bir karar vermeleri gerekmektedir.

Tahkim yargılaması devam ederken tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında daha önce yaptıkları bir tercihi değiştirmek istemesi veya yeni bir tercih yapma hallerinin tahkim yargılaması üzerinde önemli sonuçları bulunmaktadır. Hakem ve taraf yükümlülüklerinden hakem ücretlerine kadar birçok ayrıntı, tahkim yargılamasının usulünün değiştirilmesinden etkilenecektir. Bu sebeple, tahkim yargılaması başlarken olabildiğince az usuli karar verilmesi, eğer usul hakkında bir

³⁶⁶ Model Kanun İngilizce 19(1) hükmü: “*Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings*”; Fakat bu hükmün emredici olarak düzenlenmediği de kabul edilmemektedir. Pryles, **a.g.e.**, s.332. Bu sebeple taraflar, aralarında yapabilecekleri bir anlaşma ile tahkim yargılaması başında verdikleri kararların değiştirilemeyeceğine ilişkin anlaşabileceklerdir.

³⁶⁷ Kaplan, **Usul**, s.37; Özel, **a.g.e.**, s.97.

³⁶⁸ Petrochilos, **a.g.e.**, s.173.

karar verilirse de ilgili kararın değiştirilmemesi gerekmektedir. Uygulamada hakemlerin tahkim yargılaması başlamadan önce, izlenecek prosedürlerin net bir şekilde ortaya koyulması ve tahkim yargılamasının öngörülebilirliğinin arttırılması için çok ayrıntılı görev belgesi veya usuli ara karar hazırladıkları görülmektedir. Fakat tahkim yargılamalarında, tahkim yargılaması ilerledikçe farklı usuli ihtiyaçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu ihtiyaçların giderilebilmesi için de hakemlerin, tahkim yargılaması devam ederken karşılaştıkları usuli problemler hakkında hususi olarak karar vermeleri gerekebilmektedir³⁶⁹. Bu durumun problemlere sebep olmasına engel olmak için, tahkim yargılamasının başında usuli konularda karar verebilmeleri hakkında hakemlere geniş takdir yetkisi tanınması, tahkim yargılamalarının daha etkili ilerlemesini sağlayacaktır.

Milletlerarası tahkim yargılamaları başladıktan sonra hem taraflar hem de hakemler uygulanacak usul hakkında değişiklik yapmak isteyebileceklerdir. Hakemlerin usule ilişkin yaptıkları değişikliklerin değerlendirilmesi, tarafların istedikleri değişikliklere oranla daha sorunsuzdur. Hakemlerin, tahkim yargılaması devam ederken verdikleri usuli kararlardan dönme imkânlarının olduğu kabul edilmektedir³⁷⁰. Fakat hakemler, görev belgesi kapsamında verilmiş ve taraflarca onaylanmış usuli kararlar hakkında değişiklik yapmak istediklerinde tarafların onaylarını almaları gerekmektedir. Taraflarca kabul edilmeyen usuli işlemler, tarafların tercihleri aksine gerçekleştirildikleri veya hakemlerin kendilerine tanınan yetkiyi aştıkları gerekçeleriyle hakem kararlarının, iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olabilecektir.

Milletlerarası tahkimde tarafların, tahkim anlaşmasında usuli tercihlerde bulunabilecekleri veya tahkim yargılaması devam ederken yapmış oldukları tercihlerine yenilerini ekleyebilecekleri veya mevcut tercihlerini değiştirebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Tarafların, tahkim yargılaması devam ederken yaptıkları değişiklikler, tahkim yargılamasının o ana kadar tabi olduğu hukuka uygun ise hakemlerin yapabilecekleri değerlendirme daha kolay olacaktır. Fakat tarafların

³⁶⁹ Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.419.

³⁷⁰ Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.526; Aygöl, **a.g.e.**, s.51.

tahkim yargılaması devam ederken yaptıkları tercihlerinin, özellikle *lex proceduralia*, *lex arbitri* veya tahkim yeri emredici kurallarına aykırılık teşkil etmesi problemlere sebebiyet verebilecektir.

Hakemlerin, tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra yapacakları usuli tercihler karşısında nasıl hareket edebileceklerine, her bir somut olayda, hakemlerin tahkim yargılamalarında sahip oldukları yetkilere ve tarafların tercihlerinin uygulanacak hukuk ile değerlendirilmesine bakılarak karar verilmesi gerekmektedir. Bu sebeple çalışmamız kapsamında öncelikle tahkim yargılamasında hakemlerin sahip oldukları yetkiler incelenecektir. Ardından, tarafların tercihlerinin uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmesine göre hakemlerin nasıl karar verebilecekleri incelenecektir. Hakemlerin tarafların tercihlerini uygulamaya karar vermeleri hali daha sorunsuzken, tarafların tercihlerini uygulamak istememeleri hali daha problemlidir. Hakemlerin tarafların tercihlerine uygun hareket etmek istemedikleri hallerde, sahip oldukları yetki ve bu tercihlere nasıl uymayabilecekleri, tarafların tercihlerinin tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmesi ile tespit edilebilecektir. Tarafların hakemlerce uygulanmak istenmeyen tercihleri uygulanacak hukuk kapsamında ise bu hukuk uyarınca hakemlerin nasıl hareket edebilecekleri; fakat tarafların tercihleri uygulanacak hukuka aykırılık teşkil ediyorsa tercihlerin *lex proceduralia* hükümlerine ve emredici hükümlere aykırılık teşkil etmesi halleri, ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

b) İrade Serbestisinin Kapsamının Belirlenmesinde Hakem Kurulunun Yetkileri

Tahkim yargılamalarında, tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için uyuşmazlıklarını hakemlere iletmesi, hakemlere bir yetki, yükümlülük ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir amaç yükler. Taraflar, tahkim yargılaması hakkında sahip oldukları irade serbestisi ile hakemlerin yetkilerini kısıtlayabilir, hakemlerin uygulamakla yükümlü oldukları kuralları koyabilirler. Hakemler, tahkim yargılaması sırasında, tarafların tahkim yargılamasına yönelik tercihleri ile

bağlılardır çünkü hakemlerin tahkim yargılamasına yönelik yetkilerini, tahkim anlaşmasının kapsamı belirler³⁷¹. Tahkim yargılamasında taraflar tahkim anlaşması ile hakemlere uyuşmazlığın çözümü konusunda yetki tanırken, hakemlere verilen yetki tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları usuli serbestiyi kısıtlar. Yani tarafların tahkim yargılaması sırasında yaptıkları tercihler, döngüsel bir sorun (irade serbestisi paradoksu) içermektedir. Tarafların tercihleri, hakemlerin yetkilerini ve sınırlarını belirlerken aynı zamanda kendi iradelerini de kısıtlamaktadır³⁷². Bu durumda, taraflar hakemlere tahkim yargılamasını yürütmek üzere yetki verdikten sonra kendi yaptıkları tercihler ile kısıtlanacaklardır. Kısıtlamalara uyulmaması halinde de hakem kararlarının iptal edilme veya tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri değerlendirilirken öncelikle, hakemlerin konu hakkındaki yetki ve yükümlülüklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir³⁷³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, tahkim anlaşmasından aldıkları üç çeşit yetki olduğu kabul edilmektedir. Bu yetkiler; tarafların yaptıkları anlaşmadan ortaya çıkan açık yetki, tarafların yaptıkları tercihlerden ortaya çıkan zımni yetki ve hakemlerin bir yargılama faaliyeti

³⁷¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.18; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.442; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.409; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.693; Giuditta Cordero Moss, “The Arbitral Tribunal’s Power in Respect of the Parties’ Pleadings as a Limitation to Party Autonomy on Jura Novit Curia and Related Issues”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.289-331 (**Limits**), s.293; Arroyo, **a.g.e.**, s.206; Petrochilos, **a.g.e.**, s.170; Shackelford, **a.g.e.**, s.901.

³⁷² *Lance v. Hawaiian Kingdom* kararına konu tahkim yargılamasında, hakem kurulu ön sorunları çözüp uyuşmazlığın esasına girme kararı verdiğinde taraflar, farklı bir konunun esasa girmeden önce ön sorun olarak değerlendirilip karar verilmesini istemiştir. Hakem kurulu, uyuşmazlığa ilişkin hususların hangi sıra ile bakılabileceğine 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında kendisinin karar verme yetkisinin olduğuna, tarafların bu kurallar dahilinde değişiklik isteyebileceklerine ve hakemler tarafların değişiklik taleplerini kabul etmezlerse tarafların tahkim yargılamasından çekilebileceklerine karar vermiştir. *Lance Paul Larsen v. Hawaiian Kingdom*, PCA, 5 Şubat 2001, naklen Arroyo, **a.g.e.**, s.228. Yine, Amerikan ve Sırp tarafların dahil olduğu ICC kararında, Amerikalı taraf, tahkim yerinin Belgrat’tan daha tarafsız bir yere taşınmasını istemiştir. Fakat yapılan ilk tahkim anlaşmasının bağlayıcı olduğu gerekçesiyle hakemlerce tarafın isteği reddedilmiştir. *US Company v. Serbian Entities*, ICC No.10373, Yayınlanmamış Karar, 2004, naklen Poudret/Besson, **a.g.e.**, p.144.

³⁷³ Pryles, **a.g.e.**, s.338.

gerçekleştirmelerinden ortaya çıkan doğal yetkidir³⁷⁴. Her bir yetkinin, tarafların tercihleri üzerinde farklı etkileri vardır.

Tahkim anlaşmalarında tarafların, açıkça belirledikleri veya atıf yaptığı kurallar ile hakemlere verdikleri yetki, hakemlerin tahkim yargılaması hakkında sahip oldukları yetkinin sınırlarını belirleyen en temel unsurdur³⁷⁵. Hakemlerin tahkim yargılamasında sahip oldukları açık yetkinin tespiti için tarafların belirledikleri kurallara veya atıf yapılan kuralların metinlerine bakılması gerekmektedir³⁷⁶. Milletlerarası alanda var olan düzenlemeler incelendiğinde, tahkim yargılamalarında usuli konularda hakemlere açıkça, geniş takdir yetkileri verildiği görülmektedir. Eskiden, hakemlere tahkim yargılaması için verilen yetkinin içerdiği kabul edilen veya tartışma konusu olan birçok yetki, günümüzde açık düzenlemelere tabidir. Örneğin, eskiden hakem kurullarının ihtiyati tedbir kararı verebilmeleri hususunda yargılama yetkisine sahip olup olmadıkları tartışma konusu iken günümüzde birçok düzenlemede, hakemlere açıkça ihtiyati tedbir kararı verebilme yetkisi tanınmıştır³⁷⁷.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında gerek tarafların gerekse tahkim kurallarının, tahkim yargılamasının başında her bir unsur hakkında hakemlere açık yetki vermesi mümkün değildir. Bu sebeple, tahkim yargılamalarının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmeleri için kimi konularda hakemlere verilen yetkilerin, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin farklı yetkileri de kapsadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu amaçla hakemlere tanınan açık yetkilerin kimi yetkileri de zımnen

³⁷⁴ Arroyo, **a.g.e.**, s.212.

³⁷⁵ Jarvin, **Arbitrator's Powers**, s.55; Filip De Ly, **Report for the Biennial Conference in Washington D.C.**, Başkan Filip De Ly, April 2014 (**Report**), s.16; Dursun, **a.g.e.**, s.178.

³⁷⁶ Örneğin, 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 23(1) uyarınca “...Görev Belgesi'nde...Uygulanacak usul kuralları...” belirlenir. 23(4) maddesi uyarınca da: “Görev Belgesi imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra, yeni talebin mahiyetini, tahkimin bulunduğu aşamayı ve diğer ilgili hususları göz önüne alacak olan hakem kurulu tarafından bunun için izin verilmediği sürece, tarafların hiçbirisi Görev Belgesi'nin sınırlarının dışında kalan yeni taleplerde bulunamaz”. Burada hakem kuruluna, görev belgesi hazırlandıktan sonra tarafların tercihlerini kabul edip etmeme konusunda açık takdir yetkisi verilmiştir. Yani, ICC Tahkim Kuralları uyarınca taraflar, hakem kurulunun onayını almadan tahkim yargılamasının usulü hakkında yeni talepte bulunamayacaklardır. Pryles, **a.g.e.**, s.335.

³⁷⁷ De Ly, **Report**, s.8; Örneğin MTK 6 hükmü uyarınca “aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir”.

kapsadığı ve hakemlerin adil bir yargılama gerçekleşmesi için kimi doğal yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir³⁷⁸. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, taraflarca kendilerine yetki verilmediği gerekçesi ile tahkim yargılamasına ilişkin hususlarda işlem yapmayacak veya yapamayacak olması kabul edilemeyecektir³⁷⁹.

Uluslararası Hukuk Derneği (International Law Association) (ILA) 2014 yılında Washington'da düzenlediği konferans sonunda, hakemlerin sahip olduklarının kabul edildiği zımni ve doğal yetkilerinin tanımlanması ve bu yetkilerin sınırlarına ilişkin yol gösterici olması amacıyla bir rapor yayınlanmıştır³⁸⁰. Rapor uyarınca zımni yetki, tarafların tahkim anlaşması yaparken hakemlere tanıdıkları fakat özel olarak dillendirmedikleri veya kurallarda özel olarak düzenlenmeyen yetkililerdir³⁸¹. Yani zımni yetki, hakemlere gerek taraflarca gerekse tahkim kurallarında açık olarak tanınmayan ve fakat tahkim yargılamalarını yürütmek için hakemlere açıkça tanınan yetkinin kapsamında var olan yetkililerdir³⁸². Örneğin hakemlere etkili bir tahkim yargılaması yürütülmesine ilişkin verilen yetki, taraflarca ileri sürülen delilleri kabul edip etmeme yetkisini de zımni olarak içermektedir. Bununla birlikte, hakemlerin bir yargılama görevi yerine getiriyor oluşlarından kaynaklanan, tahkim yargılamalarının kamu düzenine ve adil yargılanma ilkelerine uygun yürütülmesi için gerekli olduğu kabul edilen yetki, hakemlerin doğal yetkileri olarak tanımlanmaktadır³⁸³. Bu yetkinin amacı, tahkim yargılamalarında adil bir

³⁷⁸ Özellikle kompetenz-kompetenz kuralı ile hakemlere, birçok konuda kendi yetkilerini tespit etme hakkının verilmesi, hakemlerin tahkim yargılamasında kendilerine açıkça tanınan yetki ile birlikte zımni ve doğal yetkilerinin olduğuna işaret etmektedir. De Ly, **Report**, s.5.

³⁷⁹ Margaret L. Moses, "Inherent and Implied Powers of Arbitrators", **Defining Issues in International Arbitration**, Editör Julio Cesar Betancourt, Oxford University Press, 2016, s.209-221 (**Powers of Arbitrators**), s.213.

³⁸⁰ De Ly, **Report**, s.2.

³⁸¹ Moses, **Powers of Arbitrators**, s.214; De Ly, **Report**, s.15.

³⁸² Rapor kapsamında hakemlerin sahip olduğu zımni yetki, iki başlık altında değerlendirilmektedir. İlk çeşit zımni yetki, hakemlere tanınan özel bir yetkinin kapsamında yer alan yetkidir. Örneğin hakemlere tahkimin etkili bir şekilde yürütülmesi için yetki tanındığında bu yetki, taraflarca sunulan belgeleri kısıtlama yetkisini de kapsamaktadır. İkinci çeşit zımni yetki uyarınca da hakemlere özel bir yetki tanınmadan genel bir takdir yetkisi tanındığında bu yetkinin de zımni olarak özel konularda karar verme yetkisini kapsadığı kabul edilmektedir. De Ly, **Report**, s.15; Zımni yetki hakkında yapılan bu ayırım net olmamakla birlikte, pratik bir karşılığı da bulunmamaktadır. Moses, **Powers of Arbitrators**, s.211.

³⁸³ De Ly, **Report**, s.17.

yargılamaya ilişkin standartların korunup sürdürülebilmesidir. Bu sebeple doğal yetkinin kullanımının, adil bir yargılama için zorunlu olması ve tarafların arasındaki eşitliğe veya tarafların adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir³⁸⁴. Örneğin, tahkim yargılamasının kara para aklama amacıyla kullanıldığını fark eden hakem kurulunun, tarafların tercihlerini yerine getirmeme hatta ve hatta konu hakkında soruşturma yapmaya doğal bir yetkisi olduğu kabul edilmektedir³⁸⁵.

c) İrade Serbestisinin Kapsamının Belirlenmesinde Hakem Kurulunun Taraf Tercihleri Hakkında Verebilecekleri Kararlar

(1) Hakemlerin Tarafların Tercihleri İle Yargılamaya Devam Etmesi

Milletlerarası tahkim yargılamasında usule ilişkin prosedürler hakkında hakem kurulunun, tarafların irade serbestisi kapsamında yapmış oldukları tercihler ve tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktan gelen sınırlar içinde geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır³⁸⁶.

Hakemler, sahip oldukları yetki kapsamında tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra yaptıkları tercihleri değerlendirirken birçok farklı unsuru göz önünde bulundurabileceklerdir. Tarafların tahkim yargılaması devam ederken tahkim yargılamasının usulü hakkında talep ettikleri değişikliklerin, makul olmaları ve bu değişiklikler tahkim yargılaması başlamadan önce yapılsalardı da kabul edilebilecek olmaları halinde hakemlerce yerine getirilmeleri gerektiği söylenebilecektir³⁸⁷. Hakemlerce tarafların tercihlerinin amacı değerlendirilmek suretiyle de bir karar

³⁸⁴ Moses, **Powers of Arbitrators**, s.219.

³⁸⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.333; Jarvin, **Arbitrator's Powers**, s.68.

³⁸⁶ Waincymer, **a.g.e.**, s.382.

³⁸⁷ Waincymer, **a.g.e.**, s.389.

verilebilecektir³⁸⁸. Tarafların tahkim yargılaması devam ederken, usul üzerine yaptıkları değişikliklerinin amacı, tahkim yargılaması haricinde anlaşmaya çalışmaları olabilir. Örneğin, tarafların tahkim yargılamasının süresinin uzatılmasına ilişkin talepleri aslında tarafların uyuşmazlıklarını müzakere etmek için bir fırsat yaratma amacı içerebilir³⁸⁹. Hakemlerin bu tür değişikliklere sıcak bakmalarının gerekli olduğu söylenebilecektir.

Hakemler sahip oldukları takdir yetkisi kapsamında tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflarca yapılan tercihleri uygulama kararı verebilirler. Bu durumda tahkim yargılaması tarafların tercihlerine uygun olarak devam edeceğinden bir sorun çıkmayacaktır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında esas sorun, hakemlerin tarafların tercihlerine uymak istememeleri halinde ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin sahip oldukları açık, zımni ve doğal yetkilerin, hakemlere tarafların usuli tercihleri aksine işlem yapma yetkisi verip vermediği konusu bir kesinlik taşımamaktadır. Konu, tarafların tercihlerinin tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk kapsamında olup olmadığına göre farklı başlıklar altında değerlendirilebilecektir.

(2) Hakemlerin Tarafların Tercihleri Aksine Yargılamaya Devam Etmesi

(a) Tarafların Tercihlerinin Belirlenen Hukuk Dahilinde Olması

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra yaptıkları tercihler tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk kapsamındaysa hakemler, bu hukuk kapsamında sahip oldukları yetki uyarınca

³⁸⁸ Arroyo, **a.g.e.**, s.229; Pryles, **a.g.e.**, s.337.

³⁸⁹ Arroyo, **a.g.e.**, s.220; Pryles, **a.g.e.**, s.337; Waincymer, **a.g.e.**, s.394.

tarafların tercihlerini uygulamayabileceklerdir. Yani tarafların tercihleri *lex arbitri*, *lex loci arbitri* ve uygulanacak hukuklar kapsamında ise hakemlerin bu hukuklar kapsamında takdir hakkına sahip oldukları ve bu tercihler aksine hareket edebilecekleri söylenebilecektir. Hakemlerin tarafların uygulanacak hukuk kapsamında yer alan tercihleri aksine hareket edebilme yetkileri tarafların hakemlere tanıdığı açık yetkiden kaynaklanabileceği gibi uygulanacak hukuktan da gelecektir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında taraflar, hakemlere, irade serbestisi kapsamında, tahkim yargılamasında usuli konularda yaptıkları tercihlerin aksine karar verebilme yetkisini açıkça verebilirler. Taraflar, hakemlerin taraf tercihleri aksine hareket edebilme yetkilerini kendi aralarında yaptıkları anlaşma ile kararlaştırabilecekleri gibi çeşitli tahkim kurumlarını veya kurallarını seçerek de belirleyebilirler. Yani, hakemlerin uygulanacak hukuk kapsamındaki taraf tercihlerine hareket edilebilme yetkisi uygulanacak hukuklardan gelebilecektir. Eğer seçilen kurum veya kurallar hakemlere, tarafların usule ilişkin iradeleri üzerinde hareket edebilme yetkisi tanıyor ise; hakemler, bu kurum veya kurallarda düzenlenen sınırlar dahilinde tarafların tercihleri hilafına hareket edebileceklerdir³⁹⁰. Başka bir deyişle hakemlerin, tarafların uygulanacak hukuk kapsamında yaptıkları tercihler aksine hareket edebilme yetkilerinin sınırlarını yine tahkim yargılamasına

³⁹⁰ Hakemlere, tahkim yargılamasının usulü hakkında tarafların iradeleri aksine hareket yetkisi tanıyan tahkim kurallarına örnek olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları verilebilecektir. UNCITRAL Kuralları 17. maddesinde yer alan hükmün hakemlere tarafların tercihlerine rağmen hareket edebilme imkânı sağladığı kabul edilmektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları 17(2) maddesi “...*Hakem mahkemesi, tarafları görüşlerini açıklamaya davet ettikten sonra, her zaman bu Kurallarda öngörülen veya taraflarca kararlaştırılmış bulunan herhangi bir süreyi uzatabilir veya kısaltabilir*” diyerek hakem kuruluna tahkim yargılamasının süresi konusunda tarafların tercihleri aksine hareket edebilme imkânı tanımıştır. Yani hakem kurulu, taraflar aralarında bir süre belirlemiş olsalar da tarafların görüşlerini aldıktan sonra bu süre üzerinde değişiklik yapabilecektir. Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.432; 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 39(1) hükmü uyarınca da taraflar, tahkim yargılaması için öngörülen süreleri kısaltabileceklerdir. Fakat taraflar süre kısaltma talebini hakem kurulunun oluşturulmasından sonra yaparlarsa, hakemlerin bu talebi reddetme hakkı bulunmaktadır. Hüküm uyarınca: “*Taraflar, işbu Kurallarda öngörülen çeşitli süreleri kısaltmak için anlaşabilir. Bu tür bir anlaşmanın hakem kurulunun oluşmasından sonra yapılması halinde geçerliliği hakem kurulunun onayına tabidir*”; Yine ICC Tahkim Kuralları 31(2) ve 39(2) hükümleri uyarınca Divan, re’sen, taraflarca kısaltılmış tahkim sürelerini ihtiyaç görülmesi halinde uzatabilecektir. 31(2) hükmü uyarınca “*Divan, hakem kurulunun gerekçeli talebi üzerine veya gerekli olduğuna karar verdiği hallerde kendiliğinden süreyi uzatabilir*” ve 39(2) hükmü uyarınca: “*Divan, hakem kurulu ve Divan’ın sorumluluklarını bu Kurallara uygun olarak yerine getirebilmesi için gerekli olduğuna karar verirse, Madde 39(1)’e göre değiştirilmiş herhangi bir süreyi kendiliğinden uzatabilir*”.

uygulanacak hukuk belirleyecektir. Bu hal, tahkim yargılamasının taraf iradesine dayanmasının doğal bir sonucudur.

(b) Tarafların Tercihlerinin Belirlenen Hukuka Aykırılık Teşkil Etmesi

(i) Tarafların Tercihlerinin Lex Proceduraliaya Aykırılık Teşkil Etmesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, tarafların *lex proceduraliaya* veya gerçek milletlerarası kamu düzenine aykırı usuli tercihlerini, özellikle adil yargılanmaya aykırı tercihlerini kabul etmeyerek yargılamaya devam edebileceği kabul edilmektedir³⁹¹. Hakemlerin, istisnai hallerde, tarafların iradeleri aksine hareket edebilecekleri uygulamada da kabul edilmiştir³⁹².

Hakemlerin, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerine karşı adil yargılanmaya ilişkin hususları dikkate almaları, hakemlerin bir yargılama eylemi gerçekleştirmeleri açısından doğal görülmektedir. Hatta doktrinde bu durumun başarılı bir tahkim yargılamasının DNA'sından kaynaklı olduğu söylenmektedir³⁹³. Konu hakkında birçok farklı örnek verilebilecektir. Tarafların bir delilin tahkim yargılamasında kullanılmayacağına ilişkin tercihleri, eğer o delil uyuşmazlığın çözülmesi için esaslı bir unsur teşkil ediyorsa, hakemlerce reddedilebilecektir³⁹⁴. Tarafların anlaşmalarında bir tahkim yeri belirlenmiş ve fakat bu tahkim yerinde duruşmaların yapılması imkânsız ve bir taraf sadece tahkim yargılamasının ilerlemesini önlemek için tahkim yerinde duruşma yapılmasında ısrar

³⁹¹ Lalive, **a.g.e.**, s.303; Kessedjian, **a.g.e.**, s.865.

³⁹² 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının uygulandığı *ICS Inspection v. Argentina* kararında hakem kurulu, hakem kurulunun kimi durumlarda tarafların arasındaki usuli anlaşmalar aksine hareket edebilme yetkisi olduğunu vurgulamıştır. “(...) a tribunal may even enjoy broad power in certain cases to overrule the parties’ agreements on procedural matters” *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, PCA, No.2010-9, 10 Şubat 2012, s.254, naklen Arroyo, **a.g.e.**, s.228.

³⁹³ Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.418.

³⁹⁴ Kaplan, **Usul**, s.215.

ediyorsa, hakemlerin tahkim yerinde duruşma yapılmasının temel bir öneme sahip olup olmadığını değerlendirerek, tahkim anlaşmasının aksine farklı bir yerde duruşma yapılmasına karar verebilecekleri kabul edilmektedir³⁹⁵. Yine, tahkim yargılaması bir cezai unsur içerdiğinde hakemlerin, milletlerarası kamu düzenini koruma yükümlülükleri sebebiyle çeşitli tedbirleri alabilecekleri kabul edilmektedir³⁹⁶.

Hakemlerin, tarafların adil yargılanmaya ilişkin temel ilkelere aykırı tercihleri aksine tahkim yargılaması yürütme yetkileri, tahkim yargılamaları ile kendilerine verilen doğal yetkiden kaynaklanmaktadır³⁹⁷. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında gerçekleştirilen yargılama eylemi, hakemlere yapılan yargılamalarda asgari standartları gözetme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu sebeple eğer tarafların tercihleri adil yargılanmaya ilişkin bir aykırılık teşkil ederse hakemlerin, sahip oldukları doğal yetki ile bu tercihleri dikkate almadan yargılamaya devam etme ve hatta bu tercihler hakkında işlem yapma yetkisi de bulunmaktadır.

Uygulamada hakemlerin doğal yetkilerini kullanarak ve adil yargılanmaya ilişkin hususları dikkate alarak, tarafların tercihleri aksine verdikleri kararlar da bulunmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi *ReliaStar v. EMC*. kararına konu uyuşmazlıkta taraflar, tahkim yargılaması sonunda masrafları eşit olarak paylaşacaklarına dair bir tahkim anlaşması yapmışlardır. Fakat hakem kurulu, tahkim yargılaması boyunca kötü niyetli davrandığı için taraflardan birinin, bütün yargılama giderlerini ödemesine karar vermiştir. Her ne kadar ilk derece mahkemesi, tarafların iradesine aykırı karar verildiği için kararı kısmen iptal etse de Yüksek Mahkeme, tarafların tahkime ilişkin hakemlere vermiş oldukları yetkinin hakemlere doğal bir yetki verdiğine ve bu yetkinin, kötü niyetli davranan taraf hakkında tarafların iradelerine aksine karar verme yetkisi içerdiğine karar vermiştir³⁹⁸. 12944 numaralı

³⁹⁵ De Ly, **Report**, s.18.

³⁹⁶ Arroyo, **a.g.e.**, s.213.

³⁹⁷ De Ly, **Report**, s.17.

³⁹⁸ *ReliaStar Life Insurance Company of New York v. EMC National Life Company* (National Travelers Life Company), United States Court of Appeals, Second Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 564 F 3rd 81, 09.04.2009, naklen Arroyo, **a.g.e.**, s.227; Moses, **Powers of Arbitrators**, s.219.

16 Aralık 2004 tarihli ICC kararında, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri adil yargılanmaya aykırılık teşkil edecek ise hakemlerin bu tercihlere uymama yetkileri olduğu vurgulanmıştır. Kararda davacı taraf, davalı tarafın sunmuş olduğu bilirkişi raporunun kararlaştırılan süreden geç verildiği sebebiyle reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Hakem kurulu; davalı tarafından ileri sürülen deliller için sürenin geçmemiş olduğuna, sürenin geçirilmiş olduğu kabul edilse bile daha yargılamanın çok başında olduğuna ve davacı tarafın davalı tarafça ileri sürülen delillere karşı savunma süresi olduğuna karar vererek davalı tarafın ileri sürdüğü delillerin tahkim yargılamasında kullanılmasına karar vermiştir³⁹⁹. Hakem kurulu bu kararında, taraflarca kararlaştırılan usuli sınırlamanın tarafların adil bir yargılamaya sahip olma haklarının önüne geçmesine engel olamayacağına karar vermiştir. 12575 numaralı 16 Aralık 2003 tarihli ICC kararında da Türk davacı ve davalı Devlet arasında gerçekleşen yargılamada davalı taraf, ileri sürdükleri bir tanığın davacı tarafından çapraz sorguya tabi tutulamayacağını çünkü ilgili tanık hakkında davacının çapraz sorgu talebinde bulunmadığını ve *Procedural Order No.3*'ün bu konuda bir hüküm içermediğini ileri sürmüştür. Fakat hakem kurulu, her ne kadar davacı tarafın *Procedural Order No.3*'te ilgili tanık hakkında çapraz sorgu talebi olmasa ve *Procedural Order No.1*'de tarafların bir tanık hakkında çapraz sorgu talebinde bulunmadığında nasıl bir yol izleneceğine dair bir hüküm bulunmasa da tarafların eşitliği ve adil yargılanmaya ilişkin unsurlar göz önüne alındığında bir delil veya tanık hakkında gerçekleştirilecek usuli işlemlerin her iki taraf için de geçerli olması gerektiğine karar vermiştir. Hakem kararında bir tarafa tanınan farklı usuli avantajın hakem kararının iptal edilmesine sebep olabileceği de özellikle vurgulanmıştır. Hakem kararı uyarınca, tarafların tercihlerinin ve hareketlerinin temel haklara aykırılık teşkil edemeyeceği kabul edilmiştir⁴⁰⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, adil yargılanmaya ilişkin hükümleri dikkate alarak tarafların tercihleri aksine işlem yapmaları halinde

³⁹⁹ *US Company v. French Company*, ICC No. 12944, 11 Aralık 2004, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.81-83, p.2.9.

⁴⁰⁰ *Turkish Company v. State Party*, ICC No. 12575, 16 Aralık 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.67-68, p.2.

verilecek kararların, iptal edilme veya tenfiz edilmeme ihtimallerinin olduğu söylenebilecektir. Fakat hakemlerin adil yargılanmaya ilişkin temel hususları dikkate alarak verdiği kararların, milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni ile uyum içinde olacağı düşünüldüğünde verilecek kararlarının iptal edilmeyeceği veya tenfiz edileceği fark edilecektir⁴⁰¹. Bununla birlikte hakem kararlarında adil yargılanmaya ilişkin hususlar değerlendirirken, tahkimin tabi olduğu hukukun adil yargılanmaya ilişkin hükümlerinin de dikkate alınması haklı olarak önerilmektedir. Bu sayede icra kabiliyeti daha yüksek kararlar verilebilecektir.

Tarafların tercihlerinin değerlendirilmesinden öte, tarafların tercihlerinin sonuçlarının özel hukuk kapsamında geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan ve hakemlerin tarafların tercihleri aksine işlem yapabilmelerine imkân tanıyan bu yorum yöntemi, taraf iradesini ikinci plana atmaktadır⁴⁰². Ayrıca tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin unsurlar ile tarafların iradeleri aksine işlem yapılması, tahkim yargılamasının etkili bir çözüm yöntemi olması konusunda da sorunlar ortaya çıkartabilecektir. Bu sebeple, hakemlerce sahip olunan doğal yetkinin çok istisnai olarak kullanılması gerekmektedir. Hakemlerin sahip oldukları zımni ve doğal yetkinin, sadece, tahkim yargılamasının ve hakem kurulunun bütünlüğünü bozacak veya icra edilemeyen kararların ortaya çıkmasına sebep olacak istisnai hallerde kullanılması gerekmektedir⁴⁰³. Zaten uygulamada hakemlerin önlerine gelen bu tip sorunlarda kendi yetkileri hakkında karar vermekte zorlandıklarından bahsedilmektedir⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Arroyo, **a.g.e.**, s.213; Hakem kararları hakkında açılacak iptal ve tenfiz davalarında milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninin değerlendirilmesi hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(f)-((1)))

⁴⁰² Petrochilos, **a.g.e.**, s.171.

⁴⁰³ De Ly, **Report**, s.3.

⁴⁰⁴ Arroyo, **a.g.e.**, s.214.

(ii) Tarafların Tercihlerinin Emredici Kurallara Aykırılık Teşkil Etmesi

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların tahkim anlaşmasında yer almayan veya görev belgesinin değiştirilmesine yönelik yaptıkları tercihlerinin, *lex loci arbitri* ve emredici kurallarına uygun olması gerekmektedir⁴⁰⁵. Tahkim yargılamalarında emredici kuralların aksine anlaşılan tarafların tercihlerinin, hakemlerce uygulanmayabileceği söylenilebilecektir⁴⁰⁶.

Hakemlerin, *lex loci arbitri* ve emredici kurallarına uygun hareket etmelerinin en önemli sebebi, tarafların tahkim yargılaması sonunda icra edilebilir bir hakem kararı elde etmek isteyecek olmalarıdır. Şayet emredici hükümlere aykırı olan tercihlere uygun yargılama yapılır ise, hakem kararının iptal edilebilme veya tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıkacaktır. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğünün olduğu genel olarak kabul edildiği için *lex arbitriden* gelen emredici kurallara uymaları ve tarafların tercihlerini yerine getirmemeleri gerektiği söylenebilecektir⁴⁰⁷.

Tarafların *lex procedurali*ya aykırı tercihlerinin hakemlerce uygulanmayabilecekleri kabul görmüş iken, *lex loci arbitri* ve emredici kurallara aykırı tercihlerinin her durumda doğrudan ikinci plana atılması, tahkim yargılamasının tarafların iradesine tabi olma ilkesine zarar vermektedir. Kanaatimizce de genel kabul edilen görüş uyarınca tarafların tercihleri ile *lex loci arbitrinin* hükümlerinin çatışması halinde, sırf hakem kararı herhangi bir mahkeme tarafından iptal edilebilir veya tenfiz edilemez denilerek, tarafların usuli tercihlerinin dikkate alınmaması irade serbestisinin aşırı kısıtlanması anlamına gelecektir. Konu hakkında hakemlerin özel bir değerlendirme yapmak suretiyle karar vermeleri gerektiği söylenebilecektir. Hakemlerin neden emredici kurallar aleyhine taraf

⁴⁰⁵ Waincymer, **a.g.e.**, s.391.

⁴⁰⁶ Pryles, **a.g.e.**, s.337; Waincymer, **a.g.e.**, s.52; Schwarz, **a.g.e.**, s.84.

⁴⁰⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.645; Moses, **Powers of Arbitrators**, s.209.

tercihleri hakkında değerlendirme yapmaları gerektiğine dair şu sebepler ileri sürülebilecektir:

Öncelikle, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin, taraflarca yapılan tercihler emredici kurallara aykırılık teşkil etseler de taraf tercihlerine uygun hareket etme yükümlülükleri devam etmektedir⁴⁰⁸. Hakemlerin sahip olduğu açık ve zımni yetki, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin tercihlerinin bir sonucudur. Hakemlerin sahip oldukları bu yetkilerin tarafların iradeleri üzerinde, tarafların tercihleri aksine işlem yapabilecek bir yetki doğurduğunun düşünülmesi tarafların irade serbestisine aykırılık teşkil edebilecektir. Özellikle hakemlerin sahip oldukları zımni yetkinin kapsamı, açık verilen yetkinin tabi olduğu düzenleme içinde değerlendirilmelidir. Zımni yetkinin kapsamı, hakemlere verilen açık yetkinin kapsamını aşmamalıdır. Bu sebeple de tarafların iradeleri aksine, hakemlerin zımni yetkileri dikkate alınarak, işlem yapılamayacaktır. Hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülükleri ile tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkındaki tercihleri çatışırsa, hakemlerin tarafların kendilerine tanıdığı yetki dahilinde karar vermeleri gerekmektedir⁴⁰⁹. Yoksa hakem kararı, hakemlerin kendilerine tanınan yetkiyi aştığı için zaten iptal edilebilecek veya tenfiz edilemeyecektir. Bu durumda hakemlerin, icra edilebilir bir hakem kararı verme yükümlülüklerinin de ortadan kalktığından bahsedilebilecektir⁴¹⁰.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tahkim yargılamasının temelini oluşturan irade serbestisine ağırlık verilmesi ve taraf tercihlerine uygun hareket edilmesi esastır⁴¹¹. Taraflar, tercihlerini bir hata ile yapmışlar ise tercihlerini daima değiştirebileceklerdir. Fakat taraflar emredici hükme karşı

⁴⁰⁸ Örneğin taraflar, iki hakemin uyuşmazlık hakkında ortak bir karara varamamaları halinde üçüncü bir hakemin atandığı yöntem ile uyuşmazlıklarının çözülmesini istese ve bu yöntem tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etse de hakemlerin veya tahkim kurumunun, taraf tercihleri aksine doğrudan, klasik üç kişilik bir hakem kurulu yöntemi ile yargılama yapabilecekleri kabul edilemeyecektir. Petrochilos, **a.g.e.**, s.170.

⁴⁰⁹ Waincymer, **a.g.e.**, s.121.

⁴¹⁰ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.280.

⁴¹¹ Arroyo, **a.g.e.**, s.224; Kaplan, **Usul**, s.4.

tercihlerini tartışarak ve anlaşarak yapmışlar ise bu durumda hakemler tarafların tercihlerini uygulamak ile ykmldrlەر⁴¹².

Milletlerarası tahkim yargılamalarında iptal edilebilecek veya tenfiz edilemeyecek kararlar, eğer tarafların kendi tercihleri sonucu ortaya çıkıyor ise hakemlerin tarafların iradelerine saygı duymaları ve tarafların tercihleri doğrultusunda tahkim yargılamasını sürdürmeleri gerekmektedir. Çünkü, tahkim yargılaması sonunda icra edilemeyen bir karar verilmesine ilişkin risk, mevcut durumda tarafların üzerindedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerine uygun yargılama yapılması, yargılama sonunda verilen kararının esaslı olarak tarafları etkileyecek olmasından da kaynaklanmaktadır. Hakemlerin tahkim yargılamasından sonra veya tahkim yargılamasından istifa ettikten sonra, tahkim yargılaması ile hiçbir bağları kalmamaktadır. Fakat taraflar, yargılama sonunda verilen karar ile daima bağlı kalmaktadırlar⁴¹³.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılaması sonunda icra edilebilir kararlar verilmesi yani iptal edilmez veya tenfiz edilebilir kararlar verilmesi için tahkim yargılamasında karşılaşılan her emredici kuralın doğrudan tarafların tercihleri karşısında dikkate alınması, tahkim yargılamasının esasına da aykırılık teşkil edebilecektir. Tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının farklı mahkemelerde, tenfiz imkânı bulunmaktadır. Bu sebeple *lex loci arbitrinin* her emredici kuralarının tarafların tercihleri aksine dikkate alınması, farklı bir ülkede tenfiz edilebilecek bir kararın iptal edilmemesini önlemek amaçlı, tarafların tercihlerinin dikkate alınmaması anlamına gelebilecektir. Yani hakem kararının olası geçerliliğine karşı tarafların tercihleri ikinci plana atılmış olacaktır. Bu durumun taraf menfaatine aykırı sonuçlar ortaya çıkarmaması için hakemlerin, somut uyuşmazlıkta hakem kararın iptal olabilmesine sebep

⁴¹² Petrochilos, **a.g.e.**, s.172.

⁴¹³ Petrochilos, **a.g.e.**, s.173.

olabilecek emredici kuralın amacı ile taraf menfaatlerini değerlendirmesi gereklidir.

Hakemler tarafların *lex loci arbitri*ye aykırı tercihlerini değerlendirirken birçok unsuru göz önüne alabileceklerdir. Bu değerlendirme de esas olan, tarafların irade serbestileri ve bu serbesti kapsamında yaptıkları tercihlere ilişkin menfaatlerinin neden *lex loci arbitri* kapsamındaki emredici hükümlerin karşısında dikkate alınması gerektiğidir.

Eğer hakemler, tarafların emredici kurallara aykırı tercihlerini, kararların iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olabileceği için uygulamaktan çekinirlerse, bu emredici kuralları yumuşatarak veya tamamlayıcı şekilde yorumlayarak da uygulayabileceklerdir⁴¹⁴. Bu yolla tahkim yargılaması, hem tarafların tercihleri doğrultusunda yürütölmüş olacak hem de hakem kararı emredici kurallara esaslı aykırılık teşkil etmediğinden kararın iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi riski azalacaktır. Konu hakkında 12545 numaralı 10 Eylül 2003 tarihli ICC kararı örnek olarak verilebilecektir. Uyuşmazlıkta, Venezuelalı taraflardan davacı taraf, davaya konu belgelerin tasnif edilmesinde ortaya çıkan güçlükleri, ölkede ortaya çıkan sorunların tarafların davaya hazırlanmasını zorlaştırmasını ve adil yargılanma hakkına ilişkin unsurları ileri sürerek tahkim yargılamasının bir ay uzatılmasını talep etmiştir. Buna karşılık davalı taraf, davacı tarafın ileri sürdüğü unsurların davacının bilgisi ve öngörüsü dahilinde olduğunu, davanın süresine ilişkin davacı taraf ve hakem kurulu ile kesin bir anlaşmaya varıldığını, davacının davasını hazırlamak için gerekli süreye sahip olduğunu ileri sürerek bir aylık süre uzatım talebine karşı çıkmıştır. Hakem kurulu, davacı tarafın ileri sürdüğü gerekçelerin yersiz olduğuna, davacı tarafın ilgili sorunları öngörebileceğine, bir aylık süre uzatımın planlanan tahkim yargılamasını aksatacağına karar verse de her iki tarafın da kendilerini savunmak için makul bir imkânâ sahip olmaları gerektiğı için bir ay

⁴¹⁴ Kaplan, **Usul**, s.212.

olmasa da iki hafta süre tanınması gerektiğine karar vermiştir⁴¹⁵. Yani hakem kurulu, tarafların yargılamanın süresine ilişkin verdikleri usuli kararı tarafların usuli savunma haklarını göz önünde bulundurarak değiştirmiştir. Bu kararda hakem kurulu, hem tarafların tercihlerine ilişkin bir değerlendirme yapmış hem de tarafların savunma haklarını dikkate almıştır. Şöyle ki hakem kurulu, tahkim sürenin uzatılmasının taraflarca anlaşılan süreye ilişkin planları bozacağını kabul etmiş ve fakat sürenin uzatılmamasının adil yargılanma hakkında aykırılık teşkil edebileceğini de vurgulamıştır. Bu sebeple davacı tarafın istediği süre uzatımını kabul etmiş ve fakat tahkim yargılamasının işleyişini bozmayacak şekilde, istenilen bir ay yerine iki haftalık bir süre uzatımına karar vermiştir. Karar ile hakem kurulu, tarafların tercihleri ile adil yargılanmaya ilişkin hususlar arasında bir denge kurmuştur. Bu sayede de karar hakkında açılacak bir iptal veya tenfiz davasında sürenin uzatılmasının taraf anlaşmasına aykırılık teşkil ettiğine dair itiraz edilirse, ilgili değişiklik adil yargılanmaya ilişkin hakları korumak için yapıldığından itirazın kabul edilmeme ihtimali oldukça yüksektir.

(3) Hakemlerin İstifa Etmesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemler, tahkim yargılaması devam ederken, tahkim yargılaması başlamadan önce kabul edilen şartlarda daha önceden bilmedikleri yeni bir değişiklik talebiyle karşılaşır ve yapılan değişiklik ile tahkim yargılamasına devam etmek istemezlerse veya tarafların bu yeni talepleri adil yargılanmaya ilişkin temel ilkelere aykırılık teşkil ederse, istifa etmek suretiyle yargılamadan çekilebilirler⁴¹⁶.

Hakemlerin, tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerine saygı duyması ve yargılamayı tarafların tercihleri doğrultusunda yürütmeleri gerekmektedir. Fakat

⁴¹⁵ *Venezuelan Company v. Venezuelan Company*, ICC No.12545, 10 Eylül 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, s.64-65, s.65.

⁴¹⁶ Born, **a.g.e.**, s.2142; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.320; Pryles, **a.g.e.**, s.332; Aygöl, **a.g.e.**, s.69; Waincymmer, **a.g.e.**, s.120; Schwarzh, **a.g.e.**, s.84; Özel, **a.g.e.**, s.97; Petrochilos, **a.g.e.**, s.171; Binder, **a.g.e.**, s.340.

hakemler, tahkim yargılamasının başında kabul ettikleri yükümlülüklerden daha fazla yükümlülük yükleyen veya daha uzun süre gerektiren taraf tercihlerini, sadece başta kabul ettikleri iş karşılığı ücrette farklılık yaratacağı gerekçesiyle bile kabul etmeyebileceklerdir⁴¹⁷. Bu sebeple tarafların emredici kurallara veya *lex procedurali*ya aykırı tercihleri karşısında yargılama yapmak istemeyen tarafların evleviyetle istifa etme hakları bulunduğu söylenebilecektir.

Hakemlerin tarafların tahkim yargılaması sırasında yaptıkları tercihler sonucu istifa edebilmelerinin, milletlerarası ticari tahkimde irade serbestisinin gücünden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Hakemler, tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihler karşısında durmamakta ve tarafların tercihleri aksine hareket etmemektedirler⁴¹⁸.

Tarafların tercihlerden dolayı tahkim yargılamasına devam etmek istemeyen hakemlerin istifalarının geçerliliği, tahkimin tabi olduğu hukuk ve taraflarla hakemler arasındaki anlaşmanın tabi olduğu hukuk dikkate alınarak değerlendirilecektir. Hakemlerin istifalarının geçerli olarak kabul edilmeleri için tarafların, tahkim yargılaması sırasında yaptıkları tercihlerinin öngörülemez olması hususiyetle aranmalıdır⁴¹⁹.

Hakemlerin istifa etmeden önce, tarafları yaptıkları usuli tercihler hakkında bilgilendirebilecekleri veya uyarabilecekleri de kabul edilmektedir. Hakemlerin tarafları tutarsız veya etkili olmayan prosedürlerden vazgeçirmek gibi bir yetkisinin hatta görevinin olduğu, hatta bu durum hakkında taraf temsilcileri ile görüşebilecekleri kabul edilmektedirler⁴²⁰. Hakemler, tahkim yargılamasının etkili bir şekilde işletilebilmesi için taraflara, dürüstlük kurallarına uygun olarak hareket etmelerini hatırlatabilecektir. Hakemler, tarafları aydınlatılarak yeni bir anlaşma veya

⁴¹⁷ Waincymer, **a.g.e.**, s.393.

⁴¹⁸ Schwarz, **a.g.e.**, s.83.

⁴¹⁹ Schwarz, **a.g.e.**, s.83.

⁴²⁰ Born, **a.g.e.**, s.2142; Aygöl, **a.g.e.**, s.69; Waincymer, **a.g.e.**, s.120; Schwarz, **a.g.e.**, s.82; Süral, **a.g.e.**, s.1400.

görev belgesi hazırlanması konusunda tarafları yönlendirebilecektir⁴²¹. Eğer hakemler tarafları ikna edemez ise, istifa ederek yargılamadan çekilmeleri veya yargılamayı sonlandırmaları gerekmektedir⁴²².

Ayrıca unutulmamalıdır ki; milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemler, tarafların tercihleri doğrultusunda tahkim yargılamasını yürütmek istemiyorlarsa, hakemlerin istifa etmesini veya yargılamayı sonlandırılmalarını beklemeden taraflar, sahip oldukları irade serbestisi kapsamında mevcut tahkim yargılamasını sonlandırıp, seçecekleri yeni hakem kurulu ile yeniden tahkim yargılamasına başlayabileceklerdir⁴²³.

IV. İRADE SERBESTİSİNİN KAPSAMININ MAHKEME TARAFINDAN BELİRLENMESİ

A. İrade Serbestisinin Kapsamının Tahkim Yargılaması Başında veya Devam Ederken Mahkeme Tarafından Belirlenmesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, uyuşmazlıklarının yetkili mahkemeler yerine tahkim yargılamasında çözümlenmesini istemektedirler. Yani taraflar özellikle, mahkeme yargısına tabi olmamak veya mahkeme müdahalesine maruz kalmamak istemektedirler. Bu sebeple, milletlerarası tahkim yargılamalarına mahkemelerin yardım veya müdahalelerinin sınırları çizilmiş ve belirli konular haricinde mahkemelerin yetkileri sınırlandırılmıştır⁴²⁴. Tahkim

⁴²¹ Süral, **a.g.e.**, s.1400; Hakemlerin, tarafları hakem kararlarının iptal olabileceği veya tenfiz edilmeyebileceği hakkında uyarılmalarının, hakemlerin tarafsız bir yargılama yürütme yükümlülüklerine aykırılık teşkil edebileceği söylenebilecektir. Fakat bu durum, hakemlerin tarafsızlıklarına bir istisna olarak görülebilecektir, çünkü aslında hakemler taraflara ilişkin bir uyarı yaptıktan sonra hakem kararına ilişkin, hakem kararının icra edilebilir olmasına ilişkin bir işlem yapmaktadırlar.

⁴²² Born, **a.g.e.**, s.2142.

⁴²³ Arroyo, **a.g.e.**, s.222.

⁴²⁴ Lew, **Autonomous**, s.196; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.658; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.122.

yargılamalarının tabi olduğu hukuklarda kendilerine izin verilen kapsamda mahkemeler, tahkim yargılamasına yardım ve müdahale edebileceklerdir. Tarafların irade serbestisi ve bu serbesti ile verdikleri kararların etkili bir şekilde uygulanabilmesi için bu yardım ve müdahalenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarına ilişkin en temel düzenlemelerden olan New York Anlaşması II(1)(3) ve Cenevre Sözleşmesi VI(3) hükümleri uyarınca, tarafların aralarında yaptıkları tahkim anlaşmalarının ve dolaylı olarak tahkimin usulüne ilişkin tercihlerinin geçerli kabul edilmesi gerektiği ve bu tercihler ile yürütülmekte olan yargılamalara saygı duyulması gerektiği açıkça düzenlenmiştir⁴²⁵. Bu hükümler kapsamında mahkemeler, tahkim yargılamaları hakkında yapılan itirazlarda veya açılan iptal ve tenfiz davalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapmış oldukları anlaşmaları kabul etmek zorundadır, aksi yönde bir yorum, tahkim yargılamasının taraflara sağlamış olduğu irade serbestisinin taraflarca kullanılmasına aykırılık teşkil edecektir⁴²⁶.

New York Anlaşması ile hakem kararlarının tenfizine ilişkin milletlerarası alanda sağlanan birlikteliğin, Anlaşmaya eklenecek bir protokol ile tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan sorunlar için de sağlanması teklif edilmiş; ancak düzenlenecek protokolün fazla ayrıntı içerecek olması ve protokolün Anlaşmanın bütünlüğüne zarar verebilecek olması göz önünde bulundurularak, teklif kabul

⁴²⁵ New York Anlaşması II(1) ve II(3) hükümleri: “1- Akit devletlerden her biri, tarafların, akte müstenid olan veya akti olmayan, muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden ihtilafların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişimlerini mutazammın yazılı anlaşmalarını muteber addeder ... 3- Bir akit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma aktettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilaflarına vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder”; Cenevre Sözleşmesi VI(3) hükmü: “Eğer adli mahkemelere her hangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilafların halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilafların halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendisine başvurulmuş Akit Devlet adli mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin yetkiliyeti hakkında karar ittihazi hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edeceklerdir”.

⁴²⁶ Born, a.g.e., s.1555; Schwarz, a.g.e., s.90.

edilmemiştir⁴²⁷. Bunun yerine ilgili düzenlemelerin, Model Kanun kapsamında yapılmasına karar verilmiştir. Model Kanun 5. maddesinde de açıkça, kanunda düzenlenen hususlar haricinde mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale edemeyecekleri düzenlenmiştir⁴²⁸. Bu müdahalenin, tahkim yargılamasına yapılacak yardımları da kapsadığı kabul edilmektedir. Model Kanun 6. maddesinde de maddede belirtilen hükümler hakkında tahkim yargılamasına yardım ve müdahale edecek yetkili mahkemelerin belirleneceği düzenlenerek, maddede belirtilen hükümler hakkında mahkemelerin tahkim yargılamasına yardım ve müdahale yetkisine sahip olacağı dolaylı olarak düzenlenmiştir⁴²⁹. Model Kanun hükümleri özel olarak değerlendirildiğinde de; 8. madde uyarınca tahkim anlaşması ve tahkim itirazı, 9. madde uyarınca ihtiyati tedbirler, 11. madde uyarınca hakemlerin atanması, 13. madde uyarınca hakemlere yapılacak itirazlar, 14. madde uyarınca hakemlerin görevini yerine getirememesi, 16. madde uyarınca hakemlerin kendi yetkilerine karar vermesi, 17. madde uyarınca tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi, 27. madde uyarınca delil toplanması, 34. madde uyarınca hakem kararlarının iptal edilmesi, 35 ve 36. maddeler uyarınca hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında, mahkemelerin tahkim yargılamasına yardım ve müdahale edebilecekleri kabul edilmiştir⁴³⁰.

MTK uyarınca da tahkim yargılamalarına mahkeme müdahale ve yardımı sadece sınırlı hallerde kabul edilmiştir. MTK 3(2) hükmü uyarınca “(m)illetlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine

⁴²⁷ Jacques Werner, “Should the New York Convention be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings?”, **Journal of International Arbitration**, vol.6, S.3, Kluwer Law International, 1989, s.113-120, s.118.

⁴²⁸ Model Kanun İngilizce 5 hükmü: “(i)n matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law”. Yani Kanun, izin verdiği haller hariç olmak üzere, düzenlediği konular (“matters governed by this Law”) hakkında mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale etmesine izin vermemektedir. Fakat Kanunda yer alan düzenlediği konu (“matters governed by this Law”) tabirinin ne anlama geldiğinin kesin olmaması sebebiyle, ifade değerlendirirken Kanunun açık ve zımnî düzenleme getirdiği bütün konuların dikkate alınması gerektiği söylenebilecektir. Bununla birlikte dokunulmazlık, taraflar ile hakemler veya tahkim kurumları arasındaki sözleşmesel ilişki, hakem ücretleri gibi konular hakkında Kanun kapsamında mahkemelerin yardım ve müdahalede yetkileri olduğu da ayrıca kabul edilmektedir. Binder, **a.g.e.**, s.83.

⁴²⁹ Model Kanun İngilizce 6 hükmü: “(t)he functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by ... (Each State enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.)”

⁴³⁰ Binder, **a.g.e.**, s.84.

göre müdahalede bulunabilirler". Kanunun, ihtiyati tedbir ve hacze ilişkin 6. maddesi uyarınca; hakem seçimi ve reddine ilişkin 7. maddesi uyarınca; tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin 10. maddesi uyarınca; delillerin toplanmasına ilişkin 12. maddesi uyarınca; hakem kararının tebliği ve saklanmasıyla ilişkin 14. maddesi uyarınca ve iptal davasına ilişkin 15. maddesi uyarınca mahkemelere başvurulabilecek ve mahkemelerden tahkim yargılamasına yardım ve müdahale etmesi istenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılaması başlamadan önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemelerin, sadece iki ana başlık altında tahkim yargılamalarına yardım ve müdahale edebileceği kabul edilmiştir. Mahkemeler öncelikle, tahkim anlaşmasına rağmen bir dava açılırsa, tahkim anlaşmasına ve geçerliliğine ilişkin bir değerlendirme yaparak tahkim yargılamasına müdahale edebileceklerdir. İkinci olarak da uyuşmazlık ile alakalı bir yardım talebi ile tarafların başvurması halinde mahkemeler, tahkim yargılamalarına yardım ve müdahale amaçlı kararlar alabileceklerdir.

Taraflar, aralarındaki hukuki ilişkide bir uyuşmazlık çıktıktan sonra anlaşmaları kapsamında tahkim yargılamasını başlatabilecekleri gibi mahkemelerde de dava açabileceklerdir. Bu davada karşı taraf, davaya konu uyuşmazlık hakkında aralarında bir tahkim anlaşması olduğu sebebiyle mahkemeye itiraz edebilecektir⁴³¹. Mahkemeler bu itiraz kapsamında, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında ayrıntılı bir inceleme yapıp yapmama konusunda takdir hakkına sahiptirler. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları itiraz hakkı MTK 5. maddesinde de *“(t)ahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim*

⁴³¹ Nomer, **Devletler Hususi**, s.557; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.325; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.174; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.663; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.819; Esen Aydın, “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 39, S.1, 2019, s.33-61, s.41; Werner, **a.g.e.**, s.115; Julian D. M. Lew, “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process?”, **American University International Law Review**, vol.24, 2008-2009, s.489-537 (**Court**), s.496.

itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder” denilerek düzenlenmiştir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tahkim itirazında yapılacak olan değerlendirmenin, anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin ayrıntılı bir inceleme olduğu ve milletlerarası düzenlemelerde yer alan hükümlerin de bu şekilde yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir⁴³². Fakat, mahkemelerin tahkim itirazı sonrasında, tahkim anlaşmaları hakkında yapacakları değerlendirmelerin kapsamlı bir değerlendirme olmaması gerektiği söylenebilecektir. Mahkemelerin, tahkim anlaşmalarının geçerliliklerine ilişkin ilk bakışta (“*prima face*”) bir değerlendirme yapmaları gerekmektedir⁴³³. Çünkü kompetenz-kompetenz kuralı gereği, tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve tahkim yargılamalarında hakemlerin yetkileri hakkında karar vermeye esas yetkili kurum, hakem kuruludur⁴³⁴. Hakemlerin bu yetkisine

⁴³² Mahkemelerin tahkim yargılamaları hakkında yapabilecekleri tek değerlendirmenin, tarafların arasında geçerli bir tahkim anlaşması olup olmadığına dair yapılabilecek olan değerlendirme olduğu söylenmektedir. Lew, **Court**, s.510; Türk hukukunda da mahkemelerin, tahkim anlaşmalarının geçerliliklerine yönelik araştırma yapmaları gerektiği söylenmektedir. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.189; New York Anlaşması II(3) hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğu tespit edilmedikçe, yani tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı tespit edilmedikçe, mahkemelerin tarafları tahkim yargılamasına yönlendirmesi gereklidir. Benzer bir hükme Model Kanununda da yer verilmiştir. Model Kanun 8. maddesi uyarınca mahkemece tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğu tespit edilmedikçe mahkemelerin tahkim itirazını kabul etmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu iki değerlendirmenin de tahkim anlaşmalarının geçerliliklerine ilişkin ayrıntılı değerlendirme oldukları kabul edilmektedir. Hatta Model Kanun yapım aşamasında hükme, yapılacak değerlendirmenin ilk bakışta (“*prima face*”) bir değerlendirme olduğunun belirtilmesi için açıkça (“*manifestly*”) ifadesinin eklenmesi önerilmişse de öneri kabul edilmemiştir. Binder, **a.g.e.**, s.148.

⁴³³ Esen, **Teşmil**, s.80; Bu durumun tek istisnasının tahkim yeri olarak itirazın yapıldığı yer mahkemesinin belirlenmediği tahkim anlaşmaları olabileceği, yalnızca bu durumda mahkemelerin tahkim anlaşmalarının geçerliliği hakkında ayrıntılı inceleme yapılabileceği ileri sürülmektedir. Aydın, **a.g.e.**, s.52.

⁴³⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.666; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.229; Nomer, **Devletler Hususi**, s.584; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.340; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.332; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.395; Jarvin, **Arbitrator’s Powers**, s.65; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.823; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, S.1, 2011, 355-380 (**Kompetenz-Kompetenz**), s.360; Esen, **Teşmil**, s.360; Erkaya, **a.g.e.**, s.44; *Manufacturer (Slovenia) v. Exclusive distribütör (Germany)* kararında mahkeme, tenfiz davasında hakemlerin yetkilerini aşarak karar verdiğine ilişkin yapılan itirazı değerlendirirken; hakemlerin, kompetenz-kompetenz kuralı gereği kendi yetkilerine karar

mahkemelerin saygı duyması gerekmektedir⁴³⁵. MTK 7(H) hükmü ile Türk hukukunda da kompetenz-kompetenz kuralı kabul edilmiştir. Hüküm uyarınca: “(h)akem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir”⁴³⁶.

Mahkemelerin tahkim itirazlarında tahkim anlaşmasına ilişkin yaptıkları değerlendirme, tarafların tahkim anlaşması yapabilmelerine ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin mahkemeler tarafından tahkim yargılaması başlamadan değerlendirilebileceğini göstermektedir. Mahkemelerin tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmek yönündeki tavırları veya tahkim anlaşmalarının geçerlilikleri hakkında ayrıntılı değerlendirme yapmamaları, tarafların tahkim iradesine öncelik verilmesini ve tarafların tercihleri doğrultusunda etkili bir tahkim yargılaması yürütülmesini de sağlayacaktır. Taraflarca şekillendirilen tahkim anlaşmaları mahkemelerce geçerli kabul edildikçe veya tahkim anlaşmalarının geçerliliklerine ilişkin sorunlar

verebileceklerini, somut uyuşmazlıkta hakemlerin kendilerini yetkili kabul ettiklerini ve kararın mahkeme için bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. *Manufacturer (Slovenia) v. Exclusive distribütör (Germany)*, Court of Appeal, Schleswig, Almanya, 16 SchH 01/99, 24 Haziran 1999, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004 s.687–696, p.5.

⁴³⁵ Cenevre Sözleşmesi VI(3) hükmünde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca “(e)ğer adli mahkemelere herhangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilaflın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilaflın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvuru Akit Devlet adli mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar ittihazi hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edecektir”.

⁴³⁶ Yargıtay’ın hakem kararının geçerliliğine ilişkin değerlendirmenin hakem kurullarınca yapılması gerektiğine dair kararları bulunmaktadır. Örneğin, Y. 15. HD. 27.06.2007 T., 2007/2145 E., 2007/4389 K. kararı uyarınca “...Çünkü 7. maddenin H bendinde tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verme imkânı hakemlere tanınmıştır. Bu yetkinin kanuna veya sözleşmeye aykırı kullanıldığı hallerde bu husus iptal davasının incelenmesi sırasında değerlendirileceğinden bu konuda çıkacak ihtilaflarda HUMK’nın 519. maddesi bertaraf edilmiş olmaktadır. Yani milletlerarası tahkime giren bir konuda uyuşmazlığın tahkimde görülüp görülemeyeceği, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konularında karar verme yetkisi hakemlere bırakılmıştır. Bu itirazın tahkim yargılamasında en geç ilk cevap dilekçesinde yapılması gerekmektedir. Bu itiraz öncelikle hakemlerce incelenerek hakemlerce yetkili olduklarına karar verilmesi halinde yargılamaya devam edilecektir. Uyuşmazlığın esasına karar verilip, iptal davası açıldığında bu sorun mahkemece iptal sebebi olarak takdir olunacaktır. Hakemler kendilerini görevli saymadıkları takdirde dava dilekçesini görevli olmaları nedeniyle reddedeceklerdir. Şu hale göre mahkeme önüne gelen ihtilafta, HUMK’nın 519. maddesi uyarınca tahkim şartının geçerli olup olmadığının incelenmesi hususunda bu aşamada mahkemenin görevli olmadığı açıktır. Öyle olunca mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken HUMK’nın 519. maddesi uyarınca tahkim şartının geçersizliğine karar verilmesi yerinde olmamıştır...”. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net.

kompetenz-kompetenz kuralı gereğince hakemlere yönlendirildikçe, tahkim yargılamaları, tarafların irade serbestileri kapsamında yürütülebileceklerdir. Bu sebeple kompetenz-kompetenz kuralının tarafların sahip oldukları irade serbestisinin koruyucusu olduğu da söylenebilecektir⁴³⁷.

Tahkim yargılaması başlamadan veya tahkim yargılaması devam ederken, mahkemelerden, hakem kurullarının sahip olmadığı kamu gücünün kullanılmasını gerektiren kimi konularda yardım da talep edilebilecektir. Özellikle ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir gibi konularda, mahkemelerden karar vermeleri istenebilecektir⁴³⁸. Sadece ihtiyati tedbir ve haciz değil, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun izin verdiği ölçüde mahkemelerden farklı yardım taleplerinde de bulunulabilecektir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, bu sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla; kurumsal bir tahkim yargılaması yürütülüyorsa hakemlerin reddi veya hakem yetkisinin sonlandırılması için mahkemelere başvurulabilecek, özellikle üçüncü kişilerin elindeki delillerin toplanması için mahkemelerden yardım istenebilecek veya tahkim yargılamasının sürenin uzatılması için mahkemelere başvurulabilecektir⁴³⁹. MTK uyarınca da hakemlerin yardım ve müdahaleleri sınırlı olarak düzenlenmiştir. Örneğin MTK 6. hükmü uyarınca “(t)araflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir” denilerek mahkemelere tedbir kararı verebilme yetkisi tanınmıştır. Yine MTK 12(B) uyarınca “...(h)akem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir...” denilerek mahkemelerden delillerin toplanmasına ilişkin yardım istenebileceği düzenlenmiştir.

Tahkim yargılamalarında tarafların mahkemelerden yardım talep etmeleri, tarafların uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması ile çözümlenmesine ilişkin

⁴³⁷ Erkaya, **a.g.e.**, s.44.

⁴³⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.721 vd.; Kalpsüz, **Tahkim**, s.42; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.819.

⁴³⁹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.421 vd.; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.368 vd.; Werner, **a.g.e.**, s.116; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.136-137; Park, **Judicial Control**, s.237; Jarvin, **Arbitrator's Powers**, s.64; Dursun, **a.g.e.**, s.184.

iradelerinde bir değişiklik yaratmayacaktır. Bu durumda tarafların tahkim yargılamalarına ilişkin mahkeme yargılamasına alternatif çözüm talepleri devam etmekte, sadece tahkim yargılamasının sahip olmadığı icra gücü hakkında mahkemelerden yardım talep edilmektedir⁴⁴⁰. Yani tarafların ihtiyati tedbir veya haciz gibi konularda mahkemelerden yardım talep etmeleri, tahkim yargılamasının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestisi hakkında bir kısıtlama veya sınırlama getirmeyecektir. Bu husus tahkim yargılamalarına ilişkin milletlerarası ve milli düzenlemelere de konu olmuştur. Cenevre Sözleşmesi VI(4) hükmü uyarınca: “(i)htiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama müracaat edilmesi hakemlik anlaşmasıyla telif olunmaz mahiyette sayılamayacağı gibi için esas bakımdan adli mahkemeye tevdi edildi manasına da alınmamalıdır” ve benzer bir yönde Model Kanun 9. hükmünde ve MTK 6. hükmünde de bu husus: “(t)araflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez” denilerek düzenlemeye tabi tutulmuştur⁴⁴¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların mahkemelerden talep edebilecekleri yardımların kapsamı belirlenmiştir. Taraflar mahkemelerden ihtiyaç duydukları her konuda yardım talep edemezler. Tarafların yardım talep edebilecekleri unsurların, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk uyarınca düzenlenmiş olması gerekmektedir. Yani *lex arbitri*, tarafların mahkemeden hangi konularda talepte bulunabileceklerine ilişkin taraf iradelerini kısıtlayacaktır. Bu kısıtlamalar dolaylı olarak tarafların milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayacaktır.

⁴⁴⁰ Werner, **a.g.e.**, s.115; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.194; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.135; Elizabeth Gloster, “Symbiosis or Sadosochism? The Relationship Between the Courts and Arbitration”, **Arbitration International**, vol.34, S.3, 2018, s.321-339, s.323; Chang, **a.g.e.**, s.17; Christopher Boog, “Interim Measures-Relevance of the Courts at the Place of Arbitration and Other Places”, **Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context**, Editör Franco Ferrari, Münih, Sellier European Law Publisher, 2013, s.199-233, s.206.

⁴⁴¹ Model Kanun İngilizce 9 hükmü: “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure”.

Milletlerarası ticari tahkim hukukunda, tarafların mahkemelerin yardımından feragat etme haklarının olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Her ne kadar tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri veya iptal davasında değerlendirilecek hususlarda kısıtlama yapabilecekleri kabul edilmiş ve düzenlenmelere tabi kılınmışsa da mahkemelerin tahkim yargılamasına yapabilecekleri yardımlardan taraflarca feragat edilip edilemeyeceğine dair kabul edilmiş bir görüş veya düzenleme yoktur⁴⁴². Genel kabul edilen görüş taraflara, mahkeme yardımından feragat edilmesine yönelik irade serbestisi tanınmaması gerektiği yönündedir⁴⁴³. Çünkü tahkim yargılaması hakkında ortaya çıkabilecek, cebri icra organları tarafından icrası gereken ihtiyaçlar, ancak mahkemeler taraflarından değerlendirilerek karara bağlanabilecektir⁴⁴⁴. Bu sebeple, ihtiyati karar verilmesine, delillerin toplanmasına veya hakemlerin reddine ilişkin mahkemelerden istenebilecek yardımlar hakkında, tarafların irade serbestisine sahip olmamaları gerektiği söylenebilecektir⁴⁴⁵. Fakat bu yorum türü, tarafların irade serbestilerini aşırı kısıtlayan bir yaklaşıma sahiptir. Tarafların tahkim yargılamasına ilişkin sahip oldukları irade serbestilerine saygı duyulması gerektiği ve mahkemelerin tahkim yargılamalarına müdahalelerini azaltmak konusunda anlaşılan tarafların tercihlerine saygı duyulması gerektiği söylenebilecektir. Tarafların tercihlerinin açık olduğu ve tarafların adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil etmediği müddetçe taraflara, mahkeme yardımından feragat etme hakkı tanınmalıdır. Hatta doktrinde, yine tarafların adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği müddetçe, tarafların, hakem kurulunun belirlenmesinden önce de mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkileri aksine anlaşma yapabilmelerine izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁴⁶. Tarafların mahkemelerin yetkilerine ilişkin yaptıkları

⁴⁴² Tarafların hakem kararı verildikten sonra, karar hakkında iptal davası açma haklarından feragat edebilecekleri veya iptal davasının kapsamını değiştirebileceklerine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-II-(E)-(3)-(b))

⁴⁴³ Born, **a.g.e.**, s.1612; Model Kanun 5. maddesi uyarınca mahkemelerin yalnızca, Kanunda belirtilen hususlarda tahkim yargılamasına müdahale edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu hükmün emredici olarak kabul edilmesi gerektiği, Kanun kapsamında mahkemelere tanınan yetki konusunda tarafların değişiklik yapamayacağının kabul edilmesi gerekmektedir. Model Kanunun düzenlenme aşamasında, taraflara konu hakkında mahkemenin yetkisini belirleme yetkisinin verilmesi teklif edilmiş ama teklif kabul edilmemiştir. Wolff, **Non-Final**, s.635.

⁴⁴⁴ Petrochilos, **a.g.e.**, s.88.

⁴⁴⁵ Krausz, **a.g.e.**, s.151.

⁴⁴⁶ Boog, **a.g.e.**, s.217.

anlaşmalar, her bir mahkemenin kendi hukuk düzenlemeleri hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar mahkemelere başvurdıklarında ve mahkemeler konu hakkında kendilerini yetkili gördüklerinde mahkemelerin, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun kendilerine tanıdığı yetkiyi aşan kararlar verme ihtimalleri de bulunmaktadır. Özellikle, Anglo-sakson hukuk sistemlerinde “*injunctions*” adı verilen kararlar ile mahkemelerin, tahkim yargılamalarına aşırı müdahale eden kararlar verdikleri görülmektedir. Bu kararlar, tarafların tahkim anlaşmalarına sadık kalmalarını vurgulayan (“*anti-suit injunctions*”) kararlar olabilecekleri gibi, tahkim yargılamasını durduran veya tahkim yargılamasını aksatan (“*anti-arbitration injunctions*”) kararlar da olabileceklerdir⁴⁴⁷. Bu kararlara izin veren hukuklarda mahkemelerin, yetkilerini istisnai olarak kullandıkları, genel olarak tahkim anlaşmalarına ve tahkim prosedürlerine müdahil olmadıkları söylenebilecektir⁴⁴⁸. Zaten genel kabul edilen kompetenz-kompetenz kuralı gereği, mahkemelerin bir karar vermekten çekinmesi ve uyuşmazlıkları hakem kurullarına göndermeleri gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴⁹.

Milletlerarası ticari tahkim hukukunda gerek Anglo-sakson hukuk sistemlerinde verilen *injunctions* kararları gerekse Kıta Avrupası hukuklarınca verilen tahkim yargılamasına aşırı müdahale eden kararlar karşısında hakem kurullarının nasıl hareket edecekleri konusuna kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel kabul edilen görüş, hakem kurulunun mahkemelerin kararlarına uymak veya uymamak konusunda bir takdir haklarının olduğudur. Hakem kurulları takdir haklarını kullanırken, öncelikle mahkeme kararlarının tarafların aralarındaki anlaşmaya uygun olup olmadığını değerlendireceklerdir. Ardından, hakem kurulunun tahkim yargılamalarının tabi olduğu teoriler hakkındaki görüşleri doğrultusunda, kararlara uyulup uyulmayacağına dair bir karar verilecektir.

⁴⁴⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.363; Gloster, **a.g.e.**, s.325; Lew, **Court**, s.499; Ekşi, **Tenfiz**, s.195.

⁴⁴⁸ Lew, **Court**, s.518; Khanna, **a.g.e.**, s.373.

⁴⁴⁹ Lew, **Court**, s.509.

Mahkemelerin yetkilerini aşarak tahkim yargılaması hakkında verdikleri kararlar, tarafların tahkim anlaşmasına uygun ise hakem kurulunun kararlara uyması konusunda çok büyük problemlerin çıkmayacağı söylenebilecektir. Tahkim yargılamasında, esas olarak tarafların iradelerinin esas alınması gerekmektedir ki, bu sebeple mahkeme kararları, tarafların iradeleri ile örtüştüğü müddetçe hakem kurulu tarafından dikkate alınabileceklerdir. Yani mahkeme kararları, her ne kadar tahkim anlaşması ile hakem kuruluna yetki tanınmış bir konuda olsalar da tahkim anlaşması ve tarafların seçtikleri hukuk ile uyumlu ise hakemlerce dikkate alınabileceklerdir.

Tahkim yargılamasına müdahale eden mahkeme kararları hakkında esas problem, kararların, tahkim anlaşması ile çelişmesi halidir. Bu durumda hakemler, mahkeme kararlarının etkisi hakkında bir değerlendirme yapmak durumunda kalacaklardır. Hakemler, tahkim yargılamasına aşırı müdahale eden mahkeme kararları hakkında, tahkim yargılamasının hukuki dayanağı hakkındaki teorilere ilişkin sahip oldukları görüşler uyarınca farklı kararlar verebileceklerdir. Delocalization teorisini benimseyen hakemler, mahkeme kararlarını dikkate almadan tahkim yargılamasına devam edebilecekken, mülkilik teorisini kabul eden hakemlerin, özellikle tahkim yeri mahkemeleri tarafından verilen kararlara uyma eğilimi gösterecekleri söylenebilecektir⁴⁵⁰.

Delocalization teorisi uyarınca, tahkim yargılamasının geçerliliği, tahkim yeri hukukuna veya herhangi bir milli hukuka tabi değildir. Bu sebeple hakem kurulu, tahkim yeri mahkemesince veya herhangi bir mahkeme tarafından verilen mahkeme kararlarını dikkate almadan tahkim yargılamalarına devam edebilecektir. Bu görüş uyarınca, taraflar bir mahkemenin uyuşmazlıklarının çözümünde söz sahibi olmasını istelerdi, zaten tahkim anlaşması yapmazlardı. Eğer taraflar bir tahkim anlaşması yaparak mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırıyorlarsa, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale eden kararları da hakemlerce dikkate alınmayabilecektir. Yargılama sonunda verilecek hakem kararı, tahkim yeri hukukunca veya herhangi bir

⁴⁵⁰ Mülkilik ve delocalization teorileri hakkında açıklamalar için bkz. (Birinci Bölüm-II-(A)(B)(C))

hukukça mahkeme kararına uymadığı için iptal edilse bile başka bir ülkede tanınıp tenfiz edilebilecektir⁴⁵¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının tahkim yerinden bağımsız oldukları ve bu sebeple tahkim yargılamasına müdahale eden mahkeme kararlarının hakem kurullarınca dikkate alınmayacağıнын söylenmesi, tahkim yargılamasında hakemlerin daha rahat karar vermelerine yardımcı olacaksa da genel kabul edilen görüş, tahkim yargılamalarının tahkim yerinden bağımsız olmadığıdır. Mülkilik teorisi uyarınca tahkim yargılamaları, tahkim yeri hukukuna tabidirler. Bu sebeple tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargılaması hakkında karar verebileceği, bu kararlara hakem kurulunun uyması gerektiği ve fakat tahkim yeri mahkemeleri haricinde mahkemelerce verilen kararlara hakemlerin uymayabileceği ileri sürülmektedir⁴⁵². Doktrinde tahkim yeri mahkemelerinin kararlarının, bu kararlar tahkim yargılamasını aksatsalar bile hakemlerce uygulanmaları gerektiği savunulmaktadır⁴⁵³.

Tahkim yeri mahkemelerinin kararlarının hakem kurullarınca uygulanmasının, tarafların irade serbestisi ile verdikleri kararlar ile de uyumlu olduğu söylenilecektir. Taraflar her ne kadar tahkim anlaşması ile mahkemelerin yetkilerini ortadan kaldırsalar da bir tahkim yerini belirlerken, tahkim yeri mahkemesinin tahkim yargılaması üzerindeki müdahale yetkisine dolaylı olarak karar vermektedirler. Eğer taraflar sadece tahkim yerini değil, tahkim yeri hukukunu özel olarak seçmişlerse ve tahkim yeri hukuku mahkemelere özel olarak tahkim yargılamasına müdahale hakkı tanıyorsa, bu durumda da tahkim yeri mahkemelerinin kararlarına uyulması, tarafların iradelerine uygun yargılama yürütülmesi açısından önem teşkil edecektir⁴⁵⁴.

Hakem kurullarının, tahkim yeri mahkemelerince verilen kararlara uyma yükümlülüğü olduğunun söylenmesi, tahkim yargılamalarını tahkim yeri

⁴⁵¹ Gaillard, **a.g.e.**, s.375.

⁴⁵² Lew, **Court**, s.494.

⁴⁵³ Besson, **a.g.e.**, s.388.

⁴⁵⁴ Schwartz, **a.g.e.**, s.809.

mahkemeleri karşısında korumasız bırakabilecektir. Mülkilik ilkesini savunan yazarlar, hakem kurulunun tahkim yeri mahkeme kararlarına uymaları gerektiğini vurgularken, hakemlere konu hakkında bir takdir hakkı tanınması gerektiğini de haklı olarak dillendirmektedirler. Aksi bir görüş, tarafların tahkim yargılamasına gitmeye ilişkin iradelerinin tamamen göz ardı edilmesi anlamına gelebilecektir. Fakat burada problem, hakemlerin tahkim yeri mahkemeleri tarafından verilen kararları nasıl bir değerlendirmeye tabi tutarak dikkate almayabilecekleri konusunda, kesin bir görüş birlikteliğinin olmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme kararlarının açık bir şekilde keyfilik veya çelişki içermesi halinde uygulanmayabilecekleri ileri sürülmüştür⁴⁵⁵. Yine mahkeme kararının tahkim yargılamasını sekteye uğratmak için bir tarafça kötü niyetli olarak alındığının tespit edilmesi halinde, hakemlerce dikkate alınmayabileceği söylenmiştir⁴⁵⁶. Fakat genel olarak kabul edilen görüş, mahkeme kararlarının milletlerarası özel hukuka uygun olmasının aranması gerektiğidir⁴⁵⁷. Yani mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale eden kararlar verirken, milletlerarası alanda tahkim yargılamalarının niteliğine uygun ve tarafların irade serbestisinin dikkate alındığı kararlar vermeleri gerekmektedir⁴⁵⁸. Eğer mahkeme kararları bu sınırları aşıyorsa, hakemler bu kararları dikkate almadan yargılamaya devam edebileceklerdir.

Hakemlerin, tahkim yeri mahkemeleri tarafından verilen kararlara uymamalarının en önemli sonucu, hakem kararı verildikten sonra tahkim yeri mahkemesinde açılacak bir iptal davasında kararın iptal edilebilme ve iptal edilen kararın daha sonra tenfiz edilememe ihtimalinin olmasıdır. Fakat bu noktada hakemlerin, ileride iptal edilmeyecek veya tenfiz edilebilecek bir karar vermekten öte tarafların tahkim anlaşmalarını dikkate alarak bir karar vermeleri daha önemlidir.

⁴⁵⁵ Schwartz, **a.g.e.**, s.812.

⁴⁵⁶ Carbone, **a.g.e.**, s.243.

⁴⁵⁷ Frédéric Bachand, “Do Transnational Rules Matter?”, **International Arbitration: The Coming of a New Age?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.17, Kluwer Law International, 2013, s.389-395, s.394; Gaillard, **a.g.e.**, s.375; Besson, **a.g.e.**, s.387; Schwartz, **a.g.e.**, s.810; Carbone, **a.g.e.**, s.243.

⁴⁵⁸ Fakat bu durumun kendi içinde bir çelişki ortaya çıkardığı da haklı olarak ileri sürülmektedir. Milletlerarası özel hukukun dikkate alınarak değerlendirme yapılması, tahkim yeri hukukuna verilen önemin tahkim yargılaması için kötü sonuçlar doğurabileceğinin ve delocalization teorisi uyarınca yargılamanın esas olarak milletlerarası özel hukuka tabi olması gerektiğinin kabulü olarak görülebilecektir. Gaillard, **a.g.e.**, s.377.

Bu yaklaşım, hem tarafların irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi hem de tahkim yargılamalarının kurumsal geleceği için önem teşkil etmektedir. Ayrıca günümüzde tahkim yeri tarafından iptal edilen kararların doğrudan tenfiz edilmeyeceğine dair görüş de sorgulanır hale gelmiştir⁴⁵⁹. Bu sebeple, tahkim yeri mahkemelerinin hakem kararını iptal edebileceği tehdidi ile tahkim yargılamaları üzerinde hakimiyet kurmalarına izin verilmemelidir. Hakemlerin tahkim yeri mahkemeleri tarafından verilen kararlar üzerinde takdir hakları olduğu kabul edilmelidir.

ICC tahkimine konu olmuş *Salini Costruttori S.p.A. v. Ethiopia* davasında hakem kurulu, tahkim anlaşmasında tahkim yeri Addis Ababa, Ethiopia olarak taraflarca belirlenmiş olsa da ilk duruşmayı tanıklarının çoğunun Avrupa’da olması sebebi ile Paris’te yapmaya karar vermiştir. Hakem kurulunun bu kararı, görev belgesinde kabul edilen hususlara da uygundur. Fakat davalı taraf, tahkim duruşmalarının gerçekleştirildiği yer seçilirken, hakem kurulunun yanlış olarak davacı tarafı koruduğunu bu durumda da hakemlerin değiştirilmeleri gerektiği gerekçesiyle ICC Tahkim Divanına başvurmuştur. Divanın talebi reddetmesi üzerine davalı taraf Addis Abba Yüksek Mahkemesinde Divanın kararı hakkında dava açmıştır. Yüksek mahkeme tahkim yargılamasının durdurulması için karar verse de hakem kurulu, mahkeme kararının kendilerini bağlamadığını kabul ederek tahkim yargılamasına devam etmiştir⁴⁶⁰. Hakem kurulu mahkeme kararına uymamanın sebebi olarak, mahkeme kararının tahkim yargılamasına giden tarafların iradelerine uygun olmadığını ve taraflardan biri devlet iken, tarafın kendi devlet mahkemelerinden aldığı bir karar ile tahkim yargılamasına müdahale edemeyeceğini göstermiştir. Hakem kurulu; taraflar ICC Kurallarının uygulandığı bir tahkim yargılaması talep ederken bu Kuralların aksine verilen mahkeme kararlarının uygulanamayacaklarını, öncelikle taraf iradelerinin esas alınması gerektiğini, mahkemenin taraf iradeleri aksine verdiği bir kararın tahkim yargılamasına uygun olmayacağını vurgulamıştır. Kurul, her ne kadar tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilen bir kararın, tanınıp

⁴⁵⁹ Tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararları hakkında tenfiz kararı verilebileceğine ilişkin bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

⁴⁶⁰ *Salini Costruttori S.p.A. v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority*, ICC No.10623, 7 Aralık 2001, naklen Carbone, **a.g.e.**, s.227.

tenfiz edilmeme ihtimali olduğunu göz önüne alsa da sırf tanınıp tenfiz edilecek bir karar verilebilmesi için hukuki olmayan bir karar veremeyeceklerine karar vermiştir⁴⁶¹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tahkim yargılamasına yardım ve müdahale etmeye yetkili ülke içi yer mahkemesine ilişkin tarafların yetki sözleşmesi yapıp yapmayacakları da doktrin ve uygulamada tartışmalı bir konudur. Tarafların mahkemeler hakkında yaptıkları yetki anlaşmalarının geçerliliklerine *lex fori* kapsamında karar verilecektir. MTK 3. maddesinde tahkim yargılamalarına yardım edecek yetkili mahkemeyi “(b)u Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir” denilerek düzenlenmiştir. Doktrinde bu maddenin taraflara tahkim yerini seçme konusunda bir yetki tanımadığı, kanun koyucunun pratik kolaylıklar ve sahip olduğu avantajlar sebebi ile İstanbul mahkemelerini yetkili kıldığı ileri sürülmüştür⁴⁶². Fakat kanun koyucunun koruyucu amaçlı getirdiği bir yetki düzenlemesi, HMK 18. madde kapsamında kesin yetki kuralı olarak kabul edilmek suretiyle tarafların konu hakkında yetki sözleşmesi yapamayacaklarının söylenmesi tarafların irade serbestisinin aşırı kısıtlanması anlamına gelmektedir. Kanun koyucunun belirlediği yetkili mahkemelerle birlikte taraflarca uyuşmazlık ile daha fazla bağı olduğu düşünülen bir mahkemenin taraflarca yetkilendirilebilmesinin kabul edilebilmesi gereklidir. Bu sebeple kanun metninde sayılan mahkemelerin kesin yetkili mahkemeler olmadıkları ve konu hakkında yetki sözleşmesi yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁶³.

⁴⁶¹ Carbone, **a.g.e.**, s.230.

⁴⁶² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.125.

⁴⁶³ Yargıtay’ın da MTK’ya tabi tahkim yargılamalarında tarafların tahkim şartında yetkili mahkemeyi belirlemelerinin geçerli bir yetki sözleşmesi olduğunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır: “...taraflarca imzalanan sözleşmenin 32. maddesinde de “Anlaşmazlıkların çözümü” düzenlemesine yer verilerek “4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1. nolu bendinde sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde Ankara Mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı” vurgulanmıştır. Devamla 32(2) maddede 2686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1. nolu bendinde belirtilen hallerin varlığında ... ihtilafın 21.06.2001 tarih ve

B. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kararı Verildikten Sonra Mahkeme Tarafından Belirlenmesi

1. Genel Bilgi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, aralarında çıkabilecek uyuşmazlığı çözümlmek üzere tahkim anlaşması imzalayarak, mahkeme yargısı harici alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile uyuşmazlıklarının sonuçlandırmak istemektedirler. Fakat tahkim yargılaması sonlandırılmasının ardından hakem kararından memnun olmayan tarafça, tahkim yeri mahkemesinde bir iptal davası açılması veya kararı icra etmeyen tarafa karşı mal varlığının bulunduğu yer mahkemesinde bir tenfiz davası açılması halinde, mahkemelerin hakem kararlarına müdahale ihtimalleri ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin açılacak olan bu davalar ile hakem kararlarına müdahale haklarının, tahkim yargılamasının tarihi kadar eski olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁴.

Hakem kararları verildikten sonra mahkemelerde açılan iptal ve tenfiz davaları, genel olarak tahkim yargılamalarında risk yönetimi amacı taşımaktadırlar⁴⁶⁵. Bu davalar, tahkim yargılamalarında yürütülen yargılamanın adil yargılanma unsurlarını içerip içermediklerine dair bir denetleme unsuru içermektedirler. Bu denetleme ile hem tarafların adil yargılanmaya ilişkin hakları hem de devletlerin adil yargılanmaya ilişkin kamu düzenleri korunmaktadır.

İptal veya tenfiz davaları ile bir yandan tahkim yargılamalarının adil yargılanmaya ilişkin standartlara uygunluğu denetlenirken, diğer yandan tahkim

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerince uyuşmazlığın çözümleneceği belirtilmiştir. Maddenin devamında hakemlerin seçim usulü açıklanmış, anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk hukukuna tabi olacaktır, dil Türkçe, tahkim yeri A. ve yetkili mahkeme A. Asliye Hukuk Mahkemesi olacak denmiştir. Bu maddedeki mahkeme belirlemesi 4686 sayılı kanunun 3. Maddesindeki açıklamalara uygun şekilde yapılmış bir tespittir". Y. 15. HD. 27.06.2007 T., 2007/2145 E., 2007/4389 K. (Çevrimiçi, 2020) www.legalbank.net.

⁴⁶⁴ Bratic, **a.g.e.**, s.107.

⁴⁶⁵ Park, **Courts Review**, s.595; Pavic, **a.g.e.**, s.132; Mistelis, **a.g.e.**, s.289.

yargılamalarında tarafların usule ilişkin irade serbestilerinin kapsamı belirlenmektedir. Mahkemeler açılan davalarda, tarafların usule ilişkin kararları ile yürütülen tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararlarını değerlendirmektedirler. Yani, hakem kararları değerlendirilirken dolaylı olarak tarafların irade serbestileri ve bu serbesti kapsamında yaptıkları tercihler değerlendirilmektedirler.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestinin kapsamı, hakem kararlarının verilmesi aşamasına kadar farklı aşamalarda farklı kurumlarca kısıtlanmaktadır. Bu kısıtlamalar irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi açısından önem teşkil etseler de tarafların irade serbestilerinin kapsamını belirleyen esaslı unsurun, mahkemelerce iptal ve tenfiz davaları ile yapılan değerlendirme olduğu savunulmaktadır⁴⁶⁶. Çünkü taraflar, anlaşmalarının mahkemelerin sahip olduğu kamu gücü ile denetlenmesini veya tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının kamu gücüne sahip olmasını istediklerinde mahkemeler, hakem kararlarının uygulamadaki varlıkları hakkında son sözü söylemektedirler.

Mahkemelerin iptal ve tenfiz davaları ile tarafların irade serbestileri hakkında verdikleri dolaylı kararlar, hakem kararlarının akıbetini, tahkim yargılamalarına duyulan güveni ve tarafların tahkim yargılamalarını bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanma alışkanlıklarını etkileyecektir. Bu sebeple, iptal ve tenfiz davalarının tarafların irade serbestisinin kapsamını belirlemedeki ve tahkim kurumu üzerindeki etkileri yadsınamaz. Fakat unutulmamalıdır ki; iptal ve tenfiz davaları sonunda alınacak kararlar, tahkim yargılamasının sonucunda ulaşılmaya çalışılan yegâne amaç değildir. Tarafların tercihlerine uygun, adil bir tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesi tahkim yargılamasının esas amacıdır. Bu amaç akıldan çıkarılmadan tarafların tercihlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zaten bu amaçla tahkim yargılamalarında irade serbestilerini kısıtlayan asgari hususlara dikkat

⁴⁶⁶ Hatta bu sebeple, tahkim yargılamasında usule uygulanacak hukukların tarafların irade serbestisinin kapsamının belirlenmesinde bir öneminin olmadığı, kararı denetleme yetkisi olan mahkemelerin emredici kurallarının, tahkim yargılamasında tarafların iradelerini kısıtlayan tek unsur olduğu doktrinde savunulmaktadır. Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.645.

edilmesi halinde iptal edilemeyecek ve tenfiz edilebilecek kararlar üretilebilecek, bu durum da iptal ve tenfiz davalarının tahkim yargılaması üzerindeki etkisini azaltacaktır.

Sonuç olarak hakem kararları hakkında açılabilir olan iptal ve tenfiz davalarında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin sınırlarını çizen kriterler ve mahkemelerce bu kriterlerin nasıl değerlendirilecekleri önem arz etmektedir. Bu amaçla çalışmamızın devamında, öncelikle mahkemelerin yapacakları değerlendirmelerde tarafların sahip oldukları irade serbestisinin hangi kriterler ile kısıtlandığından bahsedilecek ardından bu kriterler değerlendirilirken mahkemelerin nasıl bir yol izlemeleri gerektiği ayrı başlıklar altında inceleneceklerdir.

2. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kararı Verildikten Sonra Mahkemelerce Belirlenmesi Sırasında Dikkate Alınacak Kriterler

a) Genel Bilgi

Hakem kararları verildikten sonra, kararlar hakkında açılabilir iptal ve tenfiz davaları, benzer amaç güden farklı davalardır. İptal davaları, genel kabul edilen görüş uyarınca, tahkim yeri mahkemelerinde açılırken, tenfiz davaları tarafların mal varlıklarının bulunduğu yer mahkemelerinde açılırlar. İptal davalarında, hakem kararının geçerliliğinin tahkim yeri adil yargılanma kriterlerine uygun olup olmadığı değerlendirilirken tenfiz davalarında, hakem kararlarının icrai güce sahip olup olmamasının tenfiz devletinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği değerlendirilir. Bu sebeple de iptal kararları, sadece verildikleri ülkede değil diğer ülkelerde etkilerini doğururken, tenfiz kararları, sadece verildikleri ülkede etkilerini doğururlar. Her ne kadar iki dava arasında yapısal farklar bulunsa ve bu farklar kimi kriterlerin farklı değerlendirilmesine sebep olsa da iki davada da esas

olarak, usuli ihlaller ve adil yargılanma hakkı değerlendirilmektedir⁴⁶⁷. Adil yargılanmaya ilişkin yapılan değerlendirmede de benzer kriterlerle tarafların usuli irade serbestisinin kapsamı belirlenmektedir.

Hakem kararları hakkında açılacak iptal ve tenfiz davalarında, hakem kararlarının değerlendirilmesine ve dolaylı olarak tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının değerlendirilmesinde kullanılacak kriterlerin belirlenmesine yönelik en önemli düzenleme, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşmasıdır. New York Anlaşması, bir bütün olarak incelendiğinde sadece yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hususlar içermemekte, tenfize ilişkin getirdiği düzenlemeler ile mahkemelerin, tarafların irade serbestilerine nasıl yaklaşmaları gerektiğine dair hususları da dolaylı olarak düzenlemektedir. New York Anlaşmasının birçok devletçe kabul edilmiş ve getirdiği düzenlemelerin genel olarak kabul görmüş olması, New York Anlaşmasında yer alan hükümlerin Anlaşmadan sonra tahkime ilişkin yapılan düzenlemelerde de esas alınmasına sebep olmuştur. New York Anlaşması, kendinden sonra düzenlenen ve milletlerarası tahkime ilişkin olan 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi gibi milletlerarası anlaşmalara veya hakem kararları hakkında açılacak iptal davalarına ilişkin düzenlemelere örnek olması için düzenlenen Model Kanun gibi düzenlemelere, örnek teşkil etmiştir. Gerek Model Kanunun gerekse milletlerarası ticari tahkime ilişkin farklı düzenlemelerin yapım aşamalarında New York Anlaşmasının esas alınmasında, hakem kararlarına karşı gidilebilecek yollar arasında ihtilafların ortaya çıkmaması amacı da yatmaktadır⁴⁶⁸. Zaten New York Anlaşması ve Model Kanunun etkisiyle, bu düzenlemeler örnek alınarak yapılan milli düzenlemeler arasında da bir birlik olduğundan bahsetmek mümkündür⁴⁶⁹.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların irade serbestilerinin New York Anlaşması uyarınca nasıl kısıtlandığının değerlendirilmesi için Anlaşmanın V.

⁴⁶⁷ Hossein Abedian, “Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review”, **Journal of International Arbitration**, vol.28, S.6, 2011, s.553-590, s.572; Aygün, **a.g.e.**, s.667.

⁴⁶⁸ Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.912.

⁴⁶⁹ Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.52; van den Berg, **Setting Aside**, s.5.

hükümünün incelenmesi gerekmektedir. Bu hükümde yer alan sınırlı sayıdaki hüküm uyarınca taraflar, hakem kararlarının tenfiz edilmesine karşı itirazda bulunabileceklerdir. Mahkeme, hükümde yer alan hallerin varlığı halinde hakem kararının tenfizini reddedebilme imkânına sahiptir. O halde hüküm içerisindeki yer alan kriterler ve bu kriterler kapsamında ortaya çıkan hukuki durumlar da tarafların irade serbestisini kısıtlamaktadırlar. New York Anlaşması V. madde hükümünü, iki başlık altında düzenlemiştir. Anlaşmanın V(1) hükmü uyarınca geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmayan, tarafların adil yargılanma hakkında aykırılık teşkil eden, hakemlerin kendilerine verilen yetkiyi aşarak verdiği, tahkim yeri mahkemesi taraflarından iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilmesi engellenirken, V(2) hükmü uyarınca tahkime elverişli olmayan konularda verilen ve kamu düzenine aykırılık teşkil eden hakem kararlarının tenfizi engellenmektedir.

Model Kanun yapım aşamasında iptal davasına ilişkin hükümlerde New York Anlaşmasından farklı hükümlerin getirilmesi teklif edilmiş ve teklif ayrıntılı tartışmalara sebep olmuştur⁴⁷⁰. Fakat New York Anlaşması ile getirilen kısıtlamaların yeterli usuli güvenliği sağladığı ve New York Anlaşmasında yer alan hükümlerden farklı hükümlerin kamu düzeni kavramı altında değerlendirilebileceğine karar verilerek Model Kanunun son metninde, New York Anlaşması hükümlerine benzer hükümler kabul edilmiştir⁴⁷¹. Bu sebeple birkaç küçük değişiklik dışında New York Anlaşmasının hakem kararının tenfizini engelleyen hükümleri, Model Kanun kapsamında hakem kararlarının iptal edilmelerini gerektirecek sebepler olarak düzenlenmişlerdir. Model Kanun 34 hükmü kapsamında; tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin, tarafların tahkim yargılaması hakkında bilgilendirilmediklerine ve savunma haklarına ilişkin, hakem kurulunun aşırı yetkisine ilişkin, hakem kurulunun kurulması ve tahkim yargılamasının yürütülmesinin tahkim anlaşmasına uygun olamamasına ilişkin, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına ilişkin ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin sebepler ile hakem kararlarının iptal edilebilecekleri düzenlenmiştir.

⁴⁷⁰ Örneğin, hakem kararlarının iptal edilmesine yönelik sebeplerin ayrıntılı olarak sayılmasındansa usuli adaletsizlik ("*procedural injustice*") başlığı altında toplanması teklif edilmiş, fakat teklif kabul edilmemiştir. Binder, **a.g.e.**, s.448; Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.911.

⁴⁷¹ Binder, **a.g.e.**, s.448; Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.913.

Bu hükümler New York Anlaşması hükümlerini takip ederken, birçok milli hukuk da bu hükümleri takip etmiştir⁴⁷².

Türk hukuku açısından da gerek MÖHUK hükümlerinde yer alan hakem kararlarının tanıma tenfizine ilişkin hükümler, gerekse MTK hükümleri uyarınca iptal davalarına ilişkin hükümler New York Anlaşması ve Model Kanun hükümlerine paralel düzenlemeler içermektedirler. Kanun koyucu kimi farklı düzenlemelere yer verse de bu hükümlerin de milletlerarası tahkim hukuku doktrinine ve uygulamasına uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Çalışma içerisinde kanun koyucu tarafından getirilen farklı kısıtlamalar, başlıklar altında değerlendirilecektir.

New York Anlaşması milletlerarası ticari tahkime ilişkin düzenlemelerde esas kaynak olarak kullanıldığı için; hakem kararları hakkında açılacak davalarda tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin, hangi kriterler ile değerlendirilebileceğine ilişkin New York Anlaşması hükümlerinin öncelikle değerlendirilmesi önem arz etmektedir. New York Anlaşmasının hükümleri ile

⁴⁷² Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.41; Hakem kararlarının hangi şartlar altında iptal edilebileceklerine dair benzer düzenlemelerin yanında, farklı iptal sebepleri düzenleyen hukuklar da bulunmaktadır. Hakem kararlarının iptal edilmemesi için; tahkim yargılamasına ilişkin kimi usuli işlemlerin yazılı olmasını arayan, hakem kararının muğlak olmamasını arayan, hata, tehdit ve hileye ilişkin unsurların olmamasını arayan veya bir iptal listesi hazırlayıp bu listeye uyulmasını arayan hukuklar bulunmaktadır. Moss, **Mandatory Rules**, s.228; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.677; Örneğin, Fransız hukuku uyarınca hakem kararlarının iptal sebepleri, New York Anlaşmasında düzenlenen sebeplerden daha kısıtlıdır. İptal sebepleri olarak sadece; tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem kurulunun oluşturulmasında meydana gelen problemler, hakemlerin kendilerine tanınan yetkiyi aşmaları, adil yargılanma hakkına ve kamu düzenine aykırılık halleri düzenlenmiştir. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.593; Abedian, **a.g.e.**, s.560; Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.490; Fransız mahkemeleri de iptal davalarında yapılacak incelemelerin sadece bu belirtilen usuli sorunlar ile alakalı olabileceğine ve her usuli ihlalin kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilemeyeceğine dair kararlar vermektedirler. Webster, **a.g.e.**, s.140; Gaillard/Darrigade, **a.g.e.**, s.490; Yine İsviçre hukuku uyarınca iptal davalarında Model Kanun hükümlerinden daha kısıtlı bir denetleme öngörülmüştür. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.593; Bununla birlikte Model Kanunda yer alan hükümlerden daha geniş bir değerlendirmeyi kabul eden devletler de bulunmaktadır. Belçika hukuku uyarınca hakem kararlarının gerekçesiz yazılması bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Finlandiya hukuku uyarınca hakem kararlarının muğlak olması, hakem kararından hakemlerin nasıl karar verdiklerinin anlaşılabilmesi ve hakem kararının yazılı olmaması veya hakemlerce imzalanmamış olması iptal sebepleri olarak düzenlenmiştir. Abedian, **a.g.e.**, s.560; ABD hukuku uyarınca da hile, hakemlerin taraflılığı, hakemlerin görevi suiistimal etmeleri gibi hususlar FAA kapsamında iptal sebepleri olarak düzenlenmişlerdir. Ayrıca mahkemelerce, hakemlerce bilinen hukukun uygulanmaması, açık hukuki aykırılık anlamına gelen “*manifest disregard of law*” doktrini ile de hakem kararlarının iptal edilebileceği kabul edilmektedir. Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.594; Gloster, **a.g.e.**, s.332; Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.933.

birlikte New York Anlaşmasından farklı düzenleme getirilen düzenlemelerden de hususi olarak bahsedilmesi, tahkim yargılamasında tarafların irade serbestisine getirilen sınırlamaların anlaşılmasını sağlayacaktır.

Çalışmamız kapsamında New York Anlaşması ve Model Kanunun hükümleri önceliğinde iptal ve tenfize aykırılık sebepleri değerlendirilirken, geçerli bir tahkim anlaşması olması ve tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehil olmaları gerekliliği ile uyumsuzluğun tahkime elverişli olması gerekliliği, tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisi ile doğrudan ilişkili olmadıklarından ayrıca değerlendirilmeyecektir. Tarafların usuli irade serbestilerini belirleyen kriterler olarak; hakem kararlarının adil yargılanmaya ilişkin hususlara uygun olması, kararların hakemlerin yetkileri dahilinde verilmiş olması, kararların tarafların iradelerine uygun olarak verilmiş olması, kararların tenfiz edilebilmeleri için iptal edilmemiş olması ve kararların kamu düzenine uygun olması ayrı başlıklar halinde değerlendirilecektir. Bu hususlar hakem kararları değerlendirilirken usuli sorunların incelendiği esaslı başlıklardır⁴⁷³.

b) Hakem Kararının Adil Yargılanma Hakkına Aykırılık Teşkil Etmemesi

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin usuli garantilere uyulması gerektiği, tahkim yargılamalarında bu hususlara aykırı hareket edildiğinde devletlerin hakem kararlarını iptal etme veya tenfiz etmeme ihtimali olduğu kabul edilmektedir. Tahkim yargılamalarının adil yargılanmaya ilişkin hususlara uygun olması demek tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapacakları tercihlerinin de adil yargılanma ilkeleri ile uyumlu olması gerektiği anlamına gelmektedir.

Hakem kararlarının adil yargılanma hükümleri ile uyumlu olmaları gerektiği milletlerarası ve milli düzenlemelerde farklı şekillerde ifade edilmiştir. New York

⁴⁷³ Böckstiegel, **Public Policy**, s.128.

Anlaşması V(1)(b) hükmü uyarınca “(a)leyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkânını elde edememiş bulunur ise” denilerek, Cenevre Sözleşmesi IX(1)(b) hükmü uyarınca “(i)ptal talebinde bulunan taraf hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş ise” denilerek, MÖHUK 62(1)(ç) hükmü uyarınca “(t)araflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise” ve MÖHUK 62(1)(d) hükmü uyarınca “(h)akkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise” denilerek adil yargılanma hükümlerine uymayan hakem kararlarının tenfiz edilmeyeceği; Model Kanunda 34(2)(a)(ii) hükmü uyarınca⁴⁷⁴ ve MTK 15(1)(g) hükmü uyarınca da “(t)arafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini” denilerek adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden hakem kararların iptal edilecekleri düzenlenmiştir.

Hüküm metinleri okunduğunda adil yargılanmaya ilişkin sadece, hakem kurulunun oluşturulmasından veya hakemlik prosedürlerinden tarafların haberdar edilmeleri gerektiği veya delillerini sunma için taraflara imkân sağlanması gerektiği düşünülebilecektir. Fakat hükümlerin bu şekilde okunmaları doğru değildir. New York Anlaşması hükümde yer alan “yahut da diğer bir sebep yüzünden ifadesi” adil yargılanmaya ilişkin bütün hususların, hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir⁴⁷⁵. Diğer düzenlemelerde de değerlendirilmesi gereken hükümlerin, adil yargılanmaya ilişkin hususların hepsini kapsadığının kabul edilmesi

⁴⁷⁴ Model Kanun İngilizce 34(2)(a)(ii) hükmü: “the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case”.

⁴⁷⁵ Maxi Scherer, “Violation of Due Process, Article V(1)(b)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.291-321 (**Due Process**), s.294; Öztekin Gelgel, **New York**, s.1145; Gül, **a.g.e.**, s.379.

gerekmektedir. Zaten adil yargılanmaya ilişkin prensiplerin birbirleri ile olan sıkı bağlantısının bu duruma imkân verdiği söylenebilecektir⁴⁷⁶.

Türk hukukunda MÖHUK 62(1)(ç) ve 62(1)(d) hükümlerinin adil yargılanmaya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirdikleri söylenebilecekse de MTK 15(1)(g) hükmü adil yargılanmaya ilişkin daha kısıtlı bir düzenleme getirmiş gibi görünmektedir. MTK hükmü uyarınca tahkim yargılamalarında adil yargılanmaya ilişkin yalnızca eşitlik ilkesinin gözetildiği düşünülebilir. Fakat kanunun bu hükmü kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmamalıdır. Tahkim yargılamasında eşitlik ilkesi diğer bütün prensipleri kapsayıcı bir içeriğe sahiptir. Milletlerarası ticari tahkimde tarafların hukuki dinlenilme hakları, tarafsız ve bağımsız hakemlerce yargılanma hakları ve diğer bütün prensipler eşitlik ilkesi altında değerlendirilebilecektir. Bu sebeple doktrinde de kabul edildiği üzere MTK 15(1)(g) hükmünde yer alan tarafların eşitliği ifadesi kapsamında, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaları veya hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları gibi unsurlar da değerlendirilmelidir⁴⁷⁷. Aksi bir yorum eşitlik dışında adil yargılanmaya ilişkin hususların kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilmesine, mahkemelerin konu hakkında re'sen hareket etmesine ve tarafların irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmasına sebep olabilecektir⁴⁷⁸.

Hakem kararlarının adil yargılanma hükümlerine uygun olduğu değerlendirilirken, hangi hukukun dikkate alınacağına dair milletlerarası düzenlemelerde genellikle açık bir düzenleme yapılmamıştır. New York Anlaşmasının yapım aşamasında uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunun dikkate alınması teklif edilse de son metinde uygulanacak hukuk hakkında bir düzenleme yapılmamıştır⁴⁷⁹. New York Anlaşması kapsamında yapılan

⁴⁷⁶ Adil yargılanmaya ilişkin prensipler arasında var olan bağa ilişkin bkz. (İkinci Bölüm-IV-(B)-(2))

⁴⁷⁷ Kalpsüz, **Tahkim**, s.141; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.425; MTK 8(B) hükmü kapsamında yer alan “(t)araflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır” hükmünün, tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olduklarını düzenlerken hakemlerin tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüklerinin de düzenlendiği söylenebilecektir. Bozkurt, **a.g.e.**, s.387.

⁴⁷⁸ Adil yargılanmaya ilişkin hususların kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğinde dair bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(f)-(2))

⁴⁷⁹ Akıncı, **Tenfiz**, s.124; Scherer, **Due Process**, s.294.

değerlendirmelerde tenfiz yeri hukukunun dikkate alınacağı kabul edilmiştir⁴⁸⁰. Model Kanun kapsamında ise tahkimin tabi olduğu hukuk yani *lex loci arbitrinin* dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸¹. Fakat bu genel kabul edilen hukuklar, gerek adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin gerekse tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisine ilişkin hükümlerin yeknesaklaşmasında problemler ortaya çıkarmaktadır.

Tahkim yargılamalarında adil bir yargılamanın gerçekleştiğine dair *lex arbitri*, *lex loci arbitri*, iptal yeri mahkemesinin hukuku veya tenfiz yeri ülkesinin hukuku dikkate alınabilecektir. Fakat milletlerarası ticari tahkimine ilişkin düzenlemelerde, özellikle bir hukukun belirtilmemesi veya farklı bir hususta özel bir hukukun dikkate alınması istediğinde açık olarak düzenleme yapılmış olması, adil yargılanmaya ilişkin hükümler değerlendirilirken dikkate alınacak hukuk konusunda farklı bir yaklaşımın ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle, New York Anlaşması kapsamında hâkimin, milli hukuk kapsamında bir değerlendirme değil, milletlerarası özel hukukta kabul edilmiş genel usuli ilkeler ile adil bir yargılama yapılıp yapılmadığının değerlendirmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir⁴⁸². Eğer mahkeme doğrudan milletlerarası özel hukuk kapsamında bir

⁴⁸⁰ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.628; Ebru Mercangöz, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1., S.1, 2002, s.827-836, s.828.

⁴⁸¹ Pavic, **a.g.e.**, s.138.

⁴⁸² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.986; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.711; Scherer, **Due Process**, s.297; Yeşilirmak, **a.g.e.**, s.145; Gül, **a.g.e.**, s.397; Mahkemeler de Anlaşma kapsamında V(1)(b) hükmünü değerlendirirken, hakem kurullarının dikkat etmeleri gereken hususların milli standartlara uygun olması gerekmediğine dair kararlar vermektedirler. UNCITRAL Sekretariat, **a.g.e.**, s.165. Örneğin, Meksika mahkemelerine konu olan tenfiz davasında davalı taraf, Meksika hukuku uyarınca yabancı bir kararın tenfiz edilebilmesi için davalıya ilk bildirimin şahsen yapılması gerektiğini, bu durumun kamu düzenine ilişkin olduğunu, New York Anlaşması V(1)(b) hükmü kapsamında ICC kuralları uyarınca davalıya tebligatın posta yolu ile yapılmasının Meksika hukukuna aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise tarafların tahkim anlaşması yaparak ICC Kurallarını ve Fransız hukukunu yetkili kılmalarının Meksika hukukunun milli usuli düzenlemelerinden zımnen feragat ettikleri anlamına geldiğine ve bu durumun V(1)(b) hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. *Presse Office S.A. v. Centro Editorial Hoy S.A.*, *Tribunal Superior De Justicia*, Eighteenth Civil Court of First Instance for The Federal District of Mexico, Meksika, 24 Şubat 1977, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. IV, 1979, s.301, p.3. Yine İsviçre Yüksek Mahkemesine konu olan bir uyuşmazlıkta GAFTA tahkimine karar verilmiştir. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık sonucunda yapılan tahkim yargılamasında verilen hakem kararı hakkında tenfiz davası açılmıştır. Davalı tenfiz davasında, tahkim yargılamasında hakemler ve tahkim yargılaması hakkında bilgilendirilse de iddialar hakkında bilgilendirilmediği için kendisini savunmadığını ve New York Anlaşması V(1)(b) hükmü uyarınca kararın tenfiz edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Fakat

değerlendirme yapmayacak ve kararı tenfiz yeri milli hukuku kapsamında değerlendirecekse de yapılacak olan değerlendirmenin iç hukukta yapılan değerlendirmeden daha hafif bir değerlendirme olması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır⁴⁸³. Aynı şekilde hakem kararları hakkında açılan iptal davalarında da hakimlerce her ne kadar *lex loci arbitri* hükümleri dikkate alınacak olsa da bu değerlendirmenin, milletlerarası özel hukukta genel kabul edilen ilkeler kapsamında yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Sadece tahkim yeri hukukunun iç hukuk hükümlerinin dikkate alınması, tahkim yeri hukukuna gereğinden fazla önem verilerek tarafların usuli irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmasına ve hakem kararlarının milletlerarası ticari tahkime aykırı olarak iptal edilmesine sebep olabilecektir.

New York Anlaşması kapsamında veya hakem kararları hakkında açılan iptal davalarında MTK kapsamında hakem kararları değerlendirilirken, tahkim yargılamalarında adil bir yargılama yapılmış olmasına ilişkin bir milli hukuk yerine milletlerarası özel hukukta genel kabul edilmiş prensiplerin, *lex proceduralianın*, değerlendirilmesi tarafların usuli irade serbestilerinin sınırlarının yeknesaklaşması ve getirilen sınırlamaların öngörülebilirliklerinin artması açısından önem teşkil etmektedir. Bu sayede taraflar, ileride açılacak bir tenfiz davasında bir milli hukuka göre değil, milletlerarası alanda kabul edilmiş usuli standartlara uygun bir değerlendirme yapılacağını öngörerek, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini yapabileceklerdir. İptal davalarında bu hükümlerin değerlendirilmesi ile tahkim yargılaması ile sıkı bağlantısı olmayan tahkim yeri hukukunun yerini, milletlerarası kriterler alacaktır. Bu sayede de mülkilik ilkesi kapsamında tahkim yeri

mahkeme GAFTA kuralları uyarınca ilgili dokümanların davalı tarafa iletilmesine ve bu sebeple de savunma hakkı ile ilgili bir aykırılığın oluşmadığına hükmetmiştir. Yani mahkeme bir milli hukuka dayanmadan, tahkim kurumları tarafından düzenlenen kurallar kapsamında değerlendirme yapmıştır. *G. SA v. T. Ltd.*, Tribunal Fédéral (Supreme Court), İsviçre, 12 Ocak 1989, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XV, 1990, s.509-514, p.4-5.

⁴⁸³ Scherer, **Due Process**, s.296; Fakat uygulamada, mahkemelerin adil yargılanmaya ilişkin hükümleri kendi iç hukuklarındaki kriterleri dikkate alarak değerlendirdikleri birçok karara da rastlamak mümkündür. Barbara Steindl, "Chapter III: The Arbitration Procedure-The Development of Due Process Under the New York Convention", **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Editörler Christian Klausegger ve Peter Klein, vol.2008, s.255-282., s.260.

⁴⁸⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.375.

hukukunun dikkate alınması sebebiyle tahkim yargılamalarında ortaya çıkan olumsuzluklar da azaltılabilecektir.

c) Hakem Kararının Hakemlerin Yetkileri Dahilinde Verilmesi

Milletlerarası ticari tahkimde tahkim anlaşması, hakemlere uyuşmazlığı çözmeleri konusunda bir yetki tanıırken aynı zamanda bu yetkiyi kısıtlar. Yani hakemler, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin kendilerine verdikleri yetki ve yaptıkları tercihler ile uyuşmazlığı çözmek zorundadırlar. Tarafların tercihleri aksine hakemlerce yapılan işlemler ile verilen kararlar, hakemlerin sahip oldukları yetkiyi aşmaları sebebiyle iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyecektir⁴⁸⁵. Hakemlerin uygulamakla yükümlü oldukları tercihlere tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere belirledikleri hususlar da dahildir. Örneğin, taraflar tahkim yargılamasında bir tanığın özellikle dinlenmesine karar verirlerse, hakem kurulunun bu tanığı dinlemeden verdiği karar, mahkemelerce iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyecektir.

New York Anlaşması V(1)(c) hükmü uyarınca “(h)akem kararı hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir ihtilafa müteallik olur yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şumulünü aşan hükümleri muhtevi bulunursa bununla beraber hakem kararının hakemliğe tabi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden tefrik edilebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir” denilerek, Cenevre Sözleşmesi IX(1)(c) hükmü uyarınca “(h)akem kararı, hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin ise yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şumulünü aşan hükümler ihtiva ediyor ise” denilerek, MÖHUK 62(1)(g) hükmü uyarınca “(h)akem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu

⁴⁸⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s.343-442; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.409-508; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.693.

kısım hakkında” denilerek hakemlerin yetkilerin aşarak verdikleri hakem kararları hakkında tenfiz kararı verilmeyeceği; Model Kanun 34(2)(a)(iii) hükmü⁴⁸⁶ uyarınca ve MTK 15(1)(d) hükmü uyarınca “*(h)akem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini*” ve MTK 15(1)(e) hükmü uyarınca da “*(h)akem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını*” denilerek hakemlerin kendilerine tanınan yetkileri aşmaları halinde hakem kararının iptal edileceği düzenlenmiştir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların usule ilişkin konularda hakemlere verdikleri yetki tespit edilip, bu yetki kapsamında hakemlerce yargılama yapılmalıdır. Hakemlerin, tarafların tercihleri kapsamında yargılama yapmaları, tarafların sahip oldukları irade serbestisinin sınırlarının belirlenmesi ve bu iradeye saygı duyulması açısından önem teşkil etmektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların, tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere yaptıkları tercihleri, *lex loci arbitri*ye veya farklı hukuklardan gelen emredici kurallara aykırılık teşkil etse dahi hakemlerin, tarafların tahkim yargılaması hakkında kendilerine tanınan yetki kapsamında hareket etmeleri gerekmektedir. Aksi halde hakem kararları, taraflarca kendilerine tanınan yetkinin aşılmış olması sebebiyle iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyecektir. Her ne kadar emredici kurallara uyulmaması sebebiyle hakem kararının iptal edilebilme veya tenfiz edilmeme ihtimali olsa da hakemlerin kendilerine tanınan yetki dahilinde karar vermeleri öncelikle dikkate alınmalıdır.

Hakemlerin, kendilerine verilen yetki kapsamında hangi hukukları uygulayıp uygulamayacakları her bir hukuk ve tercih için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, hakemlerin kararlarını milletlerarası alanda genel kabul görmüş UNIDROIT Prensiplerine veya *lex procedurali*aya dayandırıp dayandıramayacakları hakkında tarafların irade serbestilerinin kapsamı ve hakemlerin yetkilerinin

⁴⁸⁶ Model Kanun İngilizce 34(2)(a)(iii) hükmü: “*the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration*”.

belirlenmesi önem taşımaktadır. Hakemler, taraflarca *lex proceduralianın* uygulanmasının tercih edilmesi halinde, uygulanacak hukukun *lex proceduraliaya* atıf yapması halinde veya *lex proceduralianın* uygulanacak hukuka yardımcı olarak kullanılması halinde yetkilerini aşmayacaklarıdır⁴⁸⁷. *Lex proceduralia* hükümlerinin her bir hukukun içinde yer alan temel hükümler oldukları göz önüne alındığında bu hükümlerin uygulanmasının hakemlerin açık ve zımni yetkileri kapsamında olduğu da kabul edilecektir.

Lex proceduralia hükümlerinin uygulanması hakkında esaslı problem, hakemlerin *lex proceduralia* hükümlerini uygulamak için yetkilerinin olup olmadığından öte *lex proceduralia* hükümleri uyarınca taraf tercihleri aksine işlem yapmaya yetkileri olup olmadıkları noktasındadır. Tarafların *lex proceduraliaya* aykırı tercihleri karşısında hakemlerin, tahkim yargılamalarının kamu düzenine ve adil yargılanma ilkelerine uygun yürütülmesi için gerekli olduğu kabul edilen doğal yetkileri ile tarafların tercihleri aksine işlem yapabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Fakat hakemlerin taraf tercihleri aksine doğal yetkilerini kullanarak verdikleri kararlar, hakemlerin yetkilerini aştıkları sebebiyle mahkemelerce iptal edilebilme veya tenfiz edilmeme riskini taşımaktadır. Böyle bir durumda her bir mahkeme, somut uyuşmazlık kapsamında değerlendirme yaparak karar verecektir. *Lex proceduralianın* hükümlerinin adil yargılanmaya ilişkin temel hükümler olduğu düşünüldüğünde, mahkemelerce, tarafların tercihleri aksine işlem yapan hakemlerin yetkilerini aştıklarına dair karar verilmesinin düşük bir ihtimal olduğu söylenebilecektir. Bu durumda hakemlerin doğal yetkileri dahilinde hareket ettiğine dair karar verilmesi ihtimali daha yüksektir.

⁴⁸⁷ Christian Borris/ Rudolf Hennecke, “Article V General”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.255-279 (**Article V(1)(c)**), s.335.

⁴⁸⁸ Tarafların *lex proceduraliaya* aykırı tercihleri karşısında hakemlerin nasıl hareket edebileceklerine dair bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(C)-(2)-(c)-(2)-(ii)-(a))

d) Hakem Kararının Tarafların İradelerine Uygun Olarak Verilmesi

Hakem kararlarının, tarafların tercihlere aykırılık teşkil etmesinin iptal sebebi veya tenfiz engeli olarak kabul edildiği hükümler, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestisine ilişkin en önemli düzenlemelerdir. Bu hükümler sayesinde tahkim yargılamasında tarafların irade serbestileri, tahkim yargılamasının her aşamasında dikkate alınarak korunmakta ve tahkim yargılaması tarafların kontrolü altında ilerlemektedir⁴⁸⁹.

New York Anlaşması V(1)(d) hükmü uyarınca “(h)akem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve mukavelede serahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse” denilerek, Cenevre Sözleşmesi IX(1)(d) hükmü uyarınca “(h)akem mahkemesinin, teşekkülü veya hakem usulünün cereyanı tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde, işbu sözleşmenin IV. madde hükmüne uygun olmamış ise” denilerek, MÖHUK 62(1)(f) hükmü uyarınca “(h)akemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise” denilerek tarafların tercihleri doğrultusunda verilmeyen hakem kararlarının tenfiz edilmeyeceğini düzenlerken; Model Kanunda 34(2)(a)(iv) hükmü⁴⁹⁰ ve MTK 15(1)(b) hükmü uyarınca “(h)akem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını” ve MTK 15(1)(f) hükmü uyarınca “(t)ahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini” denilerek tarafların tercihlerine uygun verilmemiş hakem kararlarının iptal edileceği düzenlenmiştir.

⁴⁸⁹ Born, **a.g.e.**, s.1561.

⁴⁹⁰ Model Kanun İngilizce 34(2)(a)(iv) hükmü: “the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law”.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, tahkim yargılamalarının tarafların irade serbestileri ve bu serbesti kapsamında verdikleri kararlara uygun yürütülmesi gerekmekte, aksi halde hakem kararları iptal edilebilmekte veya tenfiz edilmemektedir. Fakat bu düzenlemeler uyarınca, tarafların tercihlerinin tahkim yargılamasında dikkate alınması gereken en üst norm olduğu da söylenememektedir. Tarafların tercihleri ile tahkim yeri hukukunun emredici hükümlerinin veya adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin çatışması halinde hangi hükümlerin dikkate alınacağına dair doktrin ve uygulamada tartışmalar vardır. Bu çatışmaların iptal ve tenfiz davaları kapsamında değerlendirilmesi, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin sınırlarının belirlenmesinde büyük önem teşkil etmektedir. Bu sebeple tarafların tercihleri ile tahkim yeri hukuklarının emredici hükümleri arasındaki ilişki New York Anlaşması ve Model Kanun hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.

New York Anlaşması V(1)(d) hükmü uyarınca, hakem kurulunun oluşturulması veya tahkim prosedürünün, tarafların anlaşmasına veya tarafların konu hakkında bir tercihlerinin olmadığı hallerde tahkim yeri hukukuna aykırı olması halinde hakem kararı tenfiz edilmeyecektir. Yani, New York Anlaşması V(1)(d) hükmü uyarınca tahkim yargılamasının usulünün, uygulanacak hukuktan bağımsız olarak tarafların tercihlerine tabi olması gerektiği düzenlenmektedir⁴⁹¹. Hüküm, ayrıca tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri karşısında tahkim yeri hukukunu ikinci plana atarak, taraf iradelerini tahkim yeri hukukundan gelebilecek sınırlamalara karşı korumayı da amaçlamaktadır⁴⁹². New York Anlaşması V(1)(d) hükmünün amacı, tarafların tercihlerine en üst seviyede öncelik tanınmasıdır. Fakat hüküm metninin son hali değerlendirildiğinde, taraf iradelerine verilmeye çalışılan öncelik hakkında kimi sorunlar ortaya çıkmaktadır⁴⁹³. Hükümde

⁴⁹¹ Hüküm, 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonundan farklı bir düzenleme getirmektedir. Cenevre Konvansiyonunun 1(c) hükmünde, hakem kararlarının hem tarafların anlaşmalarına hem de tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuka uygun olması aranmaktaydı. Bu sebeple New York Anlaşması V(1)(d) hükmü ile getirilen düzenleme, tahkim yargılamalarında taraf iradelerine verilen önem açısından önemli bir değişiklik olarak görülmektedir. UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.189; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.632; Jarvin, **Procedure**, s.730.

⁴⁹² Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.342; Jarvin, **Procedure**, s.741.

⁴⁹³ Petrochilos, **a.g.e.**, s.352.

yer alan “ *tarafların mukavelesine ve mukavelede serahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu*” tabiri uyarınca tahkim yeri hukuku ile taraf iradeleri arasındaki ilişki, mahkemelerce farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bu yorum farklılıkları da tarafların iradelerinin, tahkim yeri hukuku ile kısıtlanmasına sebep olmaktadır.

New York Anlaşması V(1)(d) hükmü uyarınca, tarafların tercihlerinin tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmiyorsa tenfize izin verileceğini savunan bir görüş bulunmaktadır. Yani, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin irade serbestilerinin, hüküm uyarınca tahkim yeri hukukunun usuli emredici kuralları ile kısıtlandığı savunulmaktadır⁴⁹⁴. Fakat bu görüşe karşı, tarafların tahkimin usulüne ilişkin yapmış oldukları tercihlerinin tahkim yeri hukuku düzenlemelerinden daha öncelikli olarak ele alınması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁵. Yani, hakem kararı tahkim yeri hukukun emredici hükümleri aksine verilmiş olsa da taraf iradelerine uygun olarak verilmişse, V(1)(d) hükmü uyarınca tenfiz edilmelidir⁴⁹⁶.

New York Anlaşması V(1)(d) hükmü kapsamında taraf iradelerine neden tahkim yeri hukukuna göre öncelik verilmesi gerektiği, aşağıdaki başlıklar altında toplanabilecektir:

Hüküm, tahkim yargılamalarının tarafların tercihlerine uygun olarak yürütülmesi gerektiğini eğer konu hakkında tarafların bir tercihleri yoksa yargılamanın tahkim yeri hukukuna uygun yürütülmüş olmasının arandığını düzenlenmektedir. Yani, tahkim yeri hukuku hüküm kapsamında ikinci planda değerlendirilmek üzere düzenlenmiştir⁴⁹⁷. Bu sebeple, tarafların

⁴⁹⁴ Pavić, **a.g.e.**, s.140; Petrochilos, **a.g.e.**, s.38.

⁴⁹⁵ Akıncı, **Tenfiz**, s.66; Kaplan, **Usul**, s.44; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.189; Mayer, **Delocalization**, s.40; Born, **a.g.e.**, s.1549; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.640; Schwarz, **a.g.e.**, s.89; Berger, **Autonomy**, s.5; Jarvin, **Procedure**, s.729; Nacimiento, **a.g.e.**, s.286; Erkaya, **a.g.e.**, s.64.

⁴⁹⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.991; Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.345; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.78.

⁴⁹⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.990; Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yeri seçiminin doğrudan tahkim yeri usul kurallarını seçme anlamına gelmemesi, yine, tahkim yeri hukukunun ikinci planda değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.189.

aralarında anlaşma yoksa veya anlaşmaları konu hakkında bir boşluk içeriyor ise tahkim yeri hukukunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemelerin bu durum haricinde tahkim yeri hukukunu inceleme veya tarafların tercihlerinin tahkim yeri hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini değerlendirme yetki ve yükümlülükleri bulunmamaktadır⁴⁹⁸. Mahkemelerin, tarafların tercihlerine uygun olarak ve fakat tahkim yerine aykırı verilmiş hakem kararlarını Anlaşma kapsamında tenfiz ettiği kararlar da bulunmaktadır⁴⁹⁹.

Hüküm metninde, tarafların iradelerinin, tahkim yerinin emredici kurallarına uygun olması gerektiğine dair bir ifade yer almamaktadır. Hüküm yalnızca, tarafların konu hakkında tercihleri yoksa, tahkim yeri kanunun dikkate alınacağından bahsetmektedir. Bu sebeple taraflar arasında bir anlaşma var ise tarafların tercihlerinin, tahkim yeri emredici hükümlerine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesine gerek yoktur.

New York Anlaşması uyarınca tahkim yeri emredici hükümlerinin tarafların irade serbestileri üzerinde sahip oldukları etki, V(1)(e) hükmü kapsamında değerlendirilecektir. Hakem kararları, tahkim yeri emredici kurallarına aykırılık teşkil ederse iptal edilebileceklerdir. V(1)(e) hükmü uyarınca da yetkili makam tarafından iptal edilen hakem kararları tenfiz edilmeyebileceklerdir. Bu sebeple, V(1)(e) hükmü uyarınca dolaylı olarak tarafların tercihlerinin tahkim yeri emredici kurallara uygun olup olmadığı değerlendirilecektir. Hakem kararının tahkim yeri hukuku emredici kurallarına uygun olup olmadığına dair değerlendirmenin V(1)(d) hükmü kapsamında tekrardan yapılmasına gerek yoktur⁵⁰⁰. Bu sebeple, V(1)(d) hükmü kapsamında tarafların tercihlerine öncelik verilmelidir. Hakemler,

⁴⁹⁸ Jarvin, **Procedure**, s.729; Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.357.

⁴⁹⁹ Örneğin Almanya’da, tarafların tercihleri uyarınca İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Kuralları kullanılarak Türkiye’de verilen hakem kararın, Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na aykırılık teşkil ettiği iddiası kabul edilmemiş ve karar tenfiz edilmiştir. *Not indicated v. Not indicated*, Hanseatic Court of Appeal, Bremen, Almanya, 84, 30 Eylül 1999, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXI, 2006, s.640-651, p.14-17.

⁵⁰⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.c.**, s.639.

kararın iptal edilebileceğini düşünerek, taraf tercihlerine aykırı olarak tahkim yeri emredici kurallarına uygun karar verirler ve karar tahkim yeri mahkemesinde iptal davasına konu olmaz ise karar, V(1)(d) hükmü kapsamında tarafların tercihlerine aykırı olacağı için tenfiz edilmeyecektir⁵⁰¹.

New York Anlaşması V(1)(e) uyarınca tarafların tercihlerinin tahkim yeri hukuku emredici kurallarına uygun olup olmadığını değerlendirecek olan yetkili mahkeme tahkim yeri mahkemesidir. Tenfiz yeri mahkemesinin V(1)(d) hükmü uyarınca tarafların tercihlerinin tahkim yeri emredici kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirme yetki ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer tahkim yerine aykırılık, tenfiz yerinde de aykırılık oluşturuyor ise bu durum tenfiz yeri mahkemesi tarafından V(2)(b) hükmü uyarınca kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁰².

Tarafların tercihlerine uygun olarak verilen ve fakat tahkim yeri emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden hakem kararlarının, tahkim yeri emredici kurallarına uygun verilmediği için tahkim yeri mahkemesince iptal edilmesi ve V(1)(e) hükmü uyarınca tenfiz edilmemesi ihtimali bulunmaktadır. Fakat doktrinde, tahkim yeri hukukuna uyulmadığı için iptal edilen hakem kararların da tenfiz edilebilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁰³. Yani V(1)(e) hükmü kapsamında tahkim yeri mahkemelerinde tahkim yeri emredici hükümlerine ilişkin yapılan değerlendirmenin tenfiz mahkemelerini bağlamaması gerektiği de savunulurken, V(1)(d) kapsamında tarafların tercihleri değerlendirilirken tahkim yeri hukukun emredici hükümlerinin dikkate alınması tarafların irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmasına sebep olacaktır.

⁵⁰¹ Moss, **Mandatory Rules**, s.231; Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.345; Petrochilos, **a.g.e.**, s.353.

⁵⁰² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.639.

⁵⁰³ İptal edilen hakem kararlarının, New York Anlaşması hükümleri kapsamında tenfiz edilebilmelerine ilişkin ileri sürülen görüşler ve uygulama için bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(2)-(e))

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihleri değerlendirilirken, tahkim yeri emredici kurallarının dikkate alınmasının, tahkim yargılamasında adil yargılanmaya ilişkin hususların garanti altına alınması için gerekli olduğu savunulmaktadır. Fakat bu görüş, tahkim yargılaması hakkında oluşan tahkim hukukunu tamamen göz ardı etmektedir. Tarafların tercihleri, hakem kararları verilene kadar gerek hakemlerce gerekse tahkim kurumlarınca adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile kısıtlanmaktadır. Ayrıca hakem kararları tenfiz davalarında, adil yargılanma ilkelerine ve kamu düzenine uygun olup olmadıklarına ilişkin zaten denetlenmektedirler⁵⁰⁴. Bu sebeplerle, tahkim yargılamasının adil bir şekilde yürütüldüğünün tespiti için tarafların tercihlerinin ayrıca V(1)(d) hükmü kapsamında tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri ile değerlendirilmesine gerek yoktur.

Uygulamada konu hakkında mahkemeler farklı kararlar vermektedirler. İtalyan mahkemeleri, tahkim yeri hukukuna aykırı olsa da taraf tercihlerine uygun hakem kararlarını tenfiz ederken; ABD, Fransız ve İspanyol mahkemelerinin, tahkim yeri emredici kurallarına aykırı ve fakat tarafların tercihlerine uygun hakem kararlarını tenfiz etmedikleri mahkeme kararları bulunmaktadır⁵⁰⁵. Örneğin, Floransa Temyiz Mahkemesi, İngiltere’de ve İngiliz Tahkim Kanunu uyarınca iki hakem ile yapılan yargılama sonucu verilen hakem kararını, tarafların üç hakemli bir yargılama istedikleri ve tarafların tercihlerinin, New York Anlaşması V(1)(d) hükmü uyarınca, tahkim yeri hukukundan önce dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle ile tenfiz etmemiştir⁵⁰⁶. Bununla birlikte Paris Temyiz Mahkemesinin *Ministry of Public Works v. Societe Bec Freres* kararında, tahkim anlaşması uyarınca iki hakem ile uyuşmazlığın çözülmesine karar verilse de tahkim yeri hukukuna göre hakem sayısının tek olması gerektiği için iki hakem tarafından seçilen üçüncü bir hakem ile uyuşmazlığın çözülmesi üzerine; durumun taraf iradesine aykırı olduğu iddiası ile

⁵⁰⁴ Nacimiento, **a.g.e.**, s.286.

⁵⁰⁵ Moss, **Mandatory Rules**, s.231.

⁵⁰⁶ *Rederi Aktiebolaget Sally v. S.r.l. Termarea*, Court of Appeal of Florence, İtalya, 13 Nisan 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. IV, 1979, s.294-295, s.295.

itiraz edilmiş, fakat hakem kararı tahkim yeri emredici kurallarına uygun olarak verildiği için itiraz mahkemece reddedilmiştir⁵⁰⁷.

New York Anlaşması uyarınca tarafların iradelerinin, tahkim yeri emredici hükümleri karşısında dikkate alınması gerektiği söylene de ilgili tartışma Model Kanun düzenlemesinde kendisini göstermiş ve emredici hükümler düzenlemeye yapım aşamasında eklenmiştir. Model Kanun 34(2)(a)(iv) hükmünde, New York Anlaşması V(1)(d) hükmünde yer alan düzenleme tekrarladıktan sonra hakem kararlarının iptal edilmemeleri için taraflarca yapılan anlaşmanın Model Kanunda yer alan emredici kurallara da aykırılık teşkil etmemesi gerektiği eklenmiştir. New York Anlaşması ile Model Kanun arasında yapılan bu ayrım, iki düzenleme arasında taraf iradelerine verilen önemin farklı olmasından değil, iki düzenlemenin amaçlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. New York Anlaşması, yabancı hakem kararlarının tenfiz yeri hukukuna aykırılık teşkil edip etmediğini denetlerken Model Kanun, kendi kurallarına tabi tahkim yargılamalarında adil bir yargılanmanın gerçekleştirilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Bu sebeple de Model Kanun, düzenlediği emredici hükümlerin taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağını düzenlemiştir. Bu durum da New York Anlaşmasında taraf iradelerine en üst seviyede önem verilirken, Model Kanun hükümlerinde taraf iradelerinin, emredici kurallar ile kısıtlanmasına sebep olmuştur⁵⁰⁸. Yani New York Anlaşması taraflara usuli olarak geniş bir irade serbestisi sağlarken, Model Kanun, kendi emredici hükümlerinin taraf iradesinden önce değerlendirilmesi gerektiğini düzenleyerek tarafların irade serbestisini kısıtlamıştır⁵⁰⁹.

Model Kanuna eklenen hüküm uyarınca, kanunun emredici olduğu kabul edilen hükümleri aksine yapılan anlaşmalara uygun olarak verilen hakem kararları iptal edilebileceklerdir. Örneğin, emredici bir düzenleme olan ve tarafların tahkim yargılamasında eşit haklara sahip olduklarını düzenleyen Kanunun 18. maddesine aykırı taraf tercihlerinin uygulandığı bir hakem kararı iptal edilebilecektir. Bu

⁵⁰⁷ *Ministry of Public Works v. Société Bec Frères*, Paris Court of Appeals, Fransa, 24 Şubat 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXII, 1997, s.682-690, p.16.

⁵⁰⁸ Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.917; Borris/Hennecke, **Article V**, s.255.

⁵⁰⁹ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.193; Moss, **Mandatory Rules**, s.230.

sebeple, hakemlerin tarafların iradeleri aksine işlem yapılabilecekleri ve tarafların tercihlerine uyulmayarak emredici hükümlere uygun verilen hakem kararlarının iptal edilmeyecekleri kabul edilmektedir⁵¹⁰. Model Kanunun yapım aşamasında, kanundaki emredici hükümlere aykırı olsa da taraf tercihlerine uygun verilmiş hakem kararlarının iptal edilmeyebileceği ileri sürülse de metnin son hali uyarınca kanunun emredici hükümlerinin tarafların iradelerinden üstün tutulması gerektiği söylenebilecektir⁵¹¹. Fakat doktrinde, tarafların tercihlerinin esas alınması gerektiği ve hakemlerin tarafların emredici kurallara aykırı tercihlerine uymaları gerektiği; eğer tarafların emredici kurallar aksine var olan tercihleri hakkında işlem yapmak istemiyorlarsa, hakemlerin istifa etmeleri gerektiği haklı olarak savunulmaktadır⁵¹². Her ne kadar hakem kararları, tarafların tercihlerine uygun olarak emredici hükümlere aykırılık teşkil etmeleri sebebiyle iptal edilebilecek olsalar da iptal edilebilecek karar elde etmenin riskinin taraflarca üstlenilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Taraflar, tercihlerine uygun hakem kararları hakkında iptal davası açmayabilecek veya iptal edilmiş hakem kararının tenfizine imkân tanıyan bir devlette kararı tenfiz edilebileceklerdir.

Türk hukuku uyarınca da MTK hükümleri kapsamında yürütülen bir tahkim yargılamasında, tarafların usule ilişkin yaptıkları tercihlere uygun bir yargılama yürütülmesi gerekmektedir⁵¹³. MTK 15(1)(b) hükmü uyarınca “(h)akem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını” ve 15(1)(f) hükmü uyarınca “(t)ahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma

⁵¹⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.96.

⁵¹¹ Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.918.

⁵¹² Petrochilos, **a.g.e.**, s.96.

⁵¹³ Yargıtay’ın verdiği bir karar uyarınca: “(t)araflar arasında 3.6.1987 tarihinde yapılan sözleşmenin ihtilaflar başlıklı 4. sayfasında aynen “taraflar aralarında doğabilecek ihtilafların çözümünde hakeme başvuracaklardır. Taraflar ihtilaf halinde birer hakem seçecekler, tarafların seçtikleri hakemler ihtilafı halledemedikleri takdirde, hakemler marifetiyle bir üçüncü hakem seçecek ve seçilecek bu sonuncu hakem marifetiyle ihtilaf halledilecektir. Hakemler seçtiklerinden itibaren en geç (1) ay zarfında çözmek zorundadırlar.” denilmektedir. Bu düzenlemeye göre tarafların seçtikleri hakemlerin ihtilafı halledememeleri halinde uyuşmazlığın sadece iki hakem tarafından seçilecek üçüncü hakem marifetiyle çözümlenmesi gerekmektedir. **Buna aykırı olarak üçüncü hakem yanında görevsiz olan taraf hakemlerinin de üçüncü hakemle birlikte incelmeye yaprak karar vermeleri tahkim şartına aykırıdır**”. Y. 15. HD. 25.11.1994 T., 2508 E., 7056 K., naklen Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.214 dn.249.

bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediği...” tespit edilirse hakem kararının iptal edileceği düzenlenmiştir. MTK, Model Kanundan farklı olarak tarafların tercihlerinin kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerektiğini vurgulamamıştır. Doktrinde, her ne kadar MTK uyarınca düzenlenen iptal sebepleri arasında tarafların anlaşmalarının emredici hükümlere aykırılık teşkil etmemesi gerektiği açıkça düzenlenmese de tarafların usule ilişkin tercihlerinin, 8(A) hükmünde yer alan “(t)*araflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler*” ifadesi sebebiyle kanunun emredici hükümleri ile sınırlandırıldığı ve bu hükümlere aykırılık teşkil eden hakem kararlarının 15. maddede yer alan hükümler uyarınca iptal edilebileceği savunulmaktadır⁵¹⁴. Her ne kadar tarafların bir tercihte bulunduklarında bu tercihlerin tahkim yeri emredici hükümleri ile sınırlandırılmadığının kabulü, tarafların sahip oldukları irade serbestisinin geniş bir şekilde yorumlanmasını sağlayacaksa da bu yorum kanunun ve kanun koyucunun amacı ile çelişecektir. Kanun, kapsamına giren tahkim yargılamalarını, adil yargılanmaya ilişkin emredici kurallar ile düzenleme amacı taşımaktadır. Bu amaçla da tarafların irade serbestisini aşırı kısıtlamamaya özen göstererek, sınırlı sayıda emredici hüküm düzenlemiştir. Bu hükümlerin Kanun kapsamında uygulanmasının engellenebileceğinin kabulü kanunun yapım amacına aykırılık teşkil edecektir.

Ayrıca MTK 15(1)(f) hükmünde “(t)*ahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediği...*” ifadesinde yer alan “*bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde*” tabiri ile tarafların usule ilişkin bir tercihleri yok ise ikincil olarak kanunun hükümlerine uyulmamasının iptal sebebi olabileceği vurgulanmaktadır. Bu durum tarafların tercihlerinin, kanunun hükümlerinden önce dikkate alınması gerektiğine yorulabilecektir. Bununla birlikte tarafların hakemlerin belirlenmesine ilişkin sahip olduğu usuli irade serbestisinde farklı bir düzenlemeye

⁵¹⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.417.

gidilmiştir. Kanun 15(1)(b) hükmünde “(h)akem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen **veya** bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını” diyerek tarafların tercihleri değerlendirilirken hem tarafların tercihlerinin hem de kanun hükümlerinin aynı anda dikkate alınacağını “veya” kelimesini kullanarak vurgulamıştır. Yani kanun koyucu, tarafların usule ilişkin yaptıkları tercihlerden hakemlerin belirlenmesine ilişkin olanları kanun hükümleri ile kısıtlarken diğer tercihlerde tarafların tercihlerine öncelik veriyormuş gibi görünmektedir. Tahkim yargılamalarında hakemlerinin belirlenmesinin çok önemli bir usuli tercih olduğu yadsınamazdır. Fakat tarafların hakemlerin belirlenmesine yönelik irade serbestisinin diğer tercihlere ilişkin sahip oldukları iradeden daha fazla kısıtlanmasının bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kanun adil yargılanmaya ilişkin getirdiği sınırlı sayıda emredici kural ile tarafların bütün usuli tercihlerini kısıtlamaktadır. Konu hakkında bir uyuşmazlık çıktığında önce tarafların tercihleri ardından bu sınırlı sayıda emredici kuralın değerlendirilmesi gerekmektedir. Yani kanunun genel düzenlemesinden, tarafların iradelerinin her zaman öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılabilecektir. İptal davalarında gerek hakemlerin seçimine yönelik tercihlerde gerek diğer usuli tercihlerde öncelikle tarafların tercihleri, sonra çok sınırlı sayıda emredici hükümlerin değerlendirilmesi hem tarafların irade serbestisinin korumasına hem de milletlerarası ticari tahkim hukuku ile yeknesak kararlar verilmesini sağlayacaktır.

MTK hükümleri yorumlanırken, Kanun hükümlerinin emredici nitelikleri ve tarafların irade serbestisine getirilen sınırlamalar daima dar yorumlanmalıdır. Bu yorum sırasında Kanunun, milletlerarası ticari tahkim uygulamalarına uygun ve taraf iradelerine önem veren bir yargılama sağlamaya çalıştığı unutulmamalıdır. Konu hakkında tahkim sürelerinin uzatılmasına ilişkin 10(B) hükmü örnek olarak verilebilecektir. MTK 10(B) uyarınca “(t)ahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilir”. Doktrinde bu hükmün emredici nitelikte olduğu ve tarafların aralarında anlaştıkları kurallar dahilinde örneğin ICC Kuralları dahilinde ICC Tahkim Divanı tarafından tahkim süresinin uzatılmasının hükme aykırılık teşkil

edebileceği ileri sürülmektedir⁵¹⁵. Bu yorum, hükmün dar yorumlanmamasından kaynaklanmaktadır. Öncelikle, hüküm kapsamında konu hakkında tarafların anlaşmasına imkân tanınmasının, hükmün emredici olarak düzenlenmediğine işaret ettiği söylenebilecektir. Hüküm kapsamında “*tarafların anlaşmasıyla*” ifadesi dar yorumlanmayarak, konu hakkında sadece tarafların süreye ilişkin yaptıkları özel tercihler değil sürenin belirlenmesi konusunda bir kuruma yetki tanıyan kurumsal tercihlerinin de kabul edilmesi gerekmektedir. Yani tarafların ICC kurumsal tahkimi seçmelerinin anlaşma ile tahkim süresini uzatmak amaçlı Divan’a yetki verdikleri anlamına geldiği kabul edilmelidir.

e) Hakem Kararının Tenfiz Edilebilmesi İçin İptal Edilmemiş Olması

Milletlerarası ve milli düzenlemelerde hakem kararlarının tenfiz edilmesi için, ilgili hakem kararının kesin, bağlayıcı, icra kabiliyetine sahip olması veya kararın verildiği yer mahkemesi tarafından iptal edilmemiş olması aranmaktadır. Tahkim yeri hukuku hükümlerine uyulmadan verilen kararlar iptal edilebilecek ve iptal edilen kararlar da tenfiz edilemeyecektir. Hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için yetkili merci tarafından iptal edilmemiş olmasının aranması, tenfiz davalarında tarafların irade serbestisinin kapsamının dolaylı olarak belirlenmesine sebep olmaktadır.

New York Anlaşması V(1)(e) hükmü uyarınca “*hakem kararı tarafları için henüz vacibürriaye olmamış olur veya, bunun verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa*” denilerek, MÖHUK 62(1)(h) hükmünde “*(h)akem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise*” denilerek, tahkim yeri

⁵¹⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.233.

mahkemelerinin verecekleri kararların, tenfiz davalarında dikkate alınacakları düzenlenmiştir.

New York Anlaşması V(1)(e) hükmü, esas olarak 1923 tarihli Cenevre Protokolü kapsamında yer alan mükerrer kontrol (“*double exequatur*”) kararlarının önüne geçilmek için düzenlenmiştir⁵¹⁶. Cenevre Protokolünde öngörülen yöntem uyarınca kararın tenfiz edilebilmesi için önce tahkim yeri mahkemesinden onay almasını gerekliydi. Bu durum, hakem kararlarını ikili bir denetime tabi tuttuğu için haklı olarak eleştirilmekteydi. Bu ikili denetimin önüne geçilmesi için V(1)(e) hükmünde hakem kararlarının tenfiz kararına konu olmaları için kesinleşmeleri (“*final*”) değil, bağlayıcı (“*binding*”) olmaları aranmıştır⁵¹⁷.

Anlaşma kapsamında hakem kararların, hangi koşullar altında bağlayıcı olacakları düzenlenmemişse de genel kabul edilen görüş, hakem kararlarının bağlayıcı olmaları için bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadıkları ve hakem kararı verildikten sonra karar hakkında açılan iptal davalarının hakem kararlarının bağlayıcılıklarını etkilemediğidir⁵¹⁸. Kararın bağlayıcı olduğu, karara konu uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmiş olmasına veya hakem kararı hakkında gidilebilecek bir üst mercii kalmamasına göre değerlendirilmektedir⁵¹⁹. Örneğin, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk, hakem kararı hakkında iptal davası açma hakkından feragat edilmesine izin veriyor ve taraflar bu izin uyarınca iptal davası açma haklarından vazgeçmişlerse kararın bağlayıcı olduğu söylenebilecektir⁵²⁰. Hakem kararlarının bağlayıcılıkları hakkında, tahkim yeri hukukuna veya tenfiz devleti hukukuna göre değerlendirme yapan hukuklar da bulunmaktadır⁵²¹. Yine, hakem kararlarının bağlayıcılıklarının bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre hakem kararları verildikleri anda,

⁵¹⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.634; Akıncı, **Tenfiz**, s.139; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.207.

⁵¹⁷ Akıncı, **Tenfiz**, s.139; Paulsson, **Local Standard**, s.9; Liebscher, **a.g.e.**, s.372.

⁵¹⁸ Şanlı, **Tenfiz**, s.402; Liebscher, **a.g.e.**, s.372.

⁵¹⁹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.196; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.700; Akıncı, **Tenfiz**, s.141; Liebscher, **a.g.e.**, s.373.

⁵²⁰ Liebscher, **a.g.e.**, s.375.

⁵²¹ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.210.

tahkim mekanizmasının iç kurallarına göre bağlayıcı hale geleceklerdir. Yani hakem kararlarının bağlayıcılığı, tarafların iradelerinden kaynaklanacaktır⁵²². Bu görüş tahkim yargılamalarında irade serbestisinin esaslı olarak dikkate alınması açısından önem teşkil etmektedir. Bütün yöntemler, New York Anlaşması kapsamında kabul edilmektedir ve devletler farklı yöntemleri ayrı ayrı veya birlikte kullanabilmektedirler. Hakem kararlarının bağlayıcılıkları değerlendirilirken esas olanın, tarafların iradelerinin değerlendirilmesi ve tarafların iradeleri doğrultusunda karar verilmesi olduğu söylenebilecektir. Zaten Anlaşma kapsamında hakem kararlarının bağlayıcılığının bir ülke hukukuna tabi tutulmaması da tarafların iradesi ile yapılacak tercihlere önem verildiğini göstermektedir⁵²³.

Hakem kararlarının, yetkili makamlarca iptal edilmeleri veya icralarının geri bırakılması halinde de hakem kararının tenfizi reddedilebilecektir. New York Anlaşması, yetkili mahkemenin hangisi olduğunu kesin bir şekilde belirlememiştir. Bu durum çok olmasa da karışıklığa sebebiyet verebilmektedir⁵²⁴. Anlaşma kapsamında yetkili mahkemenin tahkim yeri mahkemesi olarak kabul edilmesi gerektiği, hem doktrinde haklı olarak ileri sürülmekte hem de uygulamada kabul

⁵²² Akıncı, **Tenfiz**, s.144; Öztekin Gelgel, **New York**, s.1152; Inglot, **a.g.e.**, s.43.

⁵²³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.700.

⁵²⁴ Hakem kararlarını iptal edebilecek makam olarak doğrudan tahkim yeri mahkemelerinin yetkili kılınmamasında, delocalization teorisinin etkisi olduğu söylenebilecektir. Moss, **Mandatory Rules**, s.234; Smit, **A-National**, s.642; Örneğin, Filipinli ve Amerikalı taraflar arasında Singapur’da yapılan tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı hakkında, ABD mahkemelerinde açılan tenfiz davasında, Amerikalı taraf, hakem kararının iptali için Filipin mahkemelerinde iptal davası açıldığını bu sebeple de hakem kararının kesinleşmemesi sebebiyle New York Anlaşması V(1)(e) uyarınca tenfiz kararı verilemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme, hakem kararı hakkında iptal davası açılacak yetkili mahkemenin tahkim yeri olarak Singapur mahkemeleri olduğunu açıkça vurgulamıştır. Bu durum New York Anlaşması kapsamında mülkilik ilkesinin kabul edilmesi ile uyumludur. Bununla birlikte mahkeme, V(1)(e) hükmünde yer alan “*yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam*” tarafından iptal edilen kararların da tenfiz edilemeyeceğini, bu yetkili makamın da tahkim yargılamasının esasına uygulanan hukuk ile değil, tahkim yargılamasının usulüne uygulanan hukuk ile tespit edileceğini vurgulamıştır. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında tercih edilen Filipin hukukunun tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için değil esasına uygulanması için tercih edildiği tespit edilmiş, bu sebeple de Filipin mahkemeleri kendilerini yetkili görseler ve iptal kararı verseler bile, verdikleri iptal kararının New York Anlaşması kapsamında tenfize engel olma ihtimalinin bulunmadığına karar verilmiştir. *Steel Corporation of the Philippines (Philippines) v. International Steel Services, Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, Amerika Birleşik Devletleri, 31 Temmuz 2006, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXII, 2007, s.789-796, p.9. Mahkemenin bu incelemeyi yapmasının sebebi olarak New York Anlaşmasında mülkilik ilkesinin kesin olarak kabul edilmemesi gösterilmektedir.

edilmektedir⁵²⁵. Hakem kararlarının hangi şartlarda iptal edilebilecekleri ise, devletlerin, egemenlik yetkileri kapsamında, iç hukuklarınca düzenlenmektedir. Her ne kadar Model Kanun ile devletlerin hakem kararlarının iptaline ilişkin düzenlemeleri arasında bir birlikteliğin sağlandığı söylenebilecekse de bu durum, devletlerin hakem kararlarının iptaline ilişkin iç hukuklarında farklı düzenlemeler yapmadıkları veya bu düzenlemeler kapsamında farklı kararlar vermedikleri anlamına gelmemektedir. Bu durum, tenfiz talep edilen mahkemenin tahkime ilişkin kuralları ile iptal kararı veren mahkemenin düzenlemeleri arasında kimi uyumsuzlukların ortaya çıkmasına ve tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının farklı yorumlanmasına sebep olabilmektedir. Özellikle, tenfiz talep edilen devletçe tarafların irade serbestisine ilişkin kabul edilen ilkelere aykırılık teşkil eden iptal kararlarının, tenfiz devletinde doğrudan kabul edilecek olması kimi problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Hakem kararlarının, hem tahkim yeri mahkemesince tahkim yeri usul kurallarına uymadığı gerekçesi ile iptal edebilmesinin hem de iptal edilen hakem kararlarının New York Anlaşması uyarınca tenfiz edilememesinin, taraf iradesini aşırı derece kısıtladığı haklı olarak dillendirilmektedir⁵²⁶. Milletlerarası hakem kararlarının, iptal davalarına tabi tutulmalarının tarafların irade serbestilerinin, milli unsurlar ile sınırlandırılmaya çalışılması olarak görülmektedir⁵²⁷. Her devletin milli düzenlemelerini yaparken Model Kanun hükümlerini dikkate almaması da kimi düzenlemelerde irade serbestisine aykırı unsurlar olmasına, hakem kararlarının irade serbestisine aykırı sebeplerle iptal edilmesine ve kararların tenfiz edilememesine sebep olabilmektedir. Bu sebeple tahkim yeri hukukunca iptal edilen her hakem kararının, başka devletlerde tenfize doğrudan engel olmaması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.

⁵²⁵ Hans Smit, "Annulment of an Arbitral Award and Its Subsequent Enforcement: Two Recent Decisions", **American Review of International Arbitration**, vol.19, S.1, 2008, s.187-191 (**Annulment**), s.187; Chang, **a.g.e.**, s.48.

⁵²⁶ Born, **a.g.e.**, s.1552.

⁵²⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.716; Liebscher, **a.g.e.**, s.370.

Hakem kararları hakkında açılan tenfiz davalarında mahkemelerin, iptal edilmiş hakem kararlarına rağmen hakem kararlarını tenfiz edip edemeyecekleri veya iptal edilmiş hakem kararlarının iptal sebeplerini değerlendirip değerlendiremeyecekleri tartışmalı bir konudur. Özellikle New York Anlaşması V(1)(e) hükmü kapsamında devletlerin iptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz edip edemeyecekleri doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Konu hakkında, iki temel görüşün olduğu söylenebilecektir. Bu görüşler, temel olarak, tahkim yargılamasının temelini mülkilik teorisine veya delocalization teorisine dayandığının kabulü ile farklılık göstermektedirler.

Tahkim yargılamasının temelini mülkilik teorisine dayandığını kabul eden görüşlere göre, tahkim yargılamasında tahkim yerine verilen önem uyarınca tahkim yeri ülkesi tarafından iptal edilen hakem kararlarının, tenfiz edilememesi gerekmektedir⁵²⁸. Hakem kararları varlıklarını tahkim yeri hukukundan alırlar ve bu sebeple, tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararları varlıklarını sürdüremezler⁵²⁹. Var olmayan hakem kararları da tenfiz davalarında değerlendirilemez ve tenfiz edilemezler. Bir hakem kararı, tahkim yeri mahkemesince iptal edilince, kararın iptalinin etkisi evrensel nitelik taşır ve bütün dünyada etkisini gösterir⁵³⁰. Eğer iptal kararlarının diğer ülkelerde etki taşıdıkları kabul edilmez ise taraflar, birçok farklı devlette, iptal edilmiş kararların tenfizi için talepte bulunabilirler⁵³¹. Yani taraflar, kararlarının tenfizine izin verebilecek mahkeme arayışına girebilirler. Bu durum da tahkim yargılamasının sürecinin uzamasına, tahkim yargılamasının masraflı olmasına sebebiyet verebilir. Bir iptal edilmiş hakem kararı hakkında farklı tenfiz kararlarının verilebilecek olması, kararlar arasında uyumsuzluk çıkmasına sebep olabilir ve bu durum tahkim yargılamasının

⁵²⁸ Liebscher, **a.g.e.**, s.382; Zeynep Derya Tarman, “İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.90, 2010, s.123-138, s.126.

⁵²⁹ van den Berg, **Setting Aside**, s.16; Chang, **a.g.e.**, s.81.

⁵³⁰ Albert Jan van den Berg, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia”, **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, vol.27 S.2, 2010, s.179-198 (**Annulled Awards**), s.182; Derya Tarman, **a.g.e.**, s.127.

⁵³¹ Liebscher, **a.g.e.**, s.383; Bilgehan Yeşilova, Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.76, 2008, s.83-164 (**Hukuki Nitelik**), s.147.

öngörülebilirliğine zarar verebilir⁵³². Ayrıca taraflar tahkim yerini belirlerken, tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna ve tahkim yeri mahkemelerinin denetimine tabi olmasını istemektedirler. Tarafların irade serbestisi ile belirledikleri mahkeme hakem kararını iptal etmişken, taraflarca belirlenmemiş bir tenfiz yeri mahkemesinin iptal kararını kabul etmeyebileceğini veya değerlendirebileceğini söylemek, tarafların irade serbestisi ile tahkim yargılaması üzerinde sahip oldukları kontrol gücünün azaltılması anlamına gelebilir⁵³³.

Tahkim yargılamasının temelini tahkim yerinden kaynaklanmadığını, tahkim yargılamasının taraflar arasındaki bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklandığını savunanlar ise tenfiz mahkemelerinin iptal kararı verilmiş hakem kararları hakkında tenfiz kararı verilebileceğini savunmaktadırlar. Görüş uyarınca hakem kararları, tahkim yerinden bağımsızdırlar. Bu sebeple iptal davasına ilişkin verilen kararlar etki gösterse bile, yalnızca kararın verildiği devlette etkilerini gösterirler. Hakem kararının iptalinin diğer devletler için bir geçerliliği olmak zorunda değildir⁵³⁴. Tenfiz davalarında iptal kararlarının geçerli oldukları kabul edilmediği için konu hakkında mahkeme kararlarının arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzluk hali de çok nadirdir ve hakem kararlarının tenfizine ilişkin genel durumu etkilemez⁵³⁵. Yine tahkim yargılamalarında tahkim yerine, tahkim yerinin hakem kararlarını hangi unsurlar ile denetleyebileceğine bakılarak karar verilmez. Tahkim yeri, genellikle, tahkim yargılamasının en kolay yürütüleceği yer olarak

⁵³² Clifford J. Hendel/María Antonia Pérez Nogales, “Chapter 12: Enforcement of Annulled Awards: Differences Between Jurisdictions and Recent Interpretations”, **60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges**, Editörler, Katia Fach Gomez ve Ana M. Lopez-Rodriguez, Kluwer Law International, 2019, s.187-204, s.190; Chang, **a.g.e.**, s.81.

⁵³³ van den Berg, **Setting Aside**, s.24; Moss, **Mandatory Rules**, s.239; Bahçekapılı Vincenzi, **a.g.e.**, s.87.

⁵³⁴ Paulsson, **Local Standard**, s.11; Smit, **Annulment**, s.187; Yeşilova, **Hukuki Nitelik**, s.147.

⁵³⁵ Hakem kararları arasında ortaya çıkacak uyumsuzluğun çok büyük bir sorun teşkil etmediği çünkü; hakkında iptal davası açılmış hakem kararlarının tenfiz edilmesinin mümkün kılınmasının da birbiriyle uyumsuz kararlar ortaya çıkarabileceği ve fakat bu duruma itiraz edilmediği vurgulanmaktadır. Örneğin, New York Anlaşması VI hükmü: “*V maddenin I (e) bendinde derpiş edilen selahiyeti makamdan hakem kararının iptali veya icrasının tatiki talep edilmiş olması halinde, huzurunda hakem kararı dermayan edilen otorite, muvafık görürse, bunun icrası hükmünün verilmesini ileriye bırakabilir ve keza, kararın icrasını isteyen tarafın talebi üzerine, karşı tarafı münasip teminat itası ile mükellef kılabilir*” diyerek, hakem kararları hakkında iptal davası açılmış olmasının tenfiz davasını doğrudan engellemeyeceğini açıkça düzenlemektedir. Paulsson, **Local Standard**, s.15.

pratik sebeplerle seçilir ve hatta çoğu zaman tarafların haricinde hakemlerce belirlenir. Tahkim yeri, çoğu zaman tahkim yargılamasıyla veya uyuşmazlıkla en az alakalı olan yerdir. Bu sebeple hakem kararının kaderinin tahkim yerine bağlanmaması gerekmektedir. Ayrıca New York Anlaşması gibi hakem kararını iptal etmeye yetkili mahkemenin kesin olarak belirlenmediği düzenlemeler sebebiyle de kendini yetkili gören herhangi bir mahkemenin kararı iptal etmesi ve iptal kararının bütün devlet mahkemelerini bağlaması hali ortaya çıkabilecektir⁵³⁶. Bu sebeple de her iptal kararının tenfiz davalarında doğrudan engel olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

Doktrinde genel kabul edilen görüş, mülkîlik teorisinin sert bir şekilde dikkate alınarak iptal kararlarının doğrudan tenfiz davalarını etkilemeleri değil, delocalization görüşü dikkate alınarak tenfiz devleti mahkemelerinin iptal kararları hakkında bir değerlendirme yapabilmeleridir. Konu hakkında New York Anlaşmasına bakıldığında, tenfiz devleti mahkemelerinin, iptal edilmiş hakem kararlarının iptal sebeplerine ilişkin değerlendirme yapabileceğine dair özel bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir⁵³⁷. Bununla birlikte, New York Anlaşmanın V hükmünde mahkemelere tenfiz sebeplerinin değerlendirilmesi hakkında takdir hakkı tanınmış olunması sebebiyle, iptal edilmiş hakem kararlarının da tenfiz edilebileceği kabul edilmektedir⁵³⁸. Yani tenfiz mahkemeleri, tahkim yeri mahkemesinin verdiği iptal kararını ve iptal kararının gerekçelerini değerlendirebilecektir⁵³⁹.

İptal kararı verilmiş hakem kararlarının tenfiz davalarında değerlendirilebileceği kabul edilse de bu değerlendirmenin nasıl yapılması gerektiği bir kesinlik taşımamaktadır. New York Anlaşmasına benzer hükümler sebebiyle iptal edilmedikçe, iptal sebepleri milletlerarası alanda kabul edilmiş asgari usuli prosedürlerle uyumlu olmadıkça veya tenfiz yeri mahkemesince iptal kararı harici bir

⁵³⁶ Smit, **Annulment**, s.189.

⁵³⁷ van den Berg, **Setting Aside**, s.23; Kalpsüz, **Tahkim**, s.246.

⁵³⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.636; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.701; Akıncı, **Tenfiz**, s.72; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.221; Derya Tarman, **a.g.e.**, s.127; New York Anlaşmanın V hükmü uyarınca mahkemelerin, tenfiz sebeplerine ilişkin takdir yetkisi olduğuna dair bkz. (Üçüncü Bölüm-IV-(B)-(3)-(a))

⁵³⁹ Moss, **Mandatory Rules**, s.238; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.149.

tenfiz engeli tespit edilemedikçe, hakem kararlarının tenfiz edilebileceği savunulmuştur⁵⁴⁰. Yine iptal kararının, iptal kararı veren mahkemenin vatandaşı tarafından yapılan istek üzerine ve vatandaşı yararına yapılmış ise tenfiz mahkemeleri tarafından değerlendirilebileceği öneri olarak ileri sürülmüştür⁵⁴¹.

İptal kararı verilmiş hakem kararlarının, tenfiz davalarında hangi koşullar ile değerlendirilebileceğine ilişkin kimi kriterler getiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu kriterler uyarınca tenfiz mahkemeleri, iptal edilmiş olan hakem kararlarını iptal sebeplerine göre bir değerlendirmeye tabi tutabileceklerdir. Hakem kararlarının iptal sebepleri, milletlerarası iptal standartlarına (“*international standard annulment*” (ISA)) tabi ise iptal kararları tenfiz mahkemelerince kabul edilebilecek ve fakat iptal sebepleri yerel iptal standartlarına (“*local standard annulment*” (LSA)) tabi ise mahkemelerce iptal sebebi kabul edilmeyerek, hakem kararı tenfiz edilebilecektir⁵⁴². Yerel iptal standartlarına örnek olarak, hakem kararlarının bütün hakemlerce imzalanmamış olmasının iptal sebebi kabul edilmesi veya hakem kararlarının esasına girilerek iptal kararı verilmiş olması gösterilebilecektir. Yerel iptal standartları, milletlerarası alanda genel kabul edilen iptal sebeplerinden yani milletlerarası iptal standartlarından farklı standartlardır. Milletlerarası iptal standartlarının New York Anlaşmasının V(1) hükümleri ve Model Kanunun 36(1)(a) hükümlerinde yer alan düzenlemelerin, yerel iptal standartlarının ise New York Anlaşmasının V(2) ve Model Kanunun 36(1)(b) hükümlerinde yer alan düzenlemeler oldukları söylenmektedir⁵⁴³. Yani, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin, tarafların tahkim yargılaması hakkında bilgilendirilmediklerine ve savunma haklarının ihlal edildiğine ilişkin, hakem kurulunun aşırı yetkiye dayanarak karar verdiğine ilişkin veya hakem kurulunun kurulması ve tahkim yargılamasının yürütülmesinin tahkim anlaşmasına uygun olmadığına ilişkin iptal sebepleri, milletlerarası iptal standartları olarak kabul edilirken; uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına ilişkin ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin sebepler ise yerel iptal standartları olarak kabul edilmektedirler.

⁵⁴⁰ Liebscher, **a.g.e.**, s.384; Pavic, **a.g.e.**, s.149; Hendel/ Nogales, **a.g.e.**, s.203.

⁵⁴¹ Smit, **Annulment**, s.187.

⁵⁴² Paulsson, **Local Standard**, s.2.

⁵⁴³ Paulsson, **Local Standard**, s.25.

Doktrinde, iptal edilen hakem kararlarının etkisine ilişkin önerilen milletlerarası ve yerel iptal standartları, aslında 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesinin uygulaması ile paralellik arz etmektedir⁵⁴⁴. Cenevre Sözleşmesinde, hangi sebeplerle tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfizinin mümkün olmadığı, IX maddesinde özel olarak sayılmıştır. Sözleşmenin IX(1) hükmü gereğince, Anlaşmada belirtilen iptal sebepleri haricinde bir sebep ile hakem kararı tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilir ise Sözleşmeye taraf diğer devletler, iptal edilmiş hakem kararını, iptal kararına rağmen tenfiz etme hakkına sahiptir. Hüküm kapsamında tahkim anlaşmasının olmaması, tahkim anlaşmasını imzalayan tarafların ehliyetsiz olması, savunma haklarının ihlal edilmesi, hakemlerin yetkilerini aşan kararlar vermesi ve tahkim usulünün ihlal edilmiş olması hakem kararının tenfiz edilmemesi için geçerli iptal sebepleri olarak kabul edilmişlerdir⁵⁴⁵. Bu sebeple, Sözleşmede sayılan iptal sebepleri arasında yer almayan bir sebep ile örneğin; tahkim yeri emredici kuralına uyulmaması sebebiyle iptal edilen hakem kararları, tahkim yeri kamu düzenine aykırılık teşkil için iptal edilen hakem kararları veya uyuşmazlık tahkime elverişli olmadığı için iptal edilen hakem kararları, taraf devlet mahkemelerince iptal kararına rağmen tenfiz edilebilecektir⁵⁴⁶. Düzenleme bu haliyle, New York Anlaşmasına göre iradesi serbestisini daha çok destekleyen bir niteliğe sahiptir.

Uygulamada tahkim yeri mahkemelerinin vermiş olduğu iptal kararına rağmen tenfiz kararı veren mahkeme kararları bulunmaktadır⁵⁴⁷. Bu mahkemeler, New York Anlaşması V. hükmünün devletlere takdir yetkisi tanıdığına veya New York Anlaşması VII(1) hükmü uyarınca iç tenfiz hükümlerinin daha lehe hükümler getirdiği gerekçelerine dayanarak, tenfiz kararları vermektedirler⁵⁴⁸. Fransız

⁵⁴⁴ van den Berg, **Annulled Awards**, s.189.

⁵⁴⁵ Bu sebepler, New York Anlaşmasının V(1) hükümleri ile benzer düzenleme içermektedirler. van den Berg, **Setting Aside**, s.12.

⁵⁴⁶ Park, **Procedural Integrity**, s.687; Kaplan, **Usul**, s.49; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.328 dn.208; De Ly, **The Place of Arbitration**, s.49; Aygün, **a.g.e.**, s.673.

⁵⁴⁷ Lew, **Autonomous**, s.198.

⁵⁴⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.636; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.720; Hendel/Nogales, **a.g.e.**, s.190.

mahkemeleri kural olarak, iptal edilen hakem kararlarının tenfizini doğrudan reddetmemektedir. Fransız mahkemeleri tenfiz davalarında, New York Anlaşması VII(1) hükmünde yer alan lehe hüküm kuralını kullanarak, Fransız iç hukuk hükümlerini uygulamakta ve hakem kararlarının tenfizi için tenfiz yeri mahkemesi tarafından iptal edilmemiş olmalarını aramamaktadır⁵⁴⁹. Yani, Fransız hukukunca, hakem kararlarının tahkim yeri ile olan bağlantısı doğrudan kabul etmemekte, bu sebeple de tahkim yeri tarafından iptal edilen hakem kararlarının da tenfiz edilebileceği kabul edilmektedir⁵⁵⁰. Fransız mahkemelerinin verdiği *Hilmarton* kararı, konu hakkında verilmiş en önemli kararlardandır. Davaya konu uyuşmazlıkta her ne kadar ICC hakem kararı İsviçre mahkemeleri tarafından iptal edilse de Fransız mahkemeleri; tenfiz taleplerinin New York Anlaşması V(1)(e) kapsamında değil, Fransız iç hukuk düzenlemeleri ile değerlendirileceği ve ilgili iptal sebebinin Fransız hukukunda bir iptal sebebi olmadığı gerekçesiyle kararı tenfiz etmiştir. Mahkeme ayrıca, kararın milletlerarası bir karar olduğunu ve İsviçre hukuku ile bağlantısı olmadığını bu sebeple de kararın İsviçre mahkemeleri tarafından iptal edilmiş olmasına rağmen Fransız hukukunda tenfiz edilmesinin milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır⁵⁵¹. ABD hukukunda da hem New York Anlaşması VII(1) hükmünde yer alan lehe hüküm kuralının uygulandığı hem de V(1) hükmünün mahkemelere takdir yetkisi verdiğinin kabul edildiği, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi kararları bulunmaktadır⁵⁵². Konu hakkında ABD mahkemeleri tarafından verilmiş *Chromalloy* kararı önem teşkil etmektedir. Karar uyarınca ABD mahkemeleri, Mısır mahkemelerinin iptal ettiği bir kararı, iptal sebebi ABD hukukunun tahkimi destekleyen yaklaşımına aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile tenfiz

⁵⁴⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.978; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.221; Jan Paulsson, “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, **Arbitration International**, vol.14, S.2, 1998, s.227–230 (**May or Must**), s.227; Liebscher, **a.g.e.**, s.385; van den Berg, **Setting Aside**, s.20; Kirby, **a.g.e.**, s.128; Moss, **Mandatory Rules**, s.240.

⁵⁵⁰ van den Berg, **Setting Aside**, s.20; Hendel/Nogales, **a.g.e.**, s.194; Fransız mahkemelerince tahkim yerinin Fransa olması halinde hakem kararlarının iptal edilebileceği kabul edilse de başka bir devlet mahkemesince iptal edilmiş hakem kararlarının Fransız mahkemeleri tarafından temyiz edilebilmesi, Fransız hukuku uyarınca tahkim yeri mahkemelerinin, hakem kararları üzerinde ülkesel olarak sahip olduğu yetkinin tek tarafları olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Yeşilova, **Lex Arbitri**, s.321 vd.

⁵⁵¹ *Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation-OTV*, Supreme Court, Fransa, 23 Mart 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XX, 1995, s.663-665, p.5.

⁵⁵² Rutledge/Kent/Henel, **a.g.e.**, s.945; Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.59.

etmiştir⁵⁵³. İngiliz mahkemeleri de son zamanlarda, tahkim yeri tarafından iptal edilen hakem kararların iptal sebeplerini değerlendirmek suretiyle tenfiz kararları vermeye başlamıştır⁵⁵⁴. Hollanda Temyiz Mahkemesi de *Yukos Capital v. OAO Rosneft* kararında, adil yargılanma ilkelerine ve Hollanda kamu düzenine aykırılık teşkil eden iptal kararlarının tanınamayacağından bu kararlar uyarınca tenfiz taleplerinin de reddedilemeyeceğini vurguladıktan sonra Rus mahkemelerinin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında ciddi şüpheler olduğu için Rus Mahkemeleri tarafından verilen iptal kararının tenfiz davasında dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir⁵⁵⁵.

Türk hukuku uyarınca da iptal edilmiş hakem kararları hakkında açılacak tenfiz davalarında hakemlerin, New York Anlaşması uyarınca, takdir hakları olduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁶. Hakimler tanıma tenfiz davalarında Cenevre Sözleşmesi kapsamında getirilen kısıtlamalar ile değerlendirme yapabileceklerdir. Doktrinde ayrıca, milletlerarası tahkim uygulamasının kabul ettiği sebepler haricinde sebeplerle, tamamen milli hukuk sistemlerinin kendilerine özgü sebepleri ile iptal edilen hakem kararlarının tenfizinin kabul edilmeyebileceği haklı olarak ileri sürülmektedir⁵⁵⁷.

⁵⁵³ *Chromalloy Gas Turbine Corp. v. Arab Republic of Egypt*, United States District Court for the District of Columbia, Amerika Birleşik Devletleri, No.94-2339, 31 Temmuz 1996, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXII, 1997, s.1001-1012, p.18; Aynı hakem kararı Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından da kararın milletlerarası bir hakem kararı olduğu ve Mısır mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararının tenfiz edilmesinin milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği gerekçesiyle tenfiz edilmiştir. *The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices, Inc.*, Court of Appeal, Paris, Fransa, 14 Ocak 1997, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXII, 1997, s.691-695, p.2.; Fakat ABD hukukunda konu hakkında farklı mahkeme kararları da bulunmaktadır. Yeşilova, **Hukuki Nitelik**, s.148; ABD mahkemeleri, hakem kararlarının iptal sebeplerinin tenfiz yeri hukuku adil yargılanma hükümlerine de aykırılık etmesi halinde tenfizin reddedilebileceğine ve fakat, iptal sebeplerine tahkim yeri hukukunca karar verileceği ve tenfiz yeri mahkemesi olarak bu değerlendirmeye saygı duyulması gerektiğine dair çelişkili kararlar vermektedirler. Bahçekapılı Vincenzi, **a.g.e.**, s.160; Derya Tarman, **a.g.e.**, s.126.

⁵⁵⁴ Khanna, **a.g.e.**, s.374.

⁵⁵⁵ *Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation)*, Court of Appeal, Amsterdam, Hollanda, No.200,005,269, 28 Nisan 2009, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIV, 2009, s.703-714, p.5-23.

⁵⁵⁶ Akıncı, **Tenfiz**, s.153; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.701.

⁵⁵⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.536.

Tahkim yeri tarafından iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilmesi, tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları usuli irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi açısından önem teşkil etmektedir. Şöyle ki; genel kabul edilen görüş uyarınca milletlerarası tahkim yargılamaları tahkim yerine tabidirler. Fakat tahkim yerinin tahkim yargılamaları üzerinde sınırsız bir denetleme hakkının olduğunun kabul edilmesi, tahkim yeri mahkemelerinin özellikle iptal davaları ile tarafların irade serbestilerini aşırı kısıtlamalarına sebep olabilecektir. Bu durumun önüne geçebilmek için tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamaları üzerinde sahip olduğu denetleme yetkisi ile tarafların irade serbestisinin dengelenmesi gerekmektedir. Bu dengenin sağlanması için iptal davalarının tamamen kaldırılması veya tenfize yönelik ortak bir milletlerarası mahkeme kurulması fikirleri ileri sürülmüştür⁵⁵⁸. Her ne kadar bu fikirlerin günümüzde fiilen gerçekleştirilmesi zor olsa da taraflarca iptal davası açma hakkında feragat edilmediği müddetçe mahkemelerin tenfiz davalarında iptal edilmiş hakem kararları hakkında takdir yetkilerinin olduğu kabulü ve mahkemelerin tenfiz davalarında belirli kriterler ile iptal edilmiş hakem kararlarını değerlendirebilmeleri, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması daha doğrusu tarafların irade serbestisi üzerindeki etkisini dengeleyebilecektir. Zaten New York Anlaşması kapsamında tahkim yeri hukuku tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilebilmesinin, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin azaltılması anlamına geldiği söylenmektedir⁵⁵⁹.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yeri hukukun emredici kurallarına uymalarındaki esas sebep, kararın iptal edilme ve iptal edilen kararların tenfiz edilmeme ihtimalidir. Eğer tenfiz mahkemeleri, iptal edilmiş hakem kararlarının hangi sebeplerle iptal edildiğini belirli kriterler dahilinde inceleyerek tenfiz değerlendirmelerini yaparlarsa, tahkim yerinin tarafların iradelerini kısıtlayan farklı emredici kurallarına uyma zorunluluğu da ortadan kalkacaktır. Günümüzde hakemlerin, tahkim yeri mahkemelerinin hakem kararları hakkında iptal kararı verememesi için tarafların tercihlerinden öte tahkim yerinin emredici kurallarını

⁵⁵⁸ Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.65 vd.

⁵⁵⁹ Moss, **Mandatory Rules**, s.231.

dikkate almaya meyilli olacakları öngörülebilecektir⁵⁶⁰. Fakat, tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilebilmelerinin kabul edilmesi sayesinde tarafların tercihleri ile tahkim yeri emredici hükümleri arasında kalan hakemlerin, tarafların tercihleri doğrultusunda yargılama yapma ihtimalleri artacaktır.

İptal edilmiş hakem kararları hakkında inceleme yapan tenfiz mahkemelerinin değerlendirecekleri kriterler hakkında da bir görüş birliğinin bulunduğu da söylenebilecektir. Gerek milletlerarası (ISA) ve yerel (LSA) iptal standartları gerekse Cenevre Sözleşmesi ile getirilen kriterler, hakem kararlarının adil yargılanmaya dair temel hususlara aykırılık teşkil etmesi halinde verilecek olan iptal kararlarının kabul edilip, diğer iptal kararlarının değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Yani tenfiz devleti mahkemelerince, *lex proceduraliaya* aykırı olduğu için iptal edilen hakem kararlarına ilişkin mahkeme kararları kabul edilecek diğer iptal sebepleri ile iptal edilen hakem kararlarına ilişkin mahkeme kararları kabul edilmeyecektir. Bu durum da tahkim yargılaması sırasında tarafların irade serbestilerinin esas olarak *lex proceduralia* hükümleri ile kısıtlanmasını ve fakat tahkim yeri hukukunun *lex proceduraliadan* farklı hükümlerinin hakemlerce dikkate alınmamasını sağlayacaktır⁵⁶¹.

f) Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılık Teşkil Etmemesi

(1) Kamu Düzenine Aykırılık Hakkında Değerlendirilecek Hukuk

Hakem kararları hakkında açılan iptal veya tenfiz davalarında, davaya konu hakem kararının, davanın açıldığı devletin temel değerlerine aykırılık teşkil etmesi

⁵⁶⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.38.

⁵⁶¹ Örneğin adil yargılanma hakkına aykırı olarak verilmiş iptal kararlarının tenfiz davalarına engel olamayacakları genel olarak kabul edilmektedir. Liebscher, **a.g.e.**, s.385.

halinde mahkemelerin kararı iptal edebilme veya tenfiz etmeme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Hakem kararında yer alan ve devletin vazgeçilmez temel usuli düzenlemelerine aykırılık teşkil eden hususlar, mahkemelerce yapılan değerlendirmede kamu düzeni engeline takılacaktır. Bu sebeple tarafların irade serbestileri kapsamında yaptıkları tercihleri ve bu tercihlerin sonuçları mahkemelerce, kamu düzeninden gelen unsurlar ile kısıtlanmaktadır.

New York Anlaşması V(2)(b) hükmü uyarınca “*(h)akem kararının tanınma ve icrasının mezkûr memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması*” halinde, MÖHUK 62(1)(b) uyarınca “*(h)akem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise*” hakem kararının tenfizi reddedilebilecek; Model Kanun 34(2)(b)(ii) hükmü⁵⁶² ve MTK 15(2)(b) hükmü uyarınca “*(k)ararın kamu düzenine aykırı olduğu*” hallerde de hakem kararı iptal edilebilecektir.

Model Kanun ile hakem kararlarının iptal edilmesine sebep olabilecek hususlar arasında bir birlik sağlanmıştır. Bu sebeple Model Kanun kapsamında iptal sebebi olarak düzenlenen kamu düzeni engeli, birçok devlet iç hukuk düzenlemesinde de iptal sebebi olarak yer almıştır. Fakat kamu düzenine ilişkin değerlendirmenin, hakem kararı hakkında açılacak olan tenfiz davalarında yapılması gerektiği, iptal davalarında sadece usuli uyumsuzlıklara ve adil yargılanmaya ilişkin bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır⁵⁶³. Tenfiz davalarında tenfiz yeri ülkesinin kamu düzeninin incelenmesi, hakem kararına tenfiz yeri mahkemesinin kamu gücü tanınacağı için makul görülebilecekken, iptal davalarında neden tahkim yeri ülkesinin kamu düzeninin değerlendirilmesi gerektiği tartışmaya açıktır. Çalışmamızın ilk bölümünde değerlendirdiğimiz gibi tahkim yeri ile tahkim yargılaması arasında var olan bağ çoğu zaman tamamen pratik sebeplerden kaynaklanmaktadır ve tahkim yeri bir hukuki bir kavrama karşılık gelmektedir⁵⁶⁴.

⁵⁶² Model Kanun İngilizce 34(2)(b)(ii) hükmü: “*the award is in conflict with the public policy of this State*”.

⁵⁶³ Kalpsüz, **Tahkim**, s.146; Petrochilos, **a.g.e.**, s.98; Abedian, **a.g.e.**, s.573; Akıncı, **Tenfiz**, s.79; Model Kanun hazırlanırken de kamu düzeni istisnasının tam tanımının olmaması sebebiyle kaldırılması teklif edilmiş, fakat teklif kabul edilmemiştir. Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.142.

⁵⁶⁴ Tahkim yeri kavramı ve tahkim yeri ile tahkim yargılaması arasındaki ilişki için bkz. (Birinci Bölüm-II-(B))

Tahkim yargılamalarının bir tahkim yerine tabi olması gerekliliği tamamen pratik zorunluluklardan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, tahkim yeri kamu düzeninin tahkim yargılamalarının üzerinde bir iptal sebebi olarak etki sahibi olması kimi zaman sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Tahkim yerinde bağımsız tahkim yargılamaları, yani delocalization teorisinin ortaya çıkma sebebi de benzer sorunlardan kaynaklanmaktadır.

İptal davalarında kamu düzeni kriterinin olmaması iptal davaları ile sadece usuli ihlallerin ve adil yargılanmaya ilişkin unsurların değerlendirilmesi gerektiği bir öneri olarak ileri sürülmüştür⁵⁶⁵. Kamu düzeni kapsamı içinde değerlendirilecek kimi ağır usuli ihlaller özel olarak düzenlenerek, kamu düzeni kriterinin iptal davalarının kapsamından çıkarılması önerilmektedir. Özellikle tahkim yargılamasında tarafların hile yaptıklarının veya yargılamada sahte evrak kullanıldığının ortaya çıkması halinde ve hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlıkları hakkında ortaya çıkan problemlerin ayrıca düzenlemesi ile sınırları kesin belli olmayan kamu düzeni kavramı ile hakem kararlarının değerlendirilmesinden vazgeçilebilecektir⁵⁶⁶. Fakat günümüzde Model Kanun örnek alınarak düzenlenen iç hukuk düzenlemelerinde kamu düzeni bir iptal sebebi olarak yer almaktadır. O halde iptal davalarında değerlendirilen kamu düzeni kavramına ilişkin ortak bir yöntem bulunması, tarafların irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesi için önem teşkil etmektedir. Mevcut milletlerarası hukuk düzenlemelerinde iptal davalarında yapılacak olan kamu düzeni değerlendirmesi kaldırılamayacağından veya denetlemenin kapsamı kısıtlanamayacağından, yapılacak olan değerlendirmede hangi tür kamu düzenin

⁵⁶⁵ Cenevre Sözleşmesi ile konu hakkında, benzer bir çözüm getirilmiştir. Buna göre, tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilebilen hakem kararlarının tenfizinin mümkün olmaması için kabul edilebilecek iptal sebepleri arasında kamu düzeni sayılmamıştır. Yani tahkim yeri hukuku tarafından kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal edilen hakem kararları, Cenevre Sözleşmesi kapsamında tenfiz edilebilecektir. Pavić, **a.g.e.**, s.142. Örneğin *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska* kararında mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmenin bir tekel yarattığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırılık oluşturduğu sebebiyle Slovenya mahkemeleri tarafından iptal edilen hakem kararını, Cenevre Sözleşmesi kapsamında kamu düzeni sebebi ile iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilmesine imkân tanıdığı için tenfiz etmiştir. *Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska*, Oberster Gerichtshof, Avusturya, 20 Ekim 1993 ve 23 Şubat 1998, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIV, 1999, s.919-927, p.12.

⁵⁶⁶ Abedian, **a.g.e.**, s.577.

değerlendirilmesi gerektiğinin belirlenmesi konumuz açısından bir çözüm noktası oluşturabilecektir.

New York Anlaşmanın V(2)(b) hükmü uyarınca hakem kararları değerlendirilirken, dikkate alınacak olan kamu düzeni, “*mezkûr devletin*” ifadesinden ötürü tenfiz yeri mahkemesinin kamu düzenidir⁵⁶⁷. Başka hiçbir devletin kamu düzeni, tenfiz yeri ülkesi özellikle bu kamu düzenine atıf yapmadığı müddetçe, dikkate alınmayacaktır⁵⁶⁸. Hüküm kapsamında her bir devletin kendi kamu düzeni değerlendirileceğinden, Anlaşma kapsamında kamu düzeni kavramına ilişkin bir yeknesaklığın sağlanması oldukça zordur⁵⁶⁹. Model Kanun düzenlenirken de temel olarak New York Anlaşması temel alınmıştır. Diğer iptal sebeplerinin tenfiz engeli sebeplerine benzemesi gibi kamu düzeni hakkında da Model Kanunda benzer bir düzenleme getirilmiştir. Bu sebeple Model Kanun örnek alınan düzenlemelerde, genel olarak, iptal davalarında değerlendirilecek olan kamu düzeninin tahkim yargılamalarının tabi olduğu hukuk olan tahkim yeri hukukunun kamu düzeni olduğu kabul edilmektedir.

İptal ve tenfiz davalarında hangi tür kamu düzenin değerlendirilmesi gerektiğine geçmeden önce hem iptal davaları hem de tenfiz davalarında aynı kamu düzeni değerlendirilmesinin yapılıp yapılmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. İki dava hakkında çok farklı iki temel hukuk değerlendiriliyormuş gibi görünmektedir. İptal davalarında hakem kararının tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmesi değerlendirilirken, tenfiz davalarında tenfiz yeri hukukunda kararın icra güce sahip olmasının yaratacağı sonuçların değerlendirilmesi iki farklı kamu düzeninin dikkate alınacağı izlemine uyandırmaktadır. Fakat iki davada değerlendirilecek kamu düzenine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde esas olarak New York Anlaşmasından etkilendiği ve yapılacak değerlendirmeye ilişkin unsurların bu doktrin çerçevesinde geliştiği görülmektedir. Yani iki değerlendirmede

⁵⁶⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.643; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.243; Özel, **a.g.e.**, s.175; Moses, **Public Policy**, s.171.

⁵⁶⁸ Ekşi, **Tenfiz**, s.158; Wolff, **Public Policy**, s.416.

⁵⁶⁹ Ekşi, **Tenfiz**, s.153; Moses, **Public Policy**, s.172; Anlaşmanın kamu düzeni kavramını yeknesaklaştırma gibi bir amacının olmadığı da vurgulanmaktadır. Gibson, **a.g.e.**, s.1243.

de benzer bir kamu düzeni incelemesi yapıldığı söylenebilecektir⁵⁷⁰. Her ne kadar usuli olmayan konularda yapılacak kamu düzeni değerlendirmesinde farklılıklar olabileceği aşikâr ise de usuli konularda değerlendirilen kamu düzeninin benzer hükümler içereceği ve içermesi gerektiği söylenebilecektir⁵⁷¹. Özellikle *lex procedurali*ya ilişkin hükümlerin evrensel nitelikleri göz önün alındığında kamu düzeni istisnası kapsamında iptal ve tenfiz davalarında yapılacak değerlendirmenin benzer olacağı söylenebilecektir. İptal ve tenfiz davalarında benzer bir usuli kamu düzeni değerlendirilmesi yapılması hem tarafları tahkim yerinden bağımsız bir tahkim yargılaması aramaktan alıkoyar hem de milletlerarası ticaret hukukunda öngörülebilir ve yeknesak kararlar verilebilmesine imkân tanır. Bu durumda önemli olan hem iptal davalarında hem de tenfiz davalarında hangi hukukun dikkate alınarak usuli bir kamu düzeni değerlendirmesi yapılması gerektiğinin tespit edilmesidir.

Kamu düzenine ilişkin yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken kamu düzeninin, devletlerin iç hukukları kapsamında kabul ettikleri milli kamu düzeni değil, milletlerarası standartların değerlendirildiği milletlerarası kamu düzeni olması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır⁵⁷². Milletlerarası kamu düzeni, devletlerin iç hukuklarında kabul ettikleri milli kamu düzeninden daha sınırlı bir kamu düzenidir⁵⁷³. Fakat dikkat edilmelidir ki burada milletlerarası kamu düzeni ile gerçek milletlerarası kamu düzenini kastedilmemekte, devletin iç hukukuna göre daha rahat bir değerlendirmenin yapıldığı milletlerarası kamu düzeni kastedilmektedir⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.170.

⁵⁷¹ Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.168.

⁵⁷² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.897; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.599; Born, **a.g.e.**, s.3655; Kalpsüz, **Tahkim**, s.190; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.243; Smit, **Comments**, s.65; Schwarz, **a.g.e.**, s.87; Yeşilırmak, **a.g.e.**, s.150; Ataman-Figanmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.56; Chang, **a.g.e.**, s.24; Bu durum, New York Anlaşması kapsamında milli ve milletlerarası kamu düzeni ayrımının yapılmamasından da kaynaklanmaktadır. Ekşi, **Tenfiz**, s.153. Model Kanun hazırlanırken, New York Anlaşmasından farklı olarak, iptal sebebi olan kamu düzeni kavramı yerine milletlerarası kamu düzeni tabirinin kullanılması teklif edilmiş ve fakat uzun tartışmalar sonucu tabirin net bir tanımının olmadığı ve milletlerarası alanda genel kabul edilen bir karşılığının olmaması sebebiyle teklif reddedilmiştir. Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.919.

⁵⁷³ Milli ve milletlerarası kamu düzeni tanımı ve farklılıkları hakkında bkz. (İkinci Bölüm-IV-(B)-(1)-(b))

⁵⁷⁴ Wolff, **Public Policy**, s.423; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.997; Örneğin İtalyan mahkemelerine konu uyumsuzlukta, Londra'da üç hakem ile yapılacak tahkim yargılamasında iki tarafın da birer hakem atadıkları ve iki hakemin de üçüncü hakemi atadığı bir prosedür konusunda

Günümüzde özellikle tenfiz davalarında kamu düzeni engeli değerlendirilirken devletlerin, kendi milletlerarası kamu düzeni kavramlarından daha fazlasını değerlendirmeleri gerektiği de savunulmaktadır⁵⁷⁵. Tenfiz yeri mahkemelerinin; uyuşmazlığın konusu ile yakın alakalı hukukların, sözleşmenin ifa edildiği yer hukukunun, sözleşmenin tabi olduğu hukukun veya tahkim yeri hukukunun kamu düzenleri kapsamında bir değerlendirme yapması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁷⁶. Fakat tenfiz davalarında uyuşmazlıkla alakalı her bir hukukun kamu düzeninin mahkemece değerlendirilmesini beklemek pratik bir yaklaşım

anlaşılmıştır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine bir taraf tahkim yargılamasını başlatmış ve hakemini belirleyerek karşı taraftan hakem belirlemesini istemiştir. Karşı tarafın hakem belirlememesi üzerine, davacı kendi belirlediği hakeminin tek hakem olarak İngiliz Tahkim Kanunu uyarınca karar vermesini istemiştir. Hakemin tek başına verdiği karar, İtalyan mahkemelerinde tenfiz davasına konu olmuştur. Davalı taraf tek hakemin bağımsız olamayacağı ve bu durumun da İtalyan kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile tenfize itiraz etmiştir. Mahkeme hakem kararının İngiliz hukukuna uygun olduğuna, taraflardan birinin hakem atamaması halinde İngiliz hükümleri uyarınca tek hakemin karar verebileceğine ve bu durumun İtalyan kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme tek hakemin karar verirken İngiliz hukukunun farklı unsurları ile kısıtlandığını vurgulamıştır. *S.A. Pando Compania Naviera v. S.a.S. Filmo*, Corte di Appello di Venezia, İtalya, 21 Mayıs 1976, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. III, 1978, s.277; Benzer yönde bir karar için bkz. *Efxinos Shipping Co. Ltd. v. Rawi Shipping Lines Ltd.*, Corte Di Appello of Genova, İtalya, 2 Mayıs 1980, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. VIII, 1983, s.381-382, p.6; Türk hukukunda da bu yönde verilen hakem kararlarının, hakemlerin bağımsızlıklarına ilişkin kamu düzeni hükümlerine aykırılık teşkil edecekleri için tenfiz edilmeyeceği ileri sürülmüştür. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.706 dn.645. Kanaatimizce bu yorum türü tarafların irade serbestilerinin kamu düzeni istisnası ile aşırı kısıtlanması anlamına gelebilecektir. Taraflar kendi iradeleri ile bu yönde karar verilebilmesine izin veren bir hukuka tabi olmak istiyorlarsa, bu hukukun sağladığı korumalar da göz önüne alınarak karar tenfiz edilebilmelidir. Yargıtay'ın bu şekilde yapılan anlaşmaları kabul ettiği, MTK öncesi, kararları da bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında şöyle bir sonuca varmıştır: “*Taraflar arasında 3.6.1987 tarihinde yapılan sözleşmenin ihtilaflar başlıklı 4. Sayfasında aynen “taraflar ihtilaf halinde birer hakem seçecekler, tarafların seçtikleri hakemler ihtilaflı halledemedikleri takdirde, hakemler marifetiyle bir üçüncü hakem seçilecek ve seçilecek bu sonuncu hakem marifetiyle ihtilaf halledilecektir. Hakemler seçildiklerinden itibaren en geç (1) ay zarfında çözmek zorundadırlar.” denilmektedir. Bu düzenlemeye göre tarafların seçtikleri hakemlerin ihtilaflın üçüncü hakem marifetiyle çözülmesi gerekmektedir. Buna aykırı olarak üçüncü hakemin anında görevsiz olan taraf hakemlerinin de üçüncü hakemler birlikte inceleme yaparak karar vermeleri tahkim şartına aykırıdır*”. Y. 15. HD. 25.11.1994 T., 2508 E., 7056 K., naklen Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.214 dn.249.

⁵⁷⁵ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.244.

⁵⁷⁶ Gibson, **a.g.e.**, s.1264; Uluslararası Hukuk Derneği Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu’nun “*Public Policy as a Bar to Enforcement of International Awards*” isimli raporunda da (ILA Raporu) tenfiz davalarında, tenfiz yeri mahkemesinin kamu düzeninin dikkate alınmasının genel kabul edilen görüş olduğu; fakat sözleşmenin ifa edildiği yer hukukunun, sözleşmenin tabi olduğu hukukun ve tahkim yeri hukukunun kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. Mayer/Sheppard, **a.g.e.**, s.249.

değildir. Bu sebeple mahkemelerin değerlendirme yapacakları ortak noktaların fazla olduğu ve milletlerarası nitelik taşıyan bir yöntem bulunması gerekmektedir⁵⁷⁷.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tahkime ilişkin unsurların yorumlanmasında milletlerarası unsurlar ne kadar dikkate alınıyor ise tahkim yargılamasının da o kadar tarafların tercihlerine ve çıkarlarına uygun sonuçlar vereceği kabul edilmektedir⁵⁷⁸. Bu sebeple iptal ve tenfiz davalarında usuli açıdan tarafların irade serbestilerine azami saygı duyulması için kamu düzeni istisnası kapsamında incelenmesi gereken kamu düzeni, gerçek milletlerarası kamu düzeni, konumuz kapsamında da milletlerarası gerçek usuli kamu düzenidir.

Mahkemelerce iptal ve tenfiz davalarında, kamu düzeni değerlendirmesi yapılan durumlarda milli kamu düzeninkinden daha sıkı bir değerlendirilme yapılarak milletlerarası kamu düzenine ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. İlgili değerlendirmenin biraz daha sıkı yapılarak daha temel unsurlar kapsamında yapılması halinde değerlendirme, gerçek milletlerarası kamu düzeninin sınırları ile

⁵⁷⁷ Örneğin, İsviçre mahkemelerinde tenfiz davasına konu olan uyuşmazlıkta, farklı zamanlarda iki tarafın da avukatlığını yapmış olan Dr. E tarafından hazırlanan 15 Haziran 1990 tarihli sözleşmede, taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde Dr. E'nin tek hakem olarak atanacağı bir tahkim şartı yer almaktadır. Taraflar sözleşme uyarınca her ne sebeple olursa olsun Dr. E'nin hakemliğine itiraz edemeyecek veya başka bir hakem atayamayacaklardır. Bu hükme uyulmaması halinde ise Dr. E'ye bir milyon İsviçre Frank'ının ödeneceği kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine başlatılan tahkim yargılaması sonucunda hakem, davacı Türk taraf lehine karar vermiştir. Her ne kadar kararın iptali için Türk mahkemelerinde açılan davalar sonucunda Türk Yargıtay'ı kararı iptal etmese de kararın tenfiz edilmesi için İsviçre mahkemelerinde açılan tenfiz davasında hakem kararı, New York Anlaşmasının V(2)(b) hükmü uyarınca tahkim şartının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz edilmemiştir. Uyuşmazlığa konu sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının Dr. E tarafından düzenlenmesinin, Dr. E'nin tarafların avukatlığını yapmış olmasının, Dr. E'nin hakemliğine itiraz edilememesinin ve özellikle kendi düzenlediği hükme aykırı hareket sonucu tarafların Dr. E'ye tazminat ödeme yükümlülüklerinin, kamu düzenine açık aykırılık içerdiğine karar verilmiştir. Mahkeme, uyuşmazlığa konu tahkim şartının olağan dışı olduğu ve hiçbir özgür ve demokratik hukuk siteminde bu tahkim şartı kapsamında verilecek hakem kararlarının kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Yine mahkeme, Türk mahkemelerinde açılan iptal davasında hangi hususların incelendiğini tespit edemese de tenfiz davasında ileri sürülen hususlar Türk mahkemelerinde de ileri sürülseydi, benzer bir kararın verileceğini düşündüğünü belirtmiştir. Karar uyarınca Türk hukukunun da dikkate aldığını ve temel adil yargılanma ilkeleri ile dalga geçen mevcut durumun kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Yani mahkeme, mevcut tahkim şartını kendi kamu düzeni kapsamında değerlendirmekten öte, daha evrensel bir kamu düzeni algısını öne çıkararak değerlendirmiştir. *Not indicated v. Not indicated*, Court of First Instance, İsviçre, 26 Mayıs 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIII, 1998, s.754-63, p.14-20-21-28-30.

⁵⁷⁸ Bachand, a.g.e, s.390.

yapılabilecektir⁵⁷⁹. Yani kamu düzeni kavramı dar yorumlandıkça, milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine ilişkin, temel hükümlere göre değerlendirme yapabilme imkânı ortaya çıkacaktır⁵⁸⁰. Milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine ilişkin yapılacak değerlendirme, en temel usuli garantilerin sağlandığı bir değerlendirme olacağından bu durum hem tarafların irade serbestisine daha çok önem verilmesini hem de benzer unsurların değerlendirilmesi ile yeknesaklığın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Bu sayede iptal ve tenfiz davalarında kullanılan kamu düzeni değerlendirmesinin benzer hükümler içereceği de söylenebilecektir. Bu yöntem, hakem kararlarının tenfiz edilmesinde de kolaylık sağlayacaktır⁵⁸¹.

Hakemlerin iptal ve tenfiz davalarında kamu düzeni incelemesini milletlerarası gerçek usuli kamu düzeni kapsamında yapmaları, hakemlerin de tahkim yargılamalarında milletlerarası gerçek usuli kamu düzenini dikkate alarak karar verebilmeleri için bir dayanak oluşturacaktır.

Doktrinde, gerçek milletlerarası kamu düzeninin, tahkim yargılamalarında hakemler tarafından uygulanması kabul edilebilecekken; iptal ve tenfiz davalarında ise hakimler tarafından kullanılmasının uygun olmayacağı; çünkü mahkemelerce yapılacak olan değerlendirmede, mahkemenin hukukunun, milletlerarası kamu düzenin bir parçası olarak öncelikle değerlendirileceği ileri sürülmektedir. Görüş, mahkemelerin ve hukuklarının gerçek milletlerarası kamu düzeninden etkilenmesinin arzu edilen bir durum olduğunu kabul ederken, mahkemelerin gerçek milletlerarası kamu düzeninden öte kendi kamu düzenine ilişkin değerlendirme yapacaklarını

⁵⁷⁹ Kalpsüz, **Tahkim**, s.191; Moses, **Public Policy**, s.179. Benzer bir yoruma Model Kanun için hazırlanan Komisyon Raporunda da rastlanılabilecektir. Komisyon Model Kanun kapsamında değerlendirilmesi gereken kamu düzeni ile, devletlerin politik tutumları veya milletlerarası politikalarının kastedilmediği, adil yargılanmaya ilişkin temel kavramların kastedildiği vurgulanmıştır. Binder, **a.g.e.**, s.450.

⁵⁸⁰ Her ne kadar bu yorum türü desteklense de kamu düzenine ilişkin türlerin arasındaki kaynakların farklı olmasının (milli ve milletlerarası kamu düzeni, milli unsurlardan kaynaklanırken; gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin unsurlar, genel geçer kabul edilen unsurlardan gelmektedir) ve gerçek milletlerarası kamu düzenin kapsamının belirlenmesindeki zorlukların, ilgili değerlendirme yapılabilirken sorun çıkartabileceği dillendirilmektedir. Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.160. Fakat, kamu düzenine ilişkin kaynaklar farklı olsa da gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin unsurların usuli konularda sağladıkları ortaklık, en azından, usuli kamu düzenine dair yapılan değerlendirmelerde gerçek milletlerarası kamu düzenin kullanılmasını kolaylaştıracaktır.

⁵⁸¹ Kessedjian, **a.g.e.**, s.859.

savunmaktadır⁵⁸². Mahkemelerin iptal ve tenfiz davalarında kamu düzenine ilişkin değerlendirme yaparken gerçek milletlerarası kamu düzeninden sapma eğiliminde olacakları öngörülebilecektir. Fakat günümüzde gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin kurallar, yani *lex proceduralia* hakkında, milli ve milletlerarası düzenlemeler ile devletlerin iç hukukları ile milletlerarası kuralların arasında bir birlikteliğin sağlandığı ve bu sayede mahkemelerce yapılacak değerlendirmelerde de bu hususların dikkate alınabilecekleri ve alınması gerektiği söylenebilecektir.

Uygulamada mahkemeler, özellikle tenfiz davalarında, kamu düzenini engelini kullanarak hakem kararlarının tenfizini engellemekten çekinmektedirler. Mahkemelerin kamu düzeni engelini dikkate aldığı durumların da genel olarak gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin hükümler ile alakalı olduğu söylenebilecektir⁵⁸³. Her ne kadar mahkemeler kararlarında doğrudan gerçek milletlerarası kamu düzeninin değerlendirildiğini söylenmeseler de verilen kararlarda dikkat edilen hususların gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin oldukları anlaşılmaktadır⁵⁸⁴. Yani mahkemeler kamu düzenini kavramını, gerçek milletlerarası kamu düzeni kapsamında yorumlamaktadırlar.

(2) Adil Yargılanma Hakkına Aykırılık ve Kamu Düzenine Aykırılık Farkı

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestilerinin kapsamı belirlenirken tahkim yargılamalarının adil yargılanmaya ilişkin kriterlere uygun olmaları gerektiğine dair hükümler ile kararların kamu düzenine uygun olmaları gerektiğine ilişkin hükümler benzer düzenlemeler getiriyor gibi görünmektedir. Hatta adil yargılanmaya ilişkin bütün hususların, özel olarak düzenlemeseler de kamu düzeni istisnası altında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Fakat iki hüküm arasındaki farkların çizilmesi, tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi

⁵⁸² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.955.

⁵⁸³ Kessedjian, **a.g.e.**, s.863; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.157; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.244.

⁵⁸⁴ Moses, **Public Policy**, s.181.

açısından önem arz edebilecektir. Bu farklar, kimi durumlarda itirazlarla birlikte, şu paragraflar altında sayılabilecektir:

İki hüküm arasındaki en temel fark; mahkemelerce adil yargılanmaya ilişkin hükümler hakkında değerlendirme yapılabilmesi için tarafların itirazına ihtiyaç duyulurken, kamu düzenine ilişkin hükümler hakkında re'sen değerlendirme yapılabilmesidir⁵⁸⁵.

Mahkemece kamu düzenine ilişkin değerlendirme re'sen yapılacağı için ihlalin taraflarca ispatlanmasına, ihlal hakkında bir delil ileri sürülmesine gerek yoktur; mahkemenin ilgili değerlendirme için sadece hakem kararına ihtiyacı vardır. Oysa kamu düzeni istisnası dışında adil yargılanma hakkına ilişkin usuli problemlerin taraflarca ispatlanması için, konu hakkında mahkemeye delil sunulması gerekmektedir⁵⁸⁶.

İki hüküm arasındaki en büyük farkın adil yargılanmaya ilişkin hususlar değerlendirilirken uygulanacak hukuk hakkında olduğu söylenmektedir. Adil bir yargılanmaya ilişkin değerlendirme yapılırken milletlerarası alanda kabul edilen ilkeler esas alınırken, kamu düzeni için tahkim yeri veya tenfiz devletlerinin milletlerarası kamu düzenleri esas alınacaktır⁵⁸⁷. Fakat yukarıda bahsettiğimiz gibi mahkemelerin kamu düzeni istisnasını değerlendirirken gerçek milletlerarası kamu düzenini dikkate almaları halinde iki hususun değerlendirilmesinde benzer hukukların kullanılacağı söylenilebilecektir.

Kamu düzeni kapsamında sadece esasa ilişkin kamu düzeni engellerinin değerlendirilmesi gerektiği çünkü usule ilişkin kamu düzenini ilgilendiren hususların zaten adil yargılanma hükümleri kapsamında değerlendirileceği ileri sürülmüştür⁵⁸⁸. Ayrıca usuli problemlerin tespit edilmesi için hakem

⁵⁸⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.505; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.156; Inglot, **a.g.e.**, s.49; Mercangöz, **a.g.e.**, s.829.

⁵⁸⁶ Inglot, **a.g.e.**, s.52.

⁵⁸⁷ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.711; Wolff, **Public Policy**, s.440.

⁵⁸⁸ Born, **a.g.e.**, s.3688.

kararından fazla unsura ihtiyaç duyulması ve tarafların konu hakkında mahkemeye bir belge sunmaması halinde kamu düzeni istisnası kapsamında mahkemenin usuli problemleri tespit edemeyecek olması sebebiyle, kamu düzeni ile yalnızca esasa ilişkin kamu düzeni problemlerinin değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir⁵⁸⁹. Fakat bu yorum, öncelikle, devletlerin kamu düzeni kavramlarını kendilerinin belirleme yetkisine aykırılık teşkil etmektedir. Yine mahkemelerin kendi kamu düzenlerini ilgilendiren bir konuda, sadece tarafların konu hakkında itirazda bulunması durumunda değerlendirme yapılabileceğinin söylenmesi çok tutarlı değildir⁵⁹⁰. Kamu düzeni kapsamında, gerçek milletlerarası kamu düzeni dikkate alınsa da bu yorum geçerli olacaktır. Mahkemelerin, usuli kamu düzenlerine ilişkin bir sorun tespit etmeleri halinde de konu hakkında re'sen değerlendirme yapacakları söylenebilecektir. Bu sebeple, kamu düzeni kavramının hem maddi hem de usuli hukuku kapsayan bir anlam ifade ettiği kabul edilmektedir⁵⁹¹.

Adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin özel hükümler oldukları ve kamu düzeni hükümleri karşısında uygulanma önceliklerinin bulunduğu da söylenebilecektir. Yani adil yargılanmaya ilişkin usuli bir ihlalin olduğu noktada adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin yerine kamu düzenine ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi *lex specialis derogat lei generali* kuralına aykırılık teşkil edebilecektir⁵⁹². Fakat, adil yargılanmaya ilişkin hükümler tarafların adil bir yargılamaya sahip olmalarını amaçlarken, kamu düzeni hükümleri devletin kamu düzenini korumayı amaçlamaktadır. İki hükmün korumayı amaçladığı unsurlar göz önüne alındığında, iki hüküm arasında

⁵⁸⁹ Inglot, **a.g.e.**, s.55.

⁵⁹⁰ Wolff, **Public Policy**, s.429.

⁵⁹¹ Born, **a.g.e.**, s.1561; Arroyo, **a.g.e.**, s.203; Schwarz/Ortner, **a.g.e.**, s.146.

⁵⁹² Inglot, **a.g.e.**, s.52; Adil yargılanmaya ilişkin özel bir sebep bulunduğu kamu düzeni hükümlerinin uygulanamayacağına dair verilmiş mahkeme kararları da bulunmaktadır. Moses, **Public Policy**, s.176. Örneğin *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.* kararında mahkeme, açıkça *lex specialis derogat lei generali* ilkesine atfı yaparak usuli ihlaller için New York Anlaşması V(II) hükmünden önce V(I) hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, Supreme Court, İsviçre, 8 Şubat 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XI, 1986, s.538-542, p.3.

genel hüküm-özel hüküm kıyaslamasının yapılamayacağı kabul edilmelidir⁵⁹³.

Mahkemelerin yapacakları kamu düzeni değerlendirmesinin, adil yargılanma hükümlerine ilişkin değerlendirme karşısında ikincil bir koruma olduğu kabul edilmektedir. Yani, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin problemlerin, esaslı olarak adil yargılanma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ikincil olarak kamu düzeni kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilecektir⁵⁹⁴. Örneğin, tarafların tahkim yargılamasında ortaya çıkan usuli problemleri ispatlayamamaları halinde mahkemeler, kamu düzeni istisnası ile tarafların adil yargılanmaya ilişkin haklarını koruyabileceklerdir. Aksi yönde bir yorum, tarafların adil yargılanmaya ilişkin hususlara itiraz edebilme haklarına ilişkin getirilen düzenlemenin, işlevsiz kalmasına sebep olabilecektir⁵⁹⁵.

Adil yargılanma hakkı kapsamında ortaya çıkacak her ihlalin kamu düzenine zarar vereceğinin söylenmesi de oldukça zordur. Bu duruma sebep olarak kamu düzenine aykırılık teşkil eden ihlallerin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden ihlallerden daha ağır olmasının aranmasıdır⁵⁹⁶.

Adil yargılanma ve kamu düzeni hükümlerinin, iptal ve tenfiz davalarında değerlendirilmeleri açısından veya taraf iradeleri üzerindeki etkileri açısından tam bir ayırımının yapılması oldukça zordur. Uygulamada taraflar genellikle, usuli ihlalleri ileri sürme konusunda iki hüküm arasında bir fark görmemektedirler⁵⁹⁷. Tarafların, hakem kararlarına veya tenfiz davalarına itiraz ederlerken kamu düzenini bir destekleyici unsur olarak kullandıkları görülmektedir⁵⁹⁸. Mahkemeler, kamu düzeni

⁵⁹³ Wolff, **Public Policy**, s.429.

⁵⁹⁴ Steindl, **a.g.e.**, s.259; *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.* kararında mahkeme, usuli itirazların öncelikle New York Anlaşması V(I) kapsamında incelenmesi gerektiği ardından ikincil olarak V(II) kapsamında incelenebileceğine karar vermiştir. *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, Tribunal Fédéral (Supreme Court), İsviçre, 8 Şubat 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XI, 1986, s.538-542, p.3.

⁵⁹⁵ Inglot, **a.g.e.**, s.53.

⁵⁹⁶ Böckstiegel, **Public Policy**, s.128.

⁵⁹⁷ Inglot, **a.g.e.**, s.49.

⁵⁹⁸ Pavic, **a.g.e.**, s.142.

engelinin kapsamını kendileri belirledikleri gibi, usuli ihlalleri adil yargılanma ilkelerine aykırılık olarak veya kamu düzeni kapsamında değerlendirebilmektedirler. Tarafların, usuli bir ihlal dolayısıyla iddialarını genel olarak kamu düzeni gerekçesine dayandırarak ileri sürdükleri, bu sebeple mahkemenin re'sen ilgili uyuşmazlığı denetleme hakkının ortaya çıktığı görülmektedir⁵⁹⁹.

Türk hukukunda gerek MTK gerekse MÖHUK hükümlerinde savunma haklarına aykırılık hali ile kamu düzeni istisnası ayrı maddelerde düzenlenmişlerdir. Fakat kanun metninde yer alan eksiklikler ve adil yargılanmaya ilişkin hususların sınırlarının belirlenmesinde ortaya çıkan sorunlar sebebiyle savunma hakkına aykırılıkların kamu düzeni engeline de takılabileceği kabul edilmiştir. Bu durum, dolaylı olarak tarafların irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmasına sebep olabilecektir. Türk hukukunda savunma hakları ile kamu düzeni engelinin karıştırıldığı durumlara, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına, tarafların avukatsız yargılanma haklarına ve tahkim yargılamasının süresine ilişkin tartışmalar örnek olarak verilebilecektir.

Tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsız ve bağımsız bir yargılama yürütme yükümlülüklerinin kamu düzeni engeli ile sağlanabileceği doktrinde ileri sürülmüştür⁶⁰⁰. Özellikle MTK kapsamında konunun açıkça düzenlenmemesi hakemlerin tarafsız ve bağımsız bir yargılama yürütme yükümlülüklerinin kamu düzeni engeli kapsamında değerlendirilebilmesine sebep olmaktadır. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere hakemlerin tarafsız ve bağımsız bir yargılama yükümlülükleri kamu düzeni kapsamında değil adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Tarafların, tarafsız ve bağımsız hakemler hakkında sahip oldukları irade serbestisi ve özellikle konu hakkında itiraz haklarından feragat edebilecekleri göz önünde bulundurularak konunun mahkemelerce re'sen dikkate alınması değil, taraflarca itiraz edilmesi halinde değerlendirilmesi tarafların sahip oldukları irade serbestisinin korunması açısından önem teşkil etmektedir⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.156; Scherer, **Due Process**, s.303.

⁶⁰⁰ Nomer, **Devletler Hususi**, s.570; Kalpsüz, **Tahkim**, s.192; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.375-547; Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s.58; Bozkurt, **a.g.e.**, s.387; Mercangöz, **a.g.e.**, s.829.

⁶⁰¹ Tarafların hakemlerin tarafsız ve bağımsızlıkları hakkında sahip oldukları irade serbestisine ilişkin bkz. (İkinci Bölüm-IV-(B)-(2)-(d))

Tarafların tahkim yargılamasında avukat ile savunma yasağı getiren kurum kuralları konusunda anlaşmaları halinin de iddia ve savunma yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle kamu düzeni kavramı dahilinde değerlendirilebileceği söylenmektedir⁶⁰². Fakat tarafların bu yöndeki tercihlerinin kamu düzeni engeli dahilinde değerlendirilmesi tarafların irade serbestisi ile yaptıkları usuli tercihlere aykırılık teşkil edebilecektir. Şöyle ki; tahkim yargılamasında genel olarak avukat ile temsil zorunluluğu kabul edilmemiştir⁶⁰³. Doktrinde, tarafların uygulanması için tercih ettikleri hukuk veya tahkim yeri hukuku emredici kuralları, avukatla temsil zorunluluğu öngörüyor ise dahi tarafların avukatla temsil hakkından vazgeçebilecekleri ileri sürülmektedir⁶⁰⁴. Bu durumda tarafların avukat ile savunma yasağı içeren bir kurumu seçmesi halinin kamu düzeni engeli ile değerlendirilmeyip, taraflarca bir itirazda bulunulursa adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile değerlendirilmesi daha doğrudur. Taraflar sahip oldukları usuli irade serbestisi kapsamında avukat ile temsil yasağını düzenleyen kurum kurallarını seçmektedirler. Bu durumda savunma haklarına ilişkin kamu düzeni ile mahkemelerin doğrudan inceleme yapabileceklerinin söylenmesi, taraflar konu hakkında anlaşmış ve hiçbir itiraz yokken kararın mahkemelerce re'sen değerlendirilebilmesi anlamına gelecektir. Tarafların avukat yasağına ilişkin tercihlerinin eşitlik ve savunma hakkı gibi adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil edip etmediği ancak taraflarca itiraz edilmesi halinde değerlendirilmelidir.

Türk hukukunda, tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır⁶⁰⁵. Bu sebeple doktrinde MTK kapsamında süreye

⁶⁰² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.384.

⁶⁰³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.235.

⁶⁰⁴ Kaplan, **Usul**, s.131; Uyuşmazlığın hukuki olmadığı durumlarda tarafların tercihlerine özellikle saygı duyulması gerektiği savunulmaktadır. Aygöl, **a.g.e.**, s.124.

⁶⁰⁵ Kalpsüz, **Tahkim**, s.229. Yargıtay, HUMK hükümlerine tabi bir yargılamada verdiği kararda, *“(t)ahkim istisnai bir yoldur. İşlevleri arasında öncelikli olan çekişmenin kısa sürede halledilmesidir. Bunun içindir ki, 6 ay olarak öngörülen yasal süreye uyulmamasının sonuçlarının ne olacağı ve bu sürenin ne şekilde uzatılabileceği yasada hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ve açık-seçik gösterilmiştir. Hakemlerin yetkisi, süre ile sınırlı olmakla uyuşmazlığın artık mahkemede çözülmesi gerekeceğinden ve süre tamamlandığında işlemler batıl sayılacağından, tanların daha sonra zaten sona ermiş süreyi uzatması veya bu sebeple batıl olan işlemlere geçerlilik tanınması düşünülemez...Anılan süre kamu düzenine ilişkin olmakla kararın süresi içinde verilip*

ilişkin sınırlamanın, hem savunma hakkına aykırılık olarak ayrı düzenlenen MTK 15(1)(c) hükmü içerisinde hem de kamu düzenine ilişkin MTK 15(2)(b) hükmü içerisinde değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür⁶⁰⁶. Fakat günümüzde milletlerarası ticari tahkim pratiği ve MTK düzenlemeleri göz önüne alındığında tahkim yargılamalarında sürenin kamu düzeni engeli içinde değerlendirilmemesi gerektiği görülecektir. Öncelikle MTK 15(1)(c) uyarınca tahkim süresi, kamu düzeninden ayrı bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Hakem kararının tahkim süresi içinde verilmediğinin, başvuruyu yapan tarafça ispat edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca MTK uyarınca hakem kararı, sürenin geçirildiği için iptal edilirse, taraflar hakemleri ve tahkim süresini yeniden de belirleyememektedirler. Kanun uyarınca hakem kararının süresi içinde verilmediğinin taraflarca ispat edilmesi gerekliliğinin düzenlenmiş olması, ilgili hükmün kamu düzeni içerisinde değerlendirilmeyeceğini açıkça göstermektedir. Yine Kanun koyucu kararın süresi içinde verilmemesi hakkında getirdiği yaptırımlar ile yeterince bir koruma sağlayarak kamu düzeninden gelebilecek ayrı bir korumayı gereksiz kılmıştır. Bu sebeple konu hakkında ayrıca bir kamu düzeni engeline gerek bulunmamaktadır. Sonuç olarak, sürelerle ilişkin hususlar, kamu düzeni istisnası kapsamında değerlendirilmek suretiyle mahkemelerce re'sen dikkate alınmamalı, adil yargılanma haklarına ilişkin hükümler dahilinde tarafların itirazları üzerine değerlendirilmelilerdir.

Sonuç olarak, hakem kararlarının değerlendirilmesinde, usuli ihlallerin kamu düzeni istisnasından ayrı düzenlemelere tabi tutulması, bu konudaki hükümlerin, sadece tarafların iradelerine bırakılması ve taraflarca itirazda bulunulmadığı müddetçe konu hakkında mahkemelerin tahkim yargılamalarına müdahale edememeleri amacını taşımaktadır. Yani, adil yargılanmaya ilişkin hususların ayrıca düzenlenmiş olması, usuli kamu düzeninin etkisine bir sınırlama getirmektedir⁶⁰⁷. Bu durum tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerin korunması açısından önem arz etmektedir. Aksi yönde bir yorum, taraflar arasında

verilmediğinin doğrudan göz önünde bulundurulması zorunludur. Kararın bu süre içinde verilmediği açıklanan nedenlerle tespit edildiğine göre sair hususlar incelenmeksizin kararın bu yönü ile ve HUMK.nun 533 m.sinin 1.bendi uyarınca bozulmasına” diyerek süreyi kamu düzeninden kabul etmiştir. Y. 15. HD. 19.01.1995 T., 1994/2876 E., 1995/164 K., naklen Kalpsüz, **Tahkim**, s.68.

⁶⁰⁶ Kalpsüz, **Tahkim**, s.116.

⁶⁰⁷ Kaya, **a.g.e.**, s.24.

usuli bir problem yokken mahkemelerin re'sen hareket ederek tarafların irade serbestilerinin gereğinden fazla kısıtlamasına sebep olabilecektir⁶⁰⁸. Kamu düzeni istisnasının ikincil bir koruma olduğu akıldan çıkarılmadan, taraflarca itiraz etmedikçe usuli ihlallerin mahkemece re'sen değerlendirilmemesi gerekmektedir. Kamu düzeni kapsamında, adil yargılanmaya ilişkin usuli hükümler değerlendirilecekse de özellikle tarafların tercihleri karşısında gerçek milletlerarası kamu düzeninden gelen hususlar ile kısıtlı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu sayede tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin aşırı kısıtlanmayacağı söylenebilecektir.

3. İrade Serbestisinin Kapsamının Hakem Kararı Verildikten Sonra Mahkemelerce Belirlenmesi Sırasında Dikkat Edilecek Hususlar

a) Mahkemelerin İhlallere İlişkin Sahip Oldukları Takdir Hakkı

Mahkemelerin, iptal ve tenfiz davalarında, iptal ve tenfiz sebeplerini değerlendirme konusunda takdir hakları olduğu kabul edilmektedir. İptal ve tenfize ilişkin düzenlemelerde, tahkim yargılamalarında adil yargılanma standartlarının denetlenmesi açısından azami sınırlar belirlenmiştir. Fakat bu sınırların ihlal edilmesi her seferinde hakem kararlarının iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olmayacaktır. Mahkemelerin konu hakkında ihlale rağmen kararları iptal etmeme veya tenfiz etme yetkileri bulunmaktadır. Bu takdir hakkı, dolaylı olarak tarafların irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Mahkemeler, iptal ve tenfiz davalarında ilgili kriterleri değerlendirirken, liberal bir tutum ile irade serbestisine saygı duyarak sınırları dar yorumlayabilecekleri gibi taraf iradelerini aşırı kısıtlayarak sınırları katı bir şekilde de yorumlayabileceklerdir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Inglot, **a.g.e.**, s.56.

⁶⁰⁹ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.190.

New York Anlaşması kapsamında hakem kararlarının tenfizine engel olabilecek ihlallerin neler olabileceğine dair sınırlı bir düzenleme yapılmış olsa da Anlaşmanın V. hükmü kapsamında mahkemelere, sayılan ihlallerin tespitine ilişkin takdir yetkisi tanındığı kabul edilmektedir⁶¹⁰. Yani Anlaşma uyarınca mahkeme, tenfize engel olan durumları dar yorumlayabileceği gibi bu durumların gerçekleşmesine rağmen tenfiz kararı da verebilecektir. Anlaşmanın V. hükmünde, hakem kararların tenfiz edilmemesine ilişkin “-e bilir” (“*may*”) olasılık fiilinin kullanılmasının, mahkemelere bu yetkiyi verdiği kabul edilmektedir⁶¹¹. New York Anlaşmasının amacı, hakem kararlarının tenfiz edilmesinin kolaylaştırılması ve mahkemelerin sadece Anlaşma kapsamında sayılan sebeplerle hakem kararlarının tenfizini reddetmeleridir. Bu sebeple eğer mahkemeler, ilgili tenfiz ret sebepleri olmasına rağmen hakem kararını tenfiz etmek istiyorlarsa, mahkemelere bu takdir yetkisinin verilmesi gerekmektedir⁶¹².

Model Kanun hükümleri değerlendirilirken, New York Anlaşmasında olduğu gibi, mahkemelerin hakem kararları hakkında açılan iptal davalarına ilişkin takdir hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Model Kanun 34(2) hükmünde yer alan ifade New York Anlaşmasında kullanılan ifade ile aynıdır, bu sebeple de Model Kanun kapsamında da mahkemelere takdir hakkı verildiği kabul edilmelidir⁶¹³.

⁶¹⁰ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.707; Kalpsüz, **Tahkim**, s.217; Paulsson, **Local Standard**, s.7; Akıncı, **Tenfiz**, s.72; Paulsson, **Delocalisation**, s.60; Ekşi, **Tenfiz**, s.151; Bahçekapılı Vincenzi, **a.g.e.**, s.77.

⁶¹¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.623; Jarvin, **Procedure**, s.734; 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonunda tenfiz yeri mahkemelerinin bir tenfiz engeli tespit ettiklerinde tenfiz kararı vermemeleri gerektiği emredici olarak (“*shall be refused*” ifadesi ile) düzenlenmişti. Oysaki; New York Anlaşmasında, mahkemelerin tenfiz engellerini tespit etmelerine rağmen tenfiz kararı vermelerini engelleyen herhangi bir tabir, özellikle, kullanılmamıştır. UNCITRAL Secreteriat, **a.g.e.**, s.125; Her ne kadar Anlaşmanın Fransızca versiyonunda kullanılan fiil sebebiyle konu hakkında mahkemelere takdir yetkisi verilmemiş gibi bir yorum yapılabilecekse de İngilizce, Çince, İspanyolca ve Rusça versiyonlarında mahkemelere takdir hakkı veren fiiller kullanılması, Anlaşma kapsamında mahkemelere takdir yetkisi tanındığını göstermektedir. Paulsson, **May or Must**, s.229.

⁶¹² Borris/Hennecke, **Article V**, s.276; Fakat, New York Anlaşmasında yer alan olasılık fiilinin (“*may*”) kedilerine bir takdir hakkı kazandırdığını kabul etmeyen farklı tenfiz mahkemeleri de bulunmaktadır. van den Berg, **Setting Aside**, s.16.

⁶¹³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.623; Model Kanun İngilizce 34(2) hükmü: “(*a*)n arbitral award **may** be set aside by the court”.

Türk hukukunda da mahkemelerin, iptal ve tenfiz davalarında takdir hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi, milletlerarası ticari tahkim doktrin ve uygulamasına uygun bir yorum olacaktır. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin MÖHUK 62 hükmünde yer alan “*yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder*” ifadesi sebebiyle, mahkemelere tenfiz davalarında bir takdir hakkı tanınmadığı kabul edilmektedir⁶¹⁴. Fakat hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında çoğunlukla New York Anlaşması hükümlerinin uygulanacağı dikkate alındığında, MÖHUK hükümlerinde yer alan kısıtlayıcı yorumun uygulama alanının çok dar olduğu söylenebilecektir. Mahkemelerin, tanıma ve tenfiz davalarında New York Anlaşması hükümleri uyarınca takdir haklarının olduğunun kabulü karşısında, iptal davalarında MTK hükümleri uyarınca takdir hakkına sahip olup olmadıkları bir kesinlik taşımamaktadır. MTK 15 hükmünde yer alan “*(h)akem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir*” ifadesinin mahkemelere takdir hakkı tanıdığı söylenebilecektir. Doktrinde hükmün mahkemeye bir yetki tanımadığı ve iptal sebeplerinden birinin varlığı halinde mahkemenin iptal kararı vermesinin zorunlu olduğu ileri sürülmektedir⁶¹⁵. Kanaatimizce bu yorum çok kısıtlayıcı bir yorumdur. MTK kapsamında düzenlenen kimi iptal sebepleri değerlendirildiğinde, mahkemelere konu hakkında takdir hakkının özellikle verilmesi gerektiği söylenebilecektir. Örneğin MTK 15(1)(c) hükmü uyarınca düzenlenen, hakem kararının süresi içinde verilmemesine ilişkin iptal sebebi hakkında mahkemelerin takdir hakkının olmadığı kabul edilmesi, hakkaniyete aykırı sonuçlar verebilecektir. Hükmün tahkim süresinin geçirilmesi halinde hakem kararlarının doğrudan iptal edilmesi gerektiğine dair yorumlanması halinde, sağlıklı yürütülen bir yargılama sonunda verilen hakem kararının iptal edilmesine sebep olunabilecektir⁶¹⁶. Bu durum daha ağır sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabileceği gibi tarafların cezalandırılması anlamına da gelebilecektir⁶¹⁷. Mesela tahkim süresi sadece bir hafta geçirilmiş hakem kararları hakkında mahkemelere takdir hakkı tanınmaması çok ağır sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Hükmün uyarınca tahkim süresi geçirildiği için iptal edilen hakem kararları ile hakemlerin yaptıkları bütün işlemler geçersiz hale

⁶¹⁴ Kalpsüz, **Tahkim**, s.192; Akıncı, **Tenfiz**, s.204.

⁶¹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.673.

⁶¹⁶ Süral, **a.g.e.**, s.1396.

⁶¹⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.255-407.

gelecek ve hakem kurulunun yetkisi ortadan kalkacağı için taraflar yeni bir tahkim anlaşması yapmadıkları müddetçe tekrardan tahkim yargılamasına da başvuramayacaklardır. Bu kadar ağır sonuçlara sahip bir iptal sebebi hakkında mahkemelerin takdir yetkisine sahip olmadığı kabulü irade serbestisi ve bu serbesti kapsamında yapılan yargılamaların aşırı kısıtlanması anlamına gelecek, tahkim yargılamalarından elde edilmeye çalışılan avantajlar engellenecektir. Bu durumların önüne geçilmesi için mahkemelere, diğer milletlerarası düzenlemelerde olduğu gibi iptal ve tenfiz davalarında takdir hakkının tanınmış olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

New York Anlaşması ve Model Kanun düzenlemeleri ile, tarafların irade serbestileri ile tahkim yargılamasının usulü hakkında verdikleri kararlara öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu sebeple mahkemelerin özellikle tenfiz davalarında; tahkim yeri hukuku emredici olarak tek sayıda hakem belirlenmesini isterken tarafların anlaşması uyarınca çift sayıda hakem ile verilen kararları, tahkim yeri hukuku kendi dilinin kullanılmasını emredici olarak isterken tarafların anlaşmaları uyarınca farklı bir dilde verilen kararları, tahkim yeri hukukunun belirlediği sürelerin taraf iradeleri ile aşıldığı kararları, tahkim yeri hukukunun hakemlerin bağımsızlıklarına ilişkin belirlediği unsurların tarafların anlaşmaları ile esnetildiği kararları veya tahkim yeri hukuku hakem kararlarının gerekçeli olması gerektiğini söylerken gerekçesiz verilen kararları, mahkemelere tanınan takdir yetkisi kapsamında tenfiz edebilmelilerdir⁶¹⁸. Aynı şekilde iptal davalarında da tarafların tercihleri ve tahkim yeri emredicinin kurallarıyla karşı karşıya geldiklerinde hakimlerin, hakem kararlarını doğrudan iptal etmek yerine kendilerine tanınan takdir yetkisi kapsamında değerlendirme yapmaları, taraflara tanınan irade serbestisinin desteklenmesi açısından önem teşkil edecektir.

Mahkemeler iptal ve tenfiz davasında sahip oldukları takdir hakkı kapsamında değerlendirme yaparken iptal sebeplerini ve tenfiz engellerini de dar

⁶¹⁸ Her ne kadar yazar bu örnekleri sıralasa da bahsedilen örneklerde yer alan unsurların adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilecekleri için tenfiz edilemeyeceklerini de kabul etmektedir. Born, **a.g.e.**, s.1561-1562.

yorumlamalıdır. Bu sayede tarafların usuli irade serbestilerine öncelik verilebilecek ve tarafların irade serbestileri desteklenebilecektir. New York Anlaşması kapsamında hakem kararları değerlendirilirken, Anlaşmanın da ruhuna uygun olarak, tarafların usuli tercihlerini kısıtlayan ve tenfizi engelleyen şartların dar yorumlanması gerekmektedir⁶¹⁹. Aynı şekilde Model Kanun hükümlerinde yer alan iptal sebeplerinin de dar yorumlanması gerekmektedir. Mahkemelerce takdir hakkı kullanılırken ilgili düzenlemelerin amaçları değerlendirilmeli ve bu amaç doğrultusunda dar yorum yapılmalıdır. New York Anlaşması hakem kararlarının tenfizinin arttırılması ve hakem kararlarının mahkemeler tarafından denetlenmesinin kısıtlanmasına yönelik düzenlemeler getirmektedir⁶²⁰. Model Kanun hükümleri de tarafların irade serbestilerinin sadece adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile kısıtlanarak tahkim yeri ülkesinde adil bir yargılamanın gerçekleşmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple New York Anlaşması hükümleri değerlendirilirken, kısıtlamaların hakem kararlarının tenfizinin desteklenmesi için düzenlendiği; Model Kanun hükümleri değerlendirilirken, sınırlamaların adil yargılanmaya ilişkin temel unsurları korumak amaçlı düzenlendikleri unutulmamalıdır. Bu yorum yöntemi tarafların tercihlerine uygun verilmiş hakem kararlarının iptal edilmeyerek veya tenfiz edilerek, taraf iradelerinin üstün tutulmasını dolaylı olarak sağlayacaktır. Mahkeme kararları incelendiğinde de New York Anlaşması kapsamında hakem kararlarının tenfizini değerlendiren mahkemelerin, Anlaşmada yer alan unsurları dar yorumladıkları veya yorumlaya çalıştıkları gözlemlenmektedir⁶²¹.

Mahkemelerce, iptal ve tenfiz sebepleri arasında ortaya çıkan ihtilaflar değerlendirilirken de dar yorumlama yöntemi kullanılmalıdır. Hakem kararları hakkında açılan iptal veya tenfiz davalarında, bir uyuşmazlık hakkında farklı iptal

⁶¹⁹ Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.706; Ekşi, **Tenfiz**, s.154; Akıncı, **Tenfiz**, s.161; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.125; Steindl, **a.g.e.**, s.261; Inglot, **a.g.e.**, s.44; ABD Yüksek Mahkemesi *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.* kararında New York Anlaşması kapsamında yapılan itirazların milletlerarası alanda hakem kararlarının tenfizinin desteklenmesi için dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 02-20042; 03-20602, 23 Mart 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.1262-1297, p.7.

⁶²⁰ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.125.

⁶²¹ Dickson, **a.g.e.**, s.122; Gloster, **a.g.e.**, s.323; Gül, **a.g.e.**, s.364.

sebeplerinin ve tenfiz engellerinin aynı anda değerlendirilmesi gerekebilecektir. Bu ihtilaf, uyuşmazlıktan kaynaklanabileceği gibi iptal sebeplerinin veya tenfiz engellerinin kimi durumlarda benzer sorunlara ilişkin düzenleme getirmelerinden de kaynaklanabilmektedir. İptal sebepleri veya tenfiz engelleri arasında çıkabilecek ihtilaflarda, her bir kriterin özel olarak değerlendirilmesi gereklidir. Mahkemelerin kriterlerden bir tanesini seçmek, bir tanesini uygulamak veya hiç birisini dikkate almadan karar vermeye yönelik takdir hakları bulunmaktadır. Bu tercih anında kriterler arasında dar yorum yöntemi uygulanmalıdır. Bu sebeple tarafların irade serbestileri ile farklı kriterlerin, örneğin tahkim yeri emredici hükümlerinin, adil yargılanma veya kamu düzenine ilişkin kriterlerin çatışması halinde, tahkim yargılamasında taraflara tanınan serbestinin korunabilmesi için öncelikle taraf iradeleri dikkate alınmalı ve kriterler dar yorumlanmalıdır.

Tarafların usuli irade serbestilerinin sınırının adil yargılanmaya ilişkin hükümler olduğu kabul edilirken, tarafların irade serbestileri ile adil yargılanma ve kamu düzenine ilişkin hususlar arasında çıkan ihtilaflar değerlendirilirken özellikle dikkatli olunmalıdır. Adil yargılanma ve kamu düzenine ilişkin usuli irade serbestisinin sınırları *lex proceduralia* kapsamında belirlenirken, taraf iradelerine öncelik tanıyan bir yaklaşım sergilenmelidir. Tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestileri veya bu serbesti ile yaptıkları tercihler değerlendirilirken kamu düzeni istisnasının özellikle dar yorumlanması gerekmektedir⁶²². Kamu düzeni

⁶²² Tarafların tercihleri değerlendirilirken, adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin nasıl dar yorumlanması gerektiğine ilişkin İspanyol ve İsveç Yüksek Mahkemelerinin kararları örnek olarak verilebilecektir. *Rosso e Nero GaststättenbetriebsgmbH (Austria) v. Almendra Industrial Catalana, SA (ALICSA) (Spain)* kararına konu uyuşmazlıkta, davalı İspanyol şirket, tebligatların İngilizce ve Almanca yapıldığını, bu sebeple ilgili metinleri anlamadığını ve bu durumunda adil yargılanma ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini iddia ederek açılan tenfiz davasına itiraz etmiştir. İspanyol Yüksek Mahkemesi itirazı New York Anlaşması V(1)(d) ve V(2)(b) hükümleri kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesi için Hamburg Ticaret Odasını seçtiklerini ve Odanın tahkim kuralları uyarınca hakemlerin tahkim yargılamalarında kullanılacak dile karar verebileceklerini tespit etmiştir. İspanyol şirketin yabancı dilde yargılama yapabilecek bir kurum dahilinde tahkimin yürütülmesini kabul etmesi ve tahkim yargılamasında kullanılan dilin, esas sözleşmenin yazıldığı dille aynı olması sebebiyle tarafın itirazı kabul edilmemiştir. *Rosso e Nero GaststättenbetriebsgmbH (Austria) v. Almendra Industrial Catalana, SA (ALICSA) (Spain)*, Tribunal Supremo (Supreme Court), Civil Chamber, İspanya, No.316/2002, 27 Ocak 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXII, 2007, s.597-602, p.4-6-7-9; İsviçre Yüksek Mahkemesine konu olan tenfiz davasında da mahkeme, tenfiz engellerinin New York Anlaşması V hükmü kapsamında sınırlı sayıda düzenlendiğini vurgulayarak tahkim yargılamasına davetin tahkim yeri dili ile yapılmasının, karşı taraf bu dili anlamasa bile, bir tenfiz engeli olarak kabul edilemeyeceğine karar

kavramının kesin sınırlarının olmaması uygulamada sorunlar çıkarmaktadır. Tarafların her tercihinin kamu düzeni kapsamında adil olmayan sonuçlar doğuracağını ve kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini düşünmek tahkim yargılamasının uygulamasına aykırılık teşkil edecektir. Tahkim yargılamasında tarafların yaptıkları tercihlerin her seferinde kamu düzenine takılacak olması, tarafların irade serbestisi üzerinde aşırı bir kısıtlama getirecek ve tahkim yargılamasının işleyişini sekteye uğratacaktır. Tarafların mahkemelerin her halükârda kamu düzeni kriterini kullanarak tahkim yargılamasında ilişkin iradelerine müdahale edecekleri hissiyatına kapılmaları, tahkim yargılamalarının işlevselliği azaltacak ve tahkim yargılamasından vazgeçilerek farklı alternatif çözüm yollarının aranmasına sebep olacaktır. Bu sebeple usuli olarak kamu düzeni istisnası kapsamında, milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninden gelen, adil yargılanmaya ilişkin hususların değerlendirildiği dar yorum yöntemi kullanılmalıdır.

Mahkemelerin iptal ve tenfiz davalarında hakem kararlarının adil yargılanmaya ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine dair inceleme yapabilmeleri için tarafların konu hakkında itiraz etmiş olmaları aranırken, kamu düzenine ilişkin hükümlerin değerlendirilmesinde mahkemeler re'sen hareket edebileceklerdir⁶²³. Mahkemeler, adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduklarına karar vererek re'sen hareket etme yanlısı olabileceklerdir. Bu durum da kamu düzeni istisnası ile tarafların usuli irade serbestilerinin gereğinden fazla kısıtlanmasına sebep olabilecektir. Tarafların irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmaması için mahkemelerin, adil yargılanmaya ilişkin hususlarda hakem kararlarını değerlendirirken, kamu düzeni kapsamında re'sen hareket etmekten çekinmeleri gerekmektedir.

Uygulamada mahkeme kararlarına bakıldığında, mahkemelerin genellikle hakem kararlarına saygı duydukları ve çok nadir olarak hakemlerin verdikleri usuli kararlar sebebiyle hakem kararlarını iptal ettikleri veya tenfiz etmedikleri

vermiştir. *N.Z. v. I.*, Appellationsgericht (Court of Appeal), Basel-Stadt, İsviçre, 27 Şubat 1989, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XVII, 1992, s.581-583, p.5.

⁶²³ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.124.

görülmektedir⁶²⁴. Mahkemeler, kamu düzenini etkilemediği müddetçe tarafları kendi tercihlerinden korumayı mahkemenin bir görevi olarak görmemektedirler⁶²⁵. Mahkemeler, tarafların irade özgürlükleri çerçevesinde şekillendirdikleri tahkim yargılaması sonucu verilen kararları, tarafların tercihlerine aykırı olarak iptal etmediği veya tenfiz ettiği uygulamada görülmektedir. Özellikle hibrit tahkim yargılamalarına yönelik mahkemelerin verdiği kararlar incelendiğinde, tarafların karmaşık veya kendilerine zarar verebilecek tercihlerinin de mahkemeler tarafından tanınıp tenfiz edildiği gözlenmektedir⁶²⁶.

b) Mahkemelerin İhlallerin Ağırlığına İlişkin Yapacakları Değerlendirme

Hakem kararları hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında, değerlendirilecek kriterlere aykırılık yeterli olarak kabul edilebileceği gibi aykırılığın, belirli bir ağırlığa sahip olması veya tahkim yargılamasına ve hakem kararına etki etmiş olması da aranabilecektir. Konu hakkında milletlerarası düzenlemelerde genellikle açık bir hüküm bulunmazken, mahkemelerin hakem kararlarını değerlendirirken esas alacakları bu yöntem farkı, tarafların tahkim yargılamasının usulü hakkında sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesinde önem teşkil etmektedir. Özellikle, tarafların tercihlerine aykırı yapılan yargılamalar sonunda verilen hakem kararlarının ve emredici hükümler aksine taraf tercihleri doğrultusunda verilen hakem kararlarının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi, aykırılığın mahkemelerce nasıl değerlendirileceğine göre değişecektir.

Milletlerarası düzenlemeler incelendiğinde, hakem kararlarının iptal edilmeleri veya tenfiz edilmemeleri için usuli ihlaller ile hakem kararı arasında nasıl bir nedensellik ilişkisinin aranması gerektiğine ilişkin çoğunlukla düzenleme getirilmediği, konunun düzenlenen kuralların yorumlanması ile çözümlendiği

⁶²⁴ Hatta bir kararda mahkeme, hakemi, usuli konularda verdiği kısıtlayıcı kararlar ile tahkim yargılamasını bir sirke çevirmediği için tebrik bile etmiştir. *Killam v Brander-Smith*, British Columbia Yüksek Mahkemesi, Kanada, No.456, 1997, p.15, naklen Berger/Jensen, **a.g.e.**, s.423 dn.41.

⁶²⁵ Berger, **Paradox**, s.483.

⁶²⁶ Hibrit yargılamalar hakkında bkz. (Üçüncü Bölüm-III-(B))

görülmektedir. New York Anlaşması ve Model Kanunda da konu hakkında açık bir düzenleme yapılmamıştır⁶²⁷. Model Kanunun yapım aşamasında konu birçok kez tartışma konusu olmuştur. Tartışmalar sonunda konuya ilişkin özel bir hükmün Kanun metnine koyulmamasının gerekçesi olarak, mahkemelerin sahip oldukları takdir yetkisi kapsamında her bir uyuşmazlık için değerlendirme yapmaları gerektiği gösterilmiştir. Yani Model Kanun uyarınca mahkemeler, her bir somut uyuşmazlık için, düzenlemelere aykırılık teşkil eden ihlalin hakem kararı üzerindeki etkisine ilişkin özel bir değerlendirme yapacaklardır⁶²⁸. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin milli hukuk düzenlemelerinde ise farklı uygulama ve düzenlemeler yer almaktadır⁶²⁹.

Model Kanun hükümleri dikkate alınarak düzenlenen MTK'da, Model Kanun aksine konu hakkında açık bir hüküm yer almaktadır. MTK 15(1)(f) uyarınca hakem kararının iptal edilebilmesi için *“(t)ahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu...”* belli olmalıdır. Yani MTK uyarınca bir hakem kararının tarafların anlaşmasına uymadığı için iptal edilebilmesi için tarafların anlaşmasına uyulmamasının kararın esasına etki etmiş olması aranacaktır⁶³⁰. Fakat aynı hususun diğer iptal sebepleri için geçerli olup olmadığı bir kesinlik teşkil etmemektedir. Türk hukuku uyarınca mahkemelerin iptal sebepleri hakkında takdir hakkına sahip olduklarının kabulü ve bu takdir hakkı kapsamında usuli ihlalin kararın esasına etkili

⁶²⁷ New York Anlaşmasında konu hakkında açık bir düzenleme olmadığı için usuli ihlallerin hakem kararının esasına etkili olması gerektiği fikrini kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır. Kalpsüz, **Tahkim**, s.243; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.987.

⁶²⁸ Model Kanun için hazırlanan Komisyon Raporu uyarınca, hakem kararının sonucunu etkilesin veya etkilemesin hükmünde yer alan iptal sebeplerinin, hakem kararını iptal edebileceği vurgulanmıştır. Binder, **a.g.e.**, s.449; Fakat bununla birlikte Model Kanun 34(2) hükmünde yer alan *“(a)n arbitral award may be set aside by the court”* ifadesinin, mahkemelere, var olan usuli ihlali ve etkisini değerlendirme konusunda takdir yetkisi tanıdığı kabul edilmektedir. Holtzmann/Neuhaus, **a.g.e.**, s.922.

⁶²⁹ İsveç ve Fransız hukuklarında bir hakem kararının iptal edilebilmesi için, itiraz edilen hususun hakem kararını etkilemesi aranmaktadır. İngiliz hukukuna göre de hakem kararının iptal edilebilmesi için itiraz edenin önemli derecede haksızlığa uğramış olması aranmaktadır. Moss, **Mandatory Rules**, s.226; Khanna, **a.g.e.**, s.428; Fakat bu genellemeler de tam olarak bir kesinlik taşımamaktadır. Örneğin Fransız hukukunda iptal veya tenfiz reddi kararı verilebilmesi için ihlalin karara yansımalarının gerekli olmadığı da kimi yazarlarca savunulmaktadır. Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.929.

⁶³⁰ Doktrinde, MTK kapsamında usuli ihlallerin kararın esasına etkili olmasının aranmasının, esasa girme yasağına aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür. Kalpsüz, **Tahkim**, s.138.

olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. MTK kapsamında usuli ihlalin kararın esasına etkili olmasının ne anlama geldiği veya hangi usuli ihlallerin kararın esasına etkili olarak kabul edilebileceği özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple usuli ihlallerin karar sonucunu nasıl etkileyebileceğine dair ihlal ile kararın sonucu arasında aranması gereken bağın, milletlerarası alanda kabul edilen kriterler kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin yapılan düzenlemelerde hakem kararlarının iptaline ve tenfizine ilişkin belirlenen hususlardan hangilerinin, hakem sonucunu etkilesin veya etkilemesin hakem kararlarının iptaline sebep olacağına veya tenfiz engeli olarak kabul edileceğine ilişkin düzenleme yapılması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır⁶³¹. Bu sayede hangi hususların sonucu etkilemese dahi hakem kararlarını iptal edebilecekleri veya tenfizi engelleyebilecekleri tespit edilebilecek ve hakem kararlarının iptali ve tenfizine ilişkin bir öngörülebilirlik sağlanacaktır. Bu öngörülebilirlik, tarafların usuli olarak ilgili kurallar hakkında tercihte bulunmalarını da kolaylaştıracaktır. Fakat konu hakkında açık bir düzenleme olmadıkça, mahkemelerin konu hakkında takdir haklarını kullanarak karar vermeleri gerekecektir.

Doktrin ve uygulamada mahkemelerin iptal ve tenfiz davalarında kullanacakları takdir hakkına ilişkin, farklı yöntemler ileri sürülmüştür. İhlal ile hakem kararı arasında bir bağa gerek olmadığı savunulduğu gibi, ihlal ile karar arasında bir bağın olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. İhlal ile karar arasındaki bir bağın olması gerektiğini savunan görüş uyarınca bu bağın nasıl tespit edileceğine ilişkin yine farklı görüşler bulunmaktadır.

İptal ve tenfiz davalarında kimi hususların, hakem kararının sonucunu etkilesin veya etkilemesin kararların iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olacakları ileri sürülmüştür. Özellikle, hakem kararını etkilemese bile adil yargılanmaya ilişkin temel ilkelere konu ihlallerin iptal sebebi veya tenfiz engeli

⁶³¹ Moss, **Mandatory Rules**, s.227.

oluşturmalarının, bu ilkelerin korudukları unsurların sadece bireysel ilişkiler değil yargılamaya ilişkin temel unsurlar olmasından kaynaklandığı doktrinde savunulmaktadır⁶³². Örneğin savunma hakkının ihlal edildiği bir hakem kararında, her ne kadar savunma hakkının ihlal edilmiş olması kararın sonucunu etkilemese de kararın, iptal edileceği veya tenfiz edilmeyeceği ileri sürülmüştür⁶³³. Yine hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin genel usul hukuku ilkeleri ihlal edilmiş ise, ihlal sonucu kararda tespit edilemese dahi hakem kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi gerektiği söylenmektedir⁶³⁴. Fakat adil yargılanmaya ilişkin hususlara uyulmamasının doğrudan iptal veya tenfiz engeli olarak kabul edilmesi, hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkartabilecektir. Eğer ihlal ile hakem kararı arasında bir nedensellik bağı aranmaz ise mahkemelerin tahkim yargılamasına aşırı müdahalesi söz konusu olabilecektir. Tarafların özellikle emredici kurallar aksine yaptıkları tercihler ve bu tercihlerin hakem kararına etkisi değerlendirilmeden kararlar iptal edilebilecekleri ve tenfiz edilmeyecekleri için taraf iradelerinin aşırı kısıtlanması söz konusu olabilecektir. Tarafların tahkim yargılamalarına ilişkin usuli irade serbestilerinin bu şekilde kısıtlanması da tarafların tahkim yargılaması ile elde etmeye çalıştıkları usuli esnekliğe aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple adil yargılanmaya ilişkin dahi olsa aykırılığın hakem kararına yansımış olması aranmalıdır.

Hakem kararlarının iptal edilmesi veya tenfizinin engellenmesi için aranan usuli ihlaller ile hakem kararları arasında nedensellik bağı aranması gerekmediğine dair görüş karşısında genel görüş uyarınca, tahkim yargılamasının sonucunu etkileyebilecek ihlal ile hakem kararının sonucu arasında kuvvetli ve yoğun bir nedensellik bağının aranması gerektiği ileri sürülmektedir⁶³⁵. Örneğin, bu görüş

⁶³² Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.987; Aygöl, **a.g.e.**, s.123; Ryabinin, **a.g.e.**, s.12; Örneğin İsviçre hukukunda hakemlerin yetkilerini aşarak verdikleri veya adil yargılanma ilkelerine aykırılık teşkil eden hakem kararlarının, ilgili ihlalin kararın sonucunu değiştirip değiştirmediği veya ihlal olmasaydı farklı bir karar verilip verilemeyeceğine bakılmadan iptal edileceği kabul edilmektedir. Karrer, **Switzerland**, s.872.

⁶³³ Aygöl, **a.g.e.**, s.123; Nacimiento, **a.g.e.**, s.299.

⁶³⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.706.

⁶³⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.590; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.675; Steindl, **a.g.e.**, s.282; Öztekin Gelgel, **New York**, s.1158; Kaplan, **Usul**, s.180; Örneğin, *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shanzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co.* kararında Hong Kong Yüksek Mahkemesi,

uyarınca taraf iradelerine aykırı yapılan işlem sonucunda verilen kararın iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi için ortaya ağır bir ihlalin çıkması veya taraflardan biri aleyhine bir sonuç doğurması aranmalıdır⁶³⁶. Adil yargılanmaya ilişkin hususların da tahkim yargılamasına yanması gereklidir⁶³⁷. Bu durumun tahkim yargılamalarının usul ekonomisi ilkesi kapsamında yürütülmesi ve hakkaniyetli kararlar verilmesi için de gerekli olduğu kabul edilmektedir⁶³⁸. Zaten ihlal, tahkim yargılamasında veya hakem kararı sonucunda bir haksızlığa sebep olmuyor ise tarafların savunulacak bir hakkı da olmayacaktır⁶³⁹. Özellikle emredici kurallar aksine yapılan bir tercih sonucunda verilen hakem kararında da kural aksine yapılan tercihin hakem kararında ağır bir ihlale sebep olmasının aranması gereklidir. Bu yöntem ile yapılacak değerlendirme sonucunda, her ihlalin kendi özel durumunun değerlendirilmesi suretiyle, usuli ihlaller hakkında hakkaniyete uygun ve tarafların tercihlerinin dikkate alındığı kararlar verilebilecektir.

tarafların talep ettikleri listeden değil de başka bir listeden atanan hakemlerin, tenfiz engeli oluşturmayacağına karar vermiştir. Başka bir listeden hakem atanmasının, hakem kararı üzerinde ağır bir ihlal ortaya çıkarmayacağı kabul edilmiştir. *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 Temmuz 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XX, 1995, s.671-680, p.29.

⁶³⁶ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.199; Jarvin, **Procedure**, s.7412; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.278; Kaplan, **Usul**, s.57; Inglot, **a.g.e.**, s.64; Örneğin, ABD mahkemelerine konu olan bir uyuşmazlıkta hakem kararının iptal edilmesi için mahkemeye başvurulmuştur. Kararın iptalini isteyen taraf, tahkim yargılamasının aralarındaki anlaşmaya uygun olarak yürütülmediğini bu sebeple de kararın iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme tahkim anlaşmasında tarafların tahkim yargılamasının AAA hükümleri ile yürütülmesi konusunda anlaştıklarını ve yargılama sırasında kimi AAA kurallarına uyulmadığını tespit etmiştir. Mahkeme; kimi usuli işlemlerin AAA'ya bildirilmediğini, AAA tarafından talep edilen gerekli ücretlerin ödenmediğini ve kimi konularda tarafların bilgilendirilmediğini tespit etmiştir. Mahkeme bununla birlikte bir usuli ihlalin iptal sebebi olabilmesi için ihlalin, hakkı yenen tarafa esaslı zarar vermesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme bu yorum tarzının New York Anlaşmasının hakem kararlarının tenfizi destekleyici yapısı ile de uyumlu olduğunu ileri sürmüştür. *P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others*, United States District Court, Southern District of New York, Amerika Birleşik Devletleri, 92 Civ. 4623 (MGC), 21 Aralık 1992, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XIX, 1994, s.788-791, p.4.

⁶³⁷ *German (F.R.) charterer v. Romanian shipowner* kararında da mahkeme, hakem kurulu belirlenirken bir tarafın tercihinin ağırlıkta olmasının, hatta uyuşmazlığa tabi yargılamada hakemin bir tarafça atanmasının doğrudan bir tenfiz ret sebebi olmayacağını, tek başına karar veren hakemin tahkim yargılaması üzerinde haksız işleminin tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. *German (F.R.) charterer v. Romanian shipowner*, Federal Supreme Court, Almanya, 15 Mayıs 1986, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XII, 1987, p.5.

⁶³⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.278.

⁶³⁹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.95; van den Berg, **Setting Aside**, s.6.

Milletlerarası ticari tahkimde, her ihlal içeren hakem kararının doğrudan iptal edilmemesi veya tenfizinin engellenmemesi, tahkim yargılaması sonunda ortaya çıkan her kararın adil yargılanma hakkı ve kamu düzeni şemsiyesi altında değerlendirilmesi gerektiği haklı olarak savunulsa da konuya ilişkin değerlendirmenin nasıl yapılacağı bir kesinlik taşımamaktadır⁶⁴⁰. Bu değerlendirmede ihlaller ve hakem kararları arasındaki bağlantı, objektif ve sübjektif kriterlere göre yapılabilecektir. Hakem kararı ile ihlal arasındaki bağlantının karardan anlaşılabilir olması veya ihlal olmasaydı kararın farklı çıkabileceğinin ispatlanması ile objektif bir değerlendirme yapılabilecekken, tarafların konu hakkında tercihlerinin değerlendirilmesi ile sübjektif bir değerlendirme de yapılabilecektir.

İptal veya tenfiz davalarında hakemlerin adil yargılanmaya ilişkin hususlarda aykırı veya hatalı işlem yaptığı hakem karardan anlaşılmadığı müddetçe hakem kararlarının iptal edilmemesi veya tenfiz edilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir⁶⁴¹. Hakem kararında yer alan ihlalin tahkim yeri veya tenfiz yeri ülkesi için katlanamaz boyutta, ağır olması aranabilecektir⁶⁴². Fakat tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarından, tahkim yargılamasında yapılan adil yargılanmaya aykırılık teşkil eden usuli ihlallere veya etkilerine dair değerlendirme yapılması oldukça zordur. Bu sebeple usuli ihlallerin kararın iptaline sebep veya tenfizine engel olabilmesi için farklı yöntemlerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında her bir usuli ihlal hakem kararının sonucunu doğrudan etkilemeyeceği için, yapılan usuli ihlal olmasaydı yargılama sonunda verilen hakem kararının sonucunun farklı bir yönde olup olmayacağı değerlendirilebilecektir. Tarafların usuli tercihleri aksine verilen hakem kararlarında, tarafların tercihlerine uyulmamasının sonucunun kararın sonucunu

⁶⁴⁰ Petrochilos, **a.g.e.**, s.123.

⁶⁴¹ Petrochilos, **a.g.e.**, s.149; Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.28.

⁶⁴² Örneğin Kanada hukukuna göre, bir hakemin yetkili makam önünde yemin ederek yargılamaya başlama gerekliliği Kanada hukuku için emredici bir kural olarak kabul edilse de bu ihlal, tenfiz yeri ülkesinde, tahkim yargılamasını etkileyen ağır bir ihlal olarak kabul edilmez ise kararın tenfizine karar verilebilecektir. Kaplan, **Usul**, s.92.

değiştirebilecek vahamette olması aranacaktır⁶⁴³. Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların tercihleri aksine yapılan işlemlerin iptale sebep veya tenfizine engel olabilmesi için, usuli ihlal olmasaydı hakem kurulunca farklı bir karar verilebileceğinin ispatlanması aranacaktır⁶⁴⁴. Örneğin, tarafların tahkim anlaşması ile farklı bir tebligat yoluna karar vermeleri mümkündür. Fakat bu tercihe uymadan yapılan tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararına karşı, taraf tahkim yargılamasından bir şekilde haberdar edilmiş ise, hakem kararının tarafların iradelerine uygun olarak verilmediği sebebiyle itiraz edilemeyecektir⁶⁴⁵. Buna sebep olarak da tarafların tahkim yargılaması ile aslında şekli formalitelerden kurtulmak istedikleri, kendi tercihleri sonucu koydukları şekli kurallara uyulmamasının da ağır usul ihlalleri sonucu doğurmayacağı gösterilmektedir⁶⁴⁶. Yine tarafların emredici kurallara aykırı bir tebligat yöntemi konusunda anlaşmaları halinde taraflar tahkim yargılamasından haberdar olmuşlar ve savunma yapmışlar ise, hakem kararının emredici kurallara aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptali istenemeyecektir. Fakat taraflar, aralarında anlaştıkları yöntem ile tebligat yapılmaması yüzünden veya

⁶⁴³ İngiltere Yüksek Mahkemesinin *Tongyuan (USA) International Trading Group v. Uni-Clan Limited* kararına konu olan uyuşmazlıkta, tahkim anlaşmasında tahkim yerinin Shenzhen veya Şanghay olabileceğine karar verilmiştir. Uni-Clan'ın katılmadığı tahkim yargılamasında hakem kararı, tarafların tercihlerinin aksine Pekin'de verilmiştir. Hakem kararı hakkında açılan tenfiz davasında da Uni-Clan, tahkim yerinin tahkim anlaşmasına uygun olmaması sebebiyle kararın tenfizine itiraz etmiştir. Mahkeme, tarafların tahkim yerini tamamen ulaşımı kolay olsun diye seçtiklerine, tahkim yerinin değiştirilmesinin uygulanacak hukuk açısından bir farklılık ve yargılamaya katılmayan taraf aleyhine olumsuz bir usuli durum yaratmadığına hükmederek, hakem kararın tenfiz edilmesine karar vermiştir. *Tongyuan (USA) International Trading Group v. Uni-Clan Limited*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), İngiltere, 19 Ocak 2001, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXVI, 2001, s.886-892, p.5-7; Alman mahkemelerine konu olan bir tenfiz davasında, taraflarca tahkim yargılamasının İngilizce yapılmasına karar verilmişken, yargılamanın tahkim kurumu tarafından Moldovaca/Rumence yapılmış olmasının ve kararın Moldovaca yazılmış olmasının tarafların tercihlerine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle itiraz edilmiştir. Mahkeme, İngilizce yerine Moldovaca/Rumence kullanılmış olmasının tahkim yargılamasının üzerinde olumsuz bir etkisinin olmadığını ve tarafların usuli ihlal olmasaydı kararın farklı çıkabileceğini ispatlayamadığını tespit ettikten sonra, ihlalin tenfize engel olmadığına karar vermiştir. *Buyer v. Seller*, OLG Cologne, Almanya, 26 Şubat 2014, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XLI, 2016, s.484-486, p.32; Yine başka bir Alman mahkemesi kararına konu tahkim yargılamasında, tarafların tercihlerinin aksine hakem kurulunun mahkemece değil tahkim kurulunca atanmış olması veya atanan hakemlerin bir taraf ile aynı vatandaşlığa sahip olmasının bir tenfiz engeli olarak kabul edilebilmesi için, ilgili hususların farklı bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olabileceğinin ispatlanması aranmıştır. Bu hususun ispatlanamaması sonucu da itiraz dikkate alınmadan, tenfiz kararı verilmiştir. *Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award (Germany)*, Court of Appeal, Karlsruhe, Almanya, 9 Sch 02/07, 14 Eylül 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.541-548, p.9.

⁶⁴⁴ Jarvin, **Procedure**, s.745; Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.359; UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.169; Pavic, **a.g.e.**, s.140.

⁶⁴⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.422.

⁶⁴⁶ Kaplan, **Usul**, s.92.

emredici hükümlere aykırılık yüzünden savunma hakkını kullanamazlarsa karar iptal edilebilecek veya tenfiz edilmeyecektir. Keza taraflarca belirlenen veya tarafların atıf yaptıkları hukukça belirlenen sürele uyulmamasının veya bu hukuklarda belirlenen emredici sürele aykırı tercihte bulunulmasının ağır ihlal olarak kabul edilmesi için, tahkim yargılamasının sürele uyulsa idi farklı sonuçlanabileceğinin ispatlanması gerekebilecektir⁶⁴⁷.

Tahkim yargılamalarında yer alan ihlaller sebebiyle hakem kararın sonucunun farklı olabileceğine ilişkin ispatın nasıl yapılması gerektiği konusunda da kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem kararının, farklı bir yönde çıkabilecek olmasına ilişkin çok düşük bir ihtimal de hakem kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi için yeterli olarak kabul edilebilecektir⁶⁴⁸. Adil yargılanmaya hakkına ilişkin ihlaller sonucunda kararın farklı olabileceğine ilişkin ispatın, diğer unsurlara göre daha kolay olacağı söylenebilecektir. Hatta adil yargılanma ilişkin hükümlerde kararın farklı yönde olabileceğini iddia eden değil, kararın ilgili ihlal yapılmasaydı da aynı yönde çıkacağını iddia eden tarafların ispatlaması gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin, hakemlerin atanmasının taraf iradelerine uygun yapıp yapılmadığının bir iptal veya tenfiz sebebi olarak kabul edilebilmesi için işlemin hakem kararının sonucuna yansımaları aranacaktır⁶⁴⁹. Hakemlerin atanmasının emredici hükümlere aykırılık teşkil etmesinin de iptal veya tenfiz sebebi olarak kabul edilebilmesi için işlemin hakem kararına yansımaları aranacaktır. Fakat hakemlerin tarafların tercihlerine uygun olarak atanmamasının veya emredici kurallar aksine atanmasının hakem kararının sonucu üzerindeki etkisinin ispatlanması oldukça zordur. Bu sebeple tarafların tercihleri doğrultusunda yapılmayan hakem

⁶⁴⁷ Nacimiento, **a.g.e.**, s.292; *K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany)*, kararında Alman mahkemesi, hakemlerin, tahkim anlaşmasında taraflarca kararlaştırılan süreyi beş ay aşmalarını, esaslı bir ihlal olarak görmemiştir. Mahkeme, eğer hakem kararı beş ay önce verilmiş olsa idi hakemlerin farklı bir karar vermeyecekleri gerekçesiyle kararı tenfiz etmiştir. Mahkeme, hakem kararı usuli ihlal sebebi ile tenfiz edilmese bile yeniden yapılacak bir yargılamada aynı sonuca varılacak olmasının tenfiz yargılamalarında dikkate alınması gerektiğini vurgulayarak, New York Anlaşmasında veya tarafların anlaşmalarında konu hakkında bir hüküm bulunmasa bile ihlalin sonuca olan etkisinin değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. *K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht, Almanya, 23 Eylül 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXX, 2005, s.568-573, p.9-10.

⁶⁴⁸ Scherer, **Due Process**, s.299.

⁶⁴⁹ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.195.

atamalarının veya emredici kurallar aksine yapılan hakem atamalarının doğrudan sonucu etkilediğinin kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır⁶⁵⁰. Bu noktada tarafların anlaşmasına uygun olarak atanmayan veya emredici hükümlere aykırı atanan hakem kurulunun, tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı üzerinde etkisi olmadığını iddia eden taraf, iddiasını ispatlamakla yükümlü hale gelebilecektir⁶⁵¹.

Hakem kararlarında yer alan ihlalin ağır olup olmadığı, subjektif kriterler yani tarafların konu hakkındaki anlaşmaları değerlendirilerek de belirlenebilecektir. Örneğin, eğer taraflar, tahkim usulünü ayrıntılı olarak düzenlememişler ve genel olarak tahkim kurallarına atıf yapmışlarsa, tarafların tercihleri aksine yapılan işlemleri ağır ihlal olarak kabul etmek daha zorken, eğer taraflar tahkim yargılaması hakkında ayrıntılı düzenleme yapmışlarsa tercihleri aksine yapılan herhangi bir işlemin ağır usul ihlali oluşturabileceğinden bahsedilebilecektir⁶⁵². Özellikle tarafların ihlale konu işlem hakkındaki tercihleri tahkim yargılamasını tercih etmelerindeki esaslı neden ise ihlal, kararın, iptal edilmesine veya tenfiz edilmesine engel sebep olabilecektir. Bu yorum yöntemi, tarafların irade serbestisi ile verdikleri kararların tahkim yargılaması açısından öncelikle dikkate alınmasını sağlayacaktır.

Sonuç olarak, iptal ve tenfiz davalarında ister objektif isterse subjektif değerlendirme yapılsın hakem kararının hukuk düzenince korunan adil yargılanmaya ilişkin hususlara ne ölçüde aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sayesinde hem tarafların tercihlerinin sonuçlarının hakem kararına yansımaları aranarak tahkim iradesi korunacak hem de tarafların her emredici kural aksine yaptığı tercih sonucu kararın iptal edilmesi ve tenfiz edilmemesi önlenerek tarafların irade serbestileri ile özellikle tahkim yeri hukukunun emredici kuralları arasında denge kurulabilecektir. Bununla birlikte tarafların tercihleri aksine işlem yapılan hakem kararları hakkında değerlendirme yapılabilmesi ve kimi hallerde hakem kararının taraf tercihlerine uyulmamış olmasına rağmen iptal edilmemesi

⁶⁵⁰ Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.355.

⁶⁵¹ Borris/Hennecke, **Article V(1)(d)**, s.356.

⁶⁵² Kaplan, **Usul**, s.57.

veya tenfiz edilmesi, tarafların irade serbestisine aykırılık teşkil ediyormuş gibi yorumlanabilecektir. Fakat tarafların tercihleri aksine yapılan işlemlerin, kararın sonucunu etkilemediği müddetçe iptal veya tenfiz sebebi olmamaları tarafların usuli ihlalleri bir silah olarak kullanmalarının önüne geçecektir. Yani, bu değerlendirme sayesinde, tarafların sahip oldukları irade serbestisi ile tahkim yargılamalarını manipüle etmeleri önlenerek ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmaması sağlanacaktır.

c) Mahkemelerce Taraflarca Bilinen İhlallerin Daha Önce İleri Sürülmüş Olmasının Aranması

Hakem kararları hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında mahkemelerin, taraflarca daha önce bilinen engellerin taraflarca ileri sürülmüş olmasını arayıp aramayacakları, tarafların irade serbestisinin kapsamının belirlenmesinde önem teşkil etmektedir. Mahkemelerin bu konuda verdikleri kararlar, tarafların usuli tercihlerini ne zaman yapabileceklerine ve tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin hangi haklardan vazgeçebileceklerine dair sınırları belirlemektedir. Tarafların usuli ihlalleri tenfiz davalarında ileri sürebilmeleri için ilgili ihlalleri iptal davasında ileri sürmüş olmaları gerektiği konusunda bir görüş birliği bulunmasa da iptal ve tenfiz engellerinin tahkim yargılamalarında ileri sürülmüş olmaları gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarına ilişkin açılan tenfiz davalarında bir usuli ihlalin ileri sürülebilmesi için ilgili ihlalin sadece tahkim yargılaması sırasında değil, iptal davası ile ileri sürülmesi gerektiğini arayan hukuklar bulunmaktadır⁶⁵³. Fakat konu hakkında milletlerarası alanda bir fikir

⁶⁵³ Alman hukuku uyarınca, 1998 yılında yapılan reform öncesinde de genel kabul edilmiş bir kural olarak, tarafların tenfiz davasında usuli ihlal iddiasında bulunabilmeleri için ilgili ihlalin iptal davasında ileri sürülmüş olması aranmaktadır. Bu görüş uyarınca, New York Anlaşmasında konu hakkında hüküm bulunmaması, tenfiz davalarında ileri sürülebilecek ihlallerin iptal davası ile ileri sürülmesinin aranmasına engel değildir. Uyuşmazlığa konu bir davada tenfize itiraz eden tarafın, Tayvan hukukuna göre 30 gün içinde iptal davası açmadığı için ilgili usuli ihlalleri tenfiz davasında da ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. *Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award*

birliğinin olduğunun söylenmesi oldukça zordur⁶⁵⁴. Fakat usuli bir ihlalin tenfiz davasında ileri sürülebilmesi için öncelikle iptal davası açılarak ileri sürülmesinin aranmasının “double exequatur” anlamına geleceği ve New York Anlaşmasına aykırılık teşkil edeceği söylenebilecektir. Bu sebeple tenfiz davalarında usuli ihlalin ileri sürülebilmesi için tahkim yeri mahkemelerinde açılacak iptal davalarında ileri sürülmüş olmaları aranmamalıdır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakem kararlarının iptal sebepleri ve tenfiz engellerinin, mahkemece dikkate alınabilmeleri için, söz konusu ihlallerin tahkim yargılamaları sırasında taraflarca ileri sürülmüş olması genel olarak aranmaktadır⁶⁵⁵. Tarafların, tahkim yargılamalarında ileri sürmedikleri haklarından feragat etmiş oldukları kabul edilmektedir⁶⁵⁶.

(Germany), Court of Appeal, Karlsruhe, Almanya, 9 Sch 02/07, 14 Eylül 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.541-548, p.7.

⁶⁵⁴ Örneğin, Kanada mahkemelerince konu olan uyuşmazlık uyarınca, UNCITRAL Model Kanun uygulanmasının kararlaştırıldığı, New Mexico’da gerçekleştirilen tahkim yargılamasında üç hakem tarafından gerekçesiz olarak verilen karar tenfiz davasında konu olmuştur. Mahkeme, iptal davası ile ileri sürülmeyen usuli ihlallerin, tenfiz davasında ileri sürülemeyeceğine dair kabul edilen genel görüşün Quebec hukukunca geçerli olmadığını, tenfiz yeri ülkesinde yapılacak olan değerlendirmenin iptal devletinde yapılacak olan değerlendirmeden farklı amaçlarla düzenlendiğine karar vermiştir. Ayrıca mahkeme, hakem kararı tahkim yeri hukukunca onaylansa bile kararın tenfiz davasında değerlendirilebileceğini, bu sebeple de herhangi bir usuli ihlalin daha önce iptal davası ile ileri sürülmüş olmasının gerekli olmadığına dair görüş bildirmiştir. *Smart Systems Technologies Inc. (US) v. Domotique Secant Inc. (Canada)*, Court of Appeal, Québec, Kanada, 500-09-016097-057, 11 Mart 2008, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIII, 2008, s.464-472, p.20.

⁶⁵⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, **a.g.e.**, s.579; Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s.713; Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.927; Nomer, **Kamu Düzeni**, s.572; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.505; Petrochilos, **a.g.e.**, s.95; Kurkela/Turunen, **a.g.e.**, s.33; Jarvin, **Procedure**, s.736; Nacimiento, **a.g.e.**, s.300; *K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany)* kararında mahkeme, New York Anlaşmasında tenfiz ret sebeplerinin tahkim yargılamasında ileri sürülmesi aranmasa bile çelişkili davranma yasağının Anlaşma için de geçerli olduğundan, tarafların tenfiz ret sebeplerini tahkim yargılaması sırasında ileri sürmüş olmaları gerektiği vurgulanmıştır. *K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG), Almanya, (23.09.2004), **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXX, 2005, s.568-573, p.8; Yine Alman Yüksek Mahkemesine konu uyuşmazlıkta, Alman ve Ukraynalı taraflar arasında yapılan tahkim anlaşması uyarınca, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık iki veya daha fazla hakem ile çözümlenecektir. Ukraynalı tarafın kurumsal tahkimi başlatmasından ardından kurum, taraflardan kurum listesinden hakem seçmelerini istemiştir. Her iki taraf da aynı hakemi seçince kurum, yargılamanın seçilen hakemce tek hakem olarak sürdürüleceğini taraflara bildirmiştir. İki taraf da tahkim yargılaması sırasında yargılamanın tek hakemle yürütülmesine itiraz etmemişlerdir. Hakem kararı verildikten sonra Ukraynalı tarafça Almanya açılan tenfiz davasında Alman taraf, tahkim yargılamasının tahkim anlaşması uyarınca iki veya daha fazla hakem ile yürütülmediği gerekçesi ile itiraz etmiştir. Mahkeme Alman tarafın tahkim yargılaması sırasında ilgili ihlal hakkında itiraz etmemiş olmasının, tahkim anlaşmasının değiştirilmesi mi yoksa Alman tarafın itiraz hakkından feragat ettiği mi anlamına geldiğini incelemeden, Alman tarafın tahkim yargılaması sırasında bildiği ve itiraz etmediği durum hakkında tenfiz davasında itiraz edemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim yargılamaları kapsamında sahip oldukları usuli itiraz haklarından iki şekilde feragat edebilecekleri kabul edilmektedir. Taraflar, tahkim yargılaması sırasında karşılaştıkları bir usuli problem hakkında itirazda bulunmayarak ilgili haktan feragat edebileceklerdir. Yine taraflar, düzenlemelerde yer alan usuli standartlardan daha düşük kriterler konusunda anlaşarak ilgili haklardan feragat edebileceklerdir⁶⁵⁷. İki halde de taraflar, iptal ve tenfiz davalarında ilgili usuli hususları ileri sürme haklarını kaybedeceklerdir.

Milletlerarası ticari tahkim hukukunda tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin itirazlarını tahkim yargılaması sırasında ileri sürmeleri aranmaktadır, çünkü karar aleyhine çıkan tarafın iptal sebeplerini veya tenfiz engellerini bir silah

çelişkili davranış yasağına ilişkin ilkeyi vurgulayarak, kararı tenfiz etmiştir. *Manufacturer (Ukraine) v. Supplier, in liquidation (Germany)*, Court of Appeal, Munich, Almanya, 34 Sch 06/05, 15 Mart 2006, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXXIV, 2009, s.499 -503, p.5; *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.* kararında ise mahkeme, tarafların çıkarlarına ilişkin şahsi sebeplerle iddialarını değiştirmelerinin ve usuli uyumsuzlukların önüne geçilmesi için, iptal veya tenfiz davalarında usuli ihlallerin dikkate alınabilmesi için tarafların usuli iddia ve itirazlarını tahkim yargılamasında ileri sürmelerinin gerekli olduğuna karar vermiştir. Uyuşmazlığa konu tahkim yargılamasında hakemler, tahkim yeri olarak İsviçre'nin belirlenmesinden ötürü İsviçre usul hukukunun uygulanacağına karar vermişlerdir. Tenfiz kararına itiraz eden taraf, karar hakkında İsviçre mahkemelerinde açılan iptal davası reddedilene kadar bu hususa karşı çıkmamıştır. İsviçre mahkemelerinde açılan iptal davasının reddedilmesinin ardından, taraf, tahkim yargılamasının Endonezya hukukuna tabi olduğunu ve Endonezya mahkemelerinde iptal davası açılabilirliğini iddia etmeye başlamıştır. Tenfiz davasına itiraz eden tarafın, tahkim yargılamasında tahkim yargılamasının İsviçre hukukuna tabi olduğunu kabul etmesi ve bu yönde işlem ve savunma yapılması ve fakat tenfiz kararına itiraz davasında tahkim yargılamasının Endonezya hukukuna tabi olması gerektiğini iddia etmesi, tarafın kendi hareketleri ile çeliştiğini göstermektedir. Bu ve diğer sebeplerle birlikte tarafın itirazı ve hakem kararının Endonezya mahkemeleri tarafından iptal edilebileceği kabul edilmemiştir. *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 02-20042; 03-20602, 23 Mart 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.1262-1297, p.8-18-19.

⁶⁵⁶ Alman mahkemesi önüne gelen bir tenfiz davasında, uyuşmazlığa konu tahkim yargılamasında davalı taraf kendisine verilen sürede hakem atamamış, yine davalı taraf tahkim yargılamasını yürüten Moskova Ticaret Odası Başkanından kendisi adına bir hakem atamasını bu hakemin de Almanca bilmesi istemiştir. Başkan davalının isteğine rağmen Almanca bilmeyen bir hakem atamıştır. Mahkeme, başkanın süresi içinde kendi hakemini atamayan tarafın özel talebi ile bağlı olmadığına, zaten davalı tarafın ICAC tahkim kuralları gereğince atanan hakeme hakem kurulunun oluşturulmasından sonra on beş gün içinde itiraz etmediğinden bu haktan feragat ettiğine, bu sebeple de hakem kurulunun tarafların tercihleri aksine oluşturulduğu iddiası ile tenfiz itirazında bulunulamayacağına karar vermiştir. *Not indicated v. Not indicated*, Court of Appeal, Dresden, Almanya, 20 Ekim 1998, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, s.673-678, p.7.

⁶⁵⁷ Scherer, **Due Process**, s.302.

olarak kullanamaması gerekmektedir⁶⁵⁸. Yani, tarafların adil bir yargılamaya sahip olmaları için getirilen düzenlemelerin, karar aleyhine çıkan tarafça tahkim yargılamasını aksatmak amaçlı kullanılmasının önüne geçmek için; iptal ve tenfiz davalarında değerlendirilebilecek ihlallerin, tahkim yargılamasında ileri sürülmüş olması veya hakem hakkında karar verildikten sonra başvurulabilecek bütün yolların denenmiş olması aranmaktadır. Böylece taraflar, tahkim yargılaması sırasında irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihler ile bağlanacaklarının bilincinde olacaklardır. Bu durum da tarafları, usuli tercihlerde bulunurken kısıtlayacaktır.

Tarafların tahkim yargılamasında ileri sürmedikleri itirazları, iptal ve tenfiz davasında ileri sürememeleri milletlerarası veya milli düzenlemelerden kaynaklanabilecektir. Fakat esas olarak feragat edilen unsurların iptal ve tenfiz davalarında ileri sürülememesi, genel hukuk prensiplerinden kaynaklanmaktadır. Tarafların bilgileri dahilinde olduğu halde ileri sürmedikleri itirazları iptal ve tenfiz davalarında ileri sürmeleri, dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edebilecek, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ UNCITRAL Secretariat, **a.g.e.**, s.204; *China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shanzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co.* kararında mahkeme; tarafların, yargılama sırasında tahkim yargılamasının başka bir yerde yapılması gerektiği konusunda bir hakem önünde uyarıldıklarını, bu uyarıya rağmen hakemlerin yetkileri hakkında ne hakem kuruluna ne de mahkemelere bir itirazda bulunmadıklarını ve tahkim yargılamasına itirazsız devam ettiklerini tespit etmiştir. Tarafların hakem sonucunu bekleyerek, karar aleyhlerine çıktıktan sonra, hakemlerin yetkisiz olduğuna dair yaptıkları itirazlarının, tenfiz engelleri değerlendirilirken, dikkate alınmaması gerektiği vurgulanmıştır. *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 Temmuz 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XX, 1995, s.671-680, p.7-8-20.

⁶⁵⁹ Borris/Hennecke, **Article V**, s.266; Jarvin, **Procedure**, s.737; Hong Kong Yüksek Mahkemesine konu tenfiz davasında, CIETAC tahkim yargılamasının Pekin'deki merkezinde gerçekleşmesine karar verilmişken, yargılamanın CIETAC alt komisyonlarından birinde Shenzhen'de gerçekleştirilmesinin hakem kurulunun oluşturulmasında sorun çıkardığı sebebi ile itiraz edilmiştir. İtiraz, ilk kez tenfiz davasında ileri sürüldüğü için dürüstlük ilkesine aykırı bulunmuş ve New York Anlaşmasının mahkemeye tanıdığı takdir yetkisi kapsamında tenfiz itirazı kabul edilmemiştir. *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 Temmuz 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XX, 1995, s.671-680, p.18-19-20; İsviçre mahkemelerinde tenfiz davasına konu olan bir uyuşmazlıkta ise; yargılama evrakları içinde yer alan yazışmalardan, itiraz eden tarafın, tahkim yargılamasında bir bilirkişi atandığının ve bu bilirkişiye hangi soruların sorulduğunun bilincinde olduğu, bilirkişi atandıktan sonra bir yıl boyunca hiçbir itirazda bulunmadığı, hakem kararını teslim aldığı da bir itirazda bulunmadığı, tahkim yargılamasının usulüne itiraz etmek için tenfiz davasını beklediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple mahkeme, tarafın kötü niyetli olduğuna ve hakkını suiistimal ettiğine karar vermiştir. *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, Supreme Court, İsviçre, 8 Şubat 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XI, 1986, s.538-542. Yargıtay da konu hakkında benzer bir yorum yapmıştır. “Davacının hakemin baskı altına alındığını ve hakemin tarafsızlığını

Örneğin, tarafların tercihlerine uygun olarak yürütülen tahkim yargılamalarında, taraf tercihlerinin adil yargılanma hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine dair mahkemece inceleme yapılabilmesi için konu hakkında taraflarca itirazda bulunulmuş olması gerekmektedir. Mahkeme, adil yargılanmaya ilişkin usuli ihlalleri re'sen değerlendiremeyecektir. Tarafların, tercihlerine uygun yapılan yargılama sonunda verilen karara, yargılamanın adil yapılmadığına dair itiraz etmeleri dürüstlük ilkesine ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edebilecektir⁶⁶⁰. Bu sebeple esas olarak tarafların tercihlerine uygun yargılama yapılması, hakem kararı verildikten sonra tarafların anlaşmaya aykırı tavırlarının ise iptal ve tenfiz mahkemeleri tarafından değerlendirmeye tutulması gerekmektedir.

Tarafların, tahkim yargılaması sırasında itiraz haklarını kullanmamalarının, iptal ve tenfiz davalarında bu hakları ileri sürememelerine sebep olacağı kabul edilse bile, kimi temel haklara ilişkin hususların tahkim yargılamasında ileri sürülmeseler bile, iptal ve tenfiz davalarında ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir. Yani taraflar, hakem kararları hakkında açılan tenfiz davalarında sahip oldukları itiraz haklarının hepsinden tahkim yargılaması sırasında itiraz etmeyerek feragat edemeyeceklerdir. Tarafların feragat edemeyecekleri temel haklara örnek olarak, tahkim yargılamasını yürütecek hakemleri seçme hakkı gösterilebilecektir. Milletlerarası ticari tahkim

*yitirdiğini işbu iptal davasında ilk kez ileri sürdüğü, tahkim yargılaması sırasında ve hakemce kararın verildiği tarihe kadar bu hususu hiç dile getirmediği, bu davada önce aynı konuda açılan davada da bu iddiayı ileri sürmediği, tüm hakem yargılaması boyunca hiç ileri sürülmemeyen ve hakemin hüküm vermeden önce tarafların yargılama prosedürü ile ilgili bir itiraz ve beyanlarının bulunup bulunmadığını hakemin sormasına rağmen böyle bir iddiada ileri sürmeyen davacının iptal davası aşamasında ileri sürdüğü bu iddianın dürüstlük kuralına da aykırı olduğu, kaldı ki, dosya kapsamına göre hakemin tarafsızlığını yitirdiğine ve tarafların eşitliği ilkesini ihlal ettiğine dair somut bir veri de bulunmadığı, ...Bundan başka, tahkim yargılaması sürecinde hakeme karşı itirazlarından vazgeçtiğinin bildirilmesi veya karşı dava açması da, artık iptal davası aşamasında çelişkili davranış olarak nitelenecektir". Y. 11. HD. 27.11.2018 T., 3263/7408, naklen Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.226 dn.268.*

⁶⁶⁰ Paris Temyiz Mahkemesinin *Société Unichips Finanziaria SpA S.A., Unichips International BV and others v. François Gesnouin* kararına konu olan uyuşmazlıkta, tenfiz davasına itiraz eden taraf, bilirkişi raporları geldikten sonra üçüncü kez duruşma günü belirlemeyen hakemlerin, raporlara ilişkin beyan sunma hakkına aykırı hareket ettiğini iddia etmiştir. Fakat hakem kararından açıkça üçüncü bir toplantı yapılmamasına taraflarla birlikte karar verildiği ve tarafların konu hakkında bir itirazda bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Bu sebeple mahkeme, tarafın itiraz hakkından feragat ettiğine ve hakemlerin yetkilerini aştıklarına ilişkin itirazda bulunulamayacağına hükmetmiştir. *Société Unichips Finanziaria SpA S.A., Unichips International BV and others v. François Gesnouin*, Michèle Gesnouin, Paris Court of Appeals, Fransa, 12 Şubat 1993, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XIX, 1994, s.658-661, p.9-10-11.

yargılamalarında tarafların hakemleri belirleyebilme hakkı, adil yargılanma hakkını doğrudan etkileyeceği için taraflar arasında konu hakkında bir eşitsizlik yaratılamayacağı kabul edilmiştir⁶⁶¹. Bu sebeple uyuşmazlıktan önce yapılan anlaşma ile veya tahkim yargılaması sırasında itiraz etmeyerek taraflardan birinin hakem belirleme hakkından feragat etmesi kabul edilmeyecektir. Doktrinde ise taraflardan birinin hakem oluşturulması hakkından feragat etmesinin doğrudan geçersiz sayılmadan, daha incelikli bir yaklaşımın kullanılması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır⁶⁶². Örneğin İsviçre hukukunda tarafların, tahkim yargılamasının başında, tarafsız ve bağımsız olacağı garanti altına alınır ise ortak hakem belirleyeceklerine dair feragatte bulunabilecekleri kabul edilmektedir⁶⁶³. Yani, taraflardan birisi hakem belirleme hakkından feragat ettiğinde ilgili hususun adil yargılanma hakkına ne kadar müdahale ettiğinin değerlendirilmesi ve mümkün ise taraflara konu hakkında tercihte bulunabilme hakkı tanınmalıdır. Fakat bir tarafın hakem olması konusunda veya hakemlerin yalnızca bir tarafça seçileceğine ilişkin yapılan feragatler adil yargılanma ilkesine açık aykırılık içereceği için iptal ve tenfiz davasında konuya ilişkin itirazlar ileri sürebilecektir.

Görüldüğü üzere tarafların tahkim yargılaması sırasında ileri sürmedikleri ve fakat iptal ve tenfiz davalarında ileri sürebilecekleri hükümlerin hangileri olduğu konusunda kabul edilmiş bir görüş bulunmamaktadır. Mahkemelerce her bir uyuşmazlıkta temel ilkeler dikkat alınarak bir değerlendirilme yapılacaktır. Tarafların, yalnızca irade serbestileri kapsamında karar verebilecekleri ve New York Anlaşması V(1) hükümleri kapsamında yer alan adil yargılanmaya ilişkin hususlar hakkında feragatte bulunabilecekleri, New York Anlaşması V(2) kapsamında tahkime elverişlilik ve kamu düzeni ile alakalı mahkemenin re'sen değerlendirme hakkı olan hususlarda tarafların feragatinin geçerli olmayacağı savunulmaktadır⁶⁶⁴. Yine, Model Kanun 34(2)(b) hükmü uyarınca tahkime elverişlilik itirazından ve

⁶⁶¹ Hakemlerin belirlenmesine ilişkin tarafların eşit hakka sahip olması gerektiği hakkında bkz. (İkinci Bölüm-IV-(B)-(2)-(b) ve Üçüncü Bölüm-II-(C)-(1))

⁶⁶² Scherer/ Prasad/Prokic, **a.g.e.**, s.9.

⁶⁶³ Kramer/Urbach/Jenny, **a.g.e.**, s.155.

⁶⁶⁴ Bratic, **a.g.e.**, s.122; Borris/Hennecke, **Article V**, s.276; Kaplan, **Usul**, s.190.

kamu düzeni itirazları haklarından feragat edemeyecekleri kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Yani, New York Anlaşması V(1) hükümleri ile korunan adil yargılanmaya ilişkin hususların taraf çıkarlarını koruduğu ve bu sebeple bu hükümlerden taraflarca vazgeçilebileceği söylenirken, Anlaşmanın V(2) hükümleri ile korunan hususların genel kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu sebeple bu hükümlerden taraflarca feragat edilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁶⁶.

Bu ayrımın tarafların feragat edebilecekleri haklar hakkında ne kadar belirleyici olduğu tartışmaya açıktır. Fakat bu ayrımın ileri sürdüğü sebepler ile bir sınır belirlenmesi mümkündür. Tarafların adil yargılanmaya ilişkin kendi çıkarlarını koruyan New York Anlaşması V(1) hükümleri ile Model Kanun 34(2)(a) hükümlerinde yer alan adil yargılanmaya ilişkin hükümlerinden itiraz etmeyerek feragat etmeleri mümkündür. Her ne kadar tarafların kamu düzenine ilişkin hükümlerden feragat edemeyecekleri kabul edilse de bu hükmün de dar yorumlanması ile taraflara usuli irade serbestisi sağlaması mümkündür. Temel usuli unsurlara ilişkin yani *lex procedurali*ya ilişkin unsurlardan taraflarca feragat edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu sayede hem tarafların tahkim yargılamalarının usulüne ilişkin irade serbestileri aşırı kısıtlanmamış olacaktır hem de tahkim yargılamalarının adil yargılanmaya ilişkin asgari usuli standartlar ile ilerlemesi sağlanacaktır.

Türk hukukunda da tarafların tahkim yargılamasında ileri sürmedikleri ihlalleri iptal davasında veya tenfiz davasında ileri süremeyecekleri, bu durumun dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmektedir⁶⁶⁷. Her ne kadar usuli ihlallerin tenfiz davasında ileri sürülebilmeleri için iptal davasında ileri sürülmüş olmalarının zorunlu olarak aranması gerektiği söylenemeyecekse de tarafların bilgileri dahilinde olan itirazları, iptal ve tenfiz davalarında ileri sürebilmeleri için tahkim yargılamalarında ileri sürmeleri gerektiği söylenebilecektir. MÖHUK ve MTK hükümlerinde tarafların usuli ihlallere ilişkin tahkim yargılamalarında itirazda

⁶⁶⁵ Petrochilos, **a.g.e.**, s.120.

⁶⁶⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, **a.g.e.**, s.927; Wolff, **Public Policy**, s.431; Borris/Hennecke, **Article V**, s.270; Ryabinin, **a.g.e.**, s.25.

⁶⁶⁷ Nomer, **Kamu Düzeni**, s.572; Süral, **a.g.e.**, s.1401.

bulunmaları gerektiğine dair özel düzenlemeler de yer almaktadır⁶⁶⁸. Türk hukukunda da tarafların, tahkim yargılamalarında ileri sürmedikleri usuli ihlallere ilişkin iptal ve tenfiz davalarında itirazda bulunabilmelerinin, tahkime elverişliliğe konu hükümlerle ve milletlerarası gerçek usuli kamu düzenine aykırı durumlarla sınırlı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Konu hakkında mahkeme kararlarına da rastlamak mümkündür. Örneğin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinde konu olan uyuşmazlıkta hakem kararında yer alan yargılama giderlerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu iddiası incelenirken, hakem kararının tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercih olan ICC Tahkim Kurallarına uygun olarak verilmesi, karşı tarafın hakem kuruluna sunmuş olduğu masraflara itiraz edilmemesi ve tahkim yerinde iptal davası açılmamış olması göz önünde bulundurularak tenfiz kararı verilmiştir⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ Örneğin, hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin MÖHUK 62(1)(ç) hükmü uyarınca “(t)araflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise” karar tanınıp tenfiz edilmeyecektir. Yani düzenleme uyarınca, tarafların tanıma tenfiz davalarında yargılama sırasında temsil haklarına ilişkin ortaya çıkan usuli ihlaller hakkında itirazda bulunabilmeleri için, tahkim yargılamasında ihlalleri açıkça kabul etmemiş, konu hakkında itirazda bulunmuş olmaları beklenmektedir. Yine MTK uyarınca hakemlerin belirlenmesine ilişkin hükümlerde tarafların tahkim yargılaması sırasında itiraz etmelerinin arandığı hükümler bulunmaktadır. Örneğin, MTK 7(H) hükmü uyarınca “(h)akem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmaz. Hakem veya hakem kurulu, yukarıda belirtilen her iki hâlde de, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir”. Yani MTK uyarınca, hakemlerin yetkilerini aştıklarına dair itirazların hemen ileri sürülmesi gerekmektedir, aksi halde bu hususlar iptal davalarında ileri sürülemeyecektir. Yine MTK 7(B)(3) uyarınca da “(t)araflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır”. Yani MTK uyarınca hakemlerin otuz gün içinde belirlenmesi gerekmektedir. Eğer bu sürede taraflar hakemleri seçmezler ise bu hakları düşecektir. Eğer taraflar otuz günden sonra bir hakem seçiminde bulunurlar ise bu seçimleri geçerli olmayacaktır. Daha sonra iptal aşamasında hakem seçemedikleri gerekçesiyle de itirazda bulunamayacaklardır.

⁶⁶⁹ “Taraflar arasında imzalanan hisse alım satım sözleşmesinde tahkim yeri olarak İsviçre/Zürich’in gösterildiği, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarının geçerli olacağı ve sözleşmeden kaynaklı ihtilafların Paris’teki Uluslararası Ticaret Odası Tahkim kuralları doğrultusunda, üç hakem tarafından nihai olarak çözüme kavuşturulacağı öngörülmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, tenfizi istenen yabancı hakem kararında, davacı lehine belirlenen tahkim gider ve masraflarının hakem heyetince usulüne uygun olarak belirlenip belirlenmediği ve ilgili kararın tenfiz koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır... Taraflar, özgür iradeleriyle ICC tahkim kurallarının uygulanmasını seçmişlerdir. Hakemler, yargılama giderlerini bu tahkim kurallarının tayin ettiği usul çerçevesinde hüküm altına almıştır. Dosya kapsamına göre, tahkim yargılamasında taraflarca belirtilen masrafların dayanaklarının gösterilmemesi ile ilgili hakem heyeti tarafından taraflara sunulan öneriye karşı çıkılmadığı, davacının sunmuş olduğu masraflara da itiraz edilmediği, tahkim masrafları ile ilgili olarak tahkimin tabi olduğu ICC Kurallarının 37. maddesine uygun olarak karar verildiği, hakem kararına karşı iptal davası açılmadığı, bu nedenlerle yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olmadığı ve yukarıda belirtilen tenfiz şartlarının somut olayda gerçekleştiği

V. DEĞERLENDİRME

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin kapsamının uygulamada nasıl belirleneceği önem teşkil etmektedir. Tarafların sahip oldukları irade serbestisinin fazla kısıtlanması tarafları, tahkim yargılamasından uzaklaştıracaktır. Taraflar, tahkim yargılamalarında ‘*kendi tahkimlerinin*’ kontrolünü kaybettiklerini düşünmeye başlayacaklardır⁶⁷⁰. Tahkim yargılamasının var olma sebebinin tarafların tercihleri olduğu düşünüldüğünde, tarafların tahkim yargılamasının kontrolünü kaybettiklerine dair çekinceleri tahkim yargılamasının doğasına aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple pratik olarak tarafların irade serbestilerinin taraflarca, tahkim kurumlarınca veya hakemlerce ve son olarak mahkemelerce nasıl belirlendiği, tahkim yargılamalarının başarısını ve geleceğini doğrudan etkileyecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların irade serbestilerinin kapsamı belirlenirken, öncelikle tarafların tahkime ilişkin tercihlerini nasıl yapmaları gerektiği değerlendirilmelidir. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin irade serbestilerini aktif olarak kullanabilmeleri için her şeyden önce usuli tercihler üzerinde eşit hakka sahip olmaları gerekmektedir. Bu noktada önemli olan tarafların her hususta karar vermeleri değil, her hususta karar verebilme haklarının olmasıdır. Yani önemli olan tarafların eşit olarak karar vermeleri değil, tahkim yargılamasının usulünü eşit olarak belirleyebilme hakkına sahip olmalarıdır. Bu durum özellikle birden fazla tarafın yer aldığı tahkim yargılamaları için önem teşkil etmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestileri, tarafların usuli olarak yaptıkları her bir tercih ile kısıtlanmaktadır. Bu sebeple taraflar, bir tercihte bulunurken bu tercihlerin getirebileceği kısıtlamalar konusunda

gözetildiğinde, ilk derece mahkemesince, hakem kararının tenfizine karar verilmesinde usule ve yasaya aykırılık görülmemiştir” İstanbul BAM, 14. HD, 30.1.2020 T., 2019/2100 E., 2020/74 K., naklen Ekşi, **Tenfiz**, s.186-187.

⁶⁷⁰ Webster, **a.g.e.**, s.141.

öngörülü olmalılardır. Taraflar tahkim yargılamasının başında yargılamanın yürütülmesi için *ad hoc* veya kurumsal tahkimi seçtiklerinde irade serbestileri bu seçim ile kısıtlanmaktadır. Bu karardan sonra da tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin verdikleri her karar ve bu tercihlerden gelen emredici kurallar ile tarafların irade serbestilerini kısıtlayacaktır. İptal edilmeyecek veya tenfiz edilebilecek bir hakem karar verilebilmesi için tarafların tercihlerinin, daha önce yaptıkları tercihler kapsamında *lex proceduraliaya*, *lex loci arbitriye* ve tahkim yargılamasının usulün uygulanması için seçilen hukuklardan gelen emredici kurallara aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Bu sebeple tahkim anlaşmalarında, ayrıntılı olmayan ve fakat tarafların iradelerinin hangi yönde olduğunu ortaya koyan tercihlerin yapılması önerilebilecektir.

Taraflar, tahkim yargılamasının yürütülmesinden hakem kararların denetlenmesine ilişkin birçok konuda irade serbestisi kapsamında tercihte bulunabilecektir. Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemelerin yeknesaklaşması ile tarafların tahkim yargılamasına ilişkin daha fazla hususta irade serbestisine sahip oldukları gözlenmektedir. Özellikle tarafların iptal davalarına ilişkin iptal davalarından feragat edebilmeleri veya iptal davalarına ilişkin hususları değiştirebilmelerine ilişkin sahip oldukları irade serbestisi, tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin kapsamının genişlediğinin devletlerce de kabul edildiğini göstermektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerinin kapsamını belirleyen esas kurumun, hakem kurulları olduğu söylenebilecektir. Hakem kurullarının tarafların usuli tercihleri karşısında nasıl bir tavır alacakları, irade serbestisinin kapsamının belirlenmesinde önem teşkil etmektedir. Hakem kurulları, tarafların tercihlerinden ve milletlerarası hukuktan gelen emredici hükümlere uygun icra edilebilir hakem kararı vermek ile tarafların tercihlerine uygun tahkim yargılaması yürütmek arasında dengeyi kuracaklardır. Hakemlerin bu dengede hangi tarafa ağırlık verecekleri, tahkim yargılamasının pratiğini şekillendirecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların tercihleri ile emredici hükümler arasında kalan hakemlerin, öncelikli olarak tarafların tercihleri doğrultusunda hareket etmeleri gerektiği söylenebilecektir. Tarafların tercihleri dolayısıyla hakem kararının iptal edilebilme veya tenfiz edilmeme riskinin olması, hakemlerin tarafların tercihleri aksine işlem yapabilecekleri anlamına gelmemektedir. Taraflar emredici hükümler ile kısıtlanmış irade serbestisi kapsamında değil de bu kapsam dışında tercihte bulunurlarsa, bu tercihlerinin sonuçlarına kendileri katlanmalılardır. Yani, tarafların usuli tercihleri sebebiyle hakem kararlarının iptal edilme veya tenfiz edilmeme riskinin taraflarca üstlenilmesi gerekmektedir.

Hakemlerin tarafların tercihleri aksine işlem yapabilmelerinin sadece istisnai hallerde mümkün olduğu kabul edilmektedir. Tahkim yargılamasının doğası gereği tahkimin işleyişine aykırı tercihler ve milletlerarası alanda kabul edilmiş adil yargılanmaya ilişkin temel hükümlere aykırı tercihler, yani *lex procedurali*aya aykırı tercihler, hakemlerce dikkate alınmadan tahkim yargılamasına devam edilebilecektir. Tarafların bu yöndeki tercihleri dikkate alınmadan yapılan yargılamalar sonunda verilen hakem kararları, büyük ihtimalle mahkemelerce de iptal edilmeyecek ve tenfiz edilecektir. Fakat bu yorum, mahkemelerin, iptal ve tenfiz davalarında takındıkları farklı tavırlar dikkate alındığında her seferinde doğru olmayacaktır. Bu sebeple hakemlerin tarafların tercihleri aksine yapacakları işlemlerin çok istisnai olması gerekmektedir ve taraf tercihlerini yerine getirmek istemeyen hakemlerin istifa ederek yargılamadan çekilmeleri gerekebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesine son basamak, hakem kararlarının geçerlilikleri veya icra gücü hakkında açılacak olan iptal ve tenfiz davalarıdır. Mahkemeler sadece iptal ve tenfiz davaları ile değil, tahkim yargılamasının yürütülmesi sırasında tahkim yargılamasına yapacakları yardım ve müdahaleler ile de dolaylı olarak tarafların irade serbestilerinin kapsamını belirlemektedirler. Bu sebeple hakimlerin, tahkim yargılamasına veya hakem kararlarına ilişkin önlerine gelen taleplerde hangi hususları nasıl değerlendirecekleri, tarafların irade serbestileri

üzerinde önemli etkiye sahiptir. Mahkemelerin tahkime ilişkin verecekleri farklı kararlar, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının yürütülmesinde de sorunlar çıkaracaktır. Bununla birlikte tarafların usuli irade serbestilerine ilişkin mahkeme uygulamalarında sağlanabilecek bir yeknesaklık, irade serbestisinin kapsamına ilişkin genel bir tutumun oluşturulabilmesi açısından önem teşkil edecektir.

Milletlerarası alanda tahkime ilişkin konularda bir birlikteliğin sağlanabilmesi için doktrinde, milletlerarası hakem kararlarının iptaline ve tenfizine için ortak ihtisas mahkemeleri kurulması ve bu mahkemelerin kararlarının üye devletler için de bağlayıcı olması önerilmektedir⁶⁷¹. Bu mahkemelerin, devlet mahkemeleri tarafından verilen iptal ve tenfiz kararları arasındaki uyumsuzlukları ortadan kaldırarak tahkim yargılamasına ilişkin yeknesak bir yaklaşım sağlayabileceği ileri sürülmektedir⁶⁷². Bu mahkemelerde uygulanacak hukuk olarak; UNCITRAL Tahkim Kurallarının, Model Kanunun veya New York Anlaşmasının hükümlerinin, yeknesaklaştırmaya yönelik çalışmalar ışığında yeniden düzenlenmesi suretiyle ortaya çıkacak bir hukukun dikkate alınabileceği savunulmaktadır⁶⁷³.

Her ne kadar doktrinde ileri sürülen, devletler için bağlayıcı karar üretebilen ortak bir mahkeme ile, tarafların usuli irade serbestileri hakkında bir birliktelik sağlanabileceği düşünülse de ihtiyaç duyulan birlikteliğin bu şekilde sağlanması pratik olarak yakın tarihte mümkün görünmemektedir. Bu sebeple tarafların usuli irade serbestileri hakkında ortak bir tutum sağlanabilmesi için mahkemelerce, hakem kararları hakkında açılacak davalarda değerlendirilecek hususlar ve kullanılacak usul hakkında ortak bir yönteminin bulunması gerekmektedir. Mahkemelerce, milletlerarası adil yargılanmaya ilişkin kriterler dikkate alınarak ve tarafların irade

⁶⁷¹ Howard M. Holtzman, "A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards", **London Court of International Arbitration: The Internationalization of International Arbitration: the LCIA Centenary Conference**, Editör Martin Hunter, Londra, Graham & Trotman, 1995, s.109-114, s.112; Ataman-Fıganmeşe, **Mükerrer Kontrol**, s.72; Smit, **The Future**, s.29-33; Moses/Nyombi/Mortimer, **a.g.e.**, s.483.

⁶⁷² Stephen M. Schwebel, "The Creation and Operation of An International Court of Arbitral Awards", **London Court of International Arbitration: The Internationalization of International Arbitration: the LCIA Centenary Conference**, Editör Martin Hunter, Londra, Graham & Trotman, 1995, s.115-124, s.116.

⁶⁷³ Chang, **a.g.e.**, s.289.

serbestisine öncelik verilerek, emredici hükümlerin dar yorumlanması suretiyle tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestilerinin değerlendirilmesi hakkında ortak bir yöntem elde edilmesi mümkündür. Milletlerarası kriterler ile yapılan değerlendirme, hakimlerin *lex proceduralia* hükümleri kapsamında karar vermelerini sağlayacaktır. Bu yaklaşım, milletlerarası tahkim yargılamalarının, tahkim yeri hukukunda veya milli hukuklarda yer alan kısıtlamalardan bağımsız olarak değerlendirilebilmesinin de önünü açacaktır. Böylece milletlerarası ticari tahkim hukukunda usuli irade serbestisine ilişkin yeknesak bir yaklaşım elde edilebilecektir.



SONUÇ

Günümüzde milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının halen popüler bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tercih edilmesindeki başlıca sebep, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisidir. Tahkim yargılamalarının her koşulda ekonomik veya hızlı bir alternatif çözüm yöntemi olduğu söylenemeyecekse de tahkim yargılamalarının azami seviyede tarafların kontrolünde olduğu söylenebilecektir. Bu sebeple tahkim yargılamalarının mahkeme yargılamalarına alternatif, başarılı ve popüler bir alternatif çözüm yöntemi olarak varlığını koruyabilmesi için tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesi önem teşkil etmektedir.

Milletlerarası tahkim hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları irade serbestisinin katı düzenlemeler ile kısıtlandığı ve karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemelere tabi tutulduğu gözlemlenirken; güncel tahkim pratiğinde, milletlerarası alanda var olan yeknesaklaşma ve kodifikasyon çalışmaları ile tarafların sahip oldukları irade serbestisinin kapsamı hakkında bir görüş birliğinin oluştuğu söylenilebilecektir. Bu görüş birliği, temel olarak, tarafların irade serbestisini kısıtlayan adil yargılanmaya ilişkin hususlar arasında bir yeknesaklığın oluşmasından kaynaklanmaktadır ve bu görüş birliği sayesinde, tahkim yargılamaları mahkemelerin aşırı müdahalelerinden korunarak tarafların tahkim yargılamalarını şekillendirebilme imkânları arttırılmıştır.

“Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi” isimli bu çalışmamızda, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisi hakkında milletlerarası alanda var olan görüş birliği ve yeknesak düzenlemeler doğrultusunda irade serbestisinin kapsamının belirlenebilmesi için tarafların tahkim yargılamalarının usulüne ilişkin sahip oldukları usuli irade serbestisinin kaynağı, milletlerarası alanda irade serbestisine getirilen yeknesak kısıtlamalar ve kısıtlamaların irade serbestisini nasıl şekillendirdiği, üç başlık altında incelenmiştir.

Giriş bölümünde yer verdiğimiz hakem kararında yer alan şu sorular: ***Hangi hakem kararları yabancı hakem kararı niteliğindedir? Hakem kararının yabancı hakem kararı niteliği taşımasının veya taşınamasının tarafların sahip oldukları irade serbestisinin üzerindeki hukuki sonuçları nedir? Taraflar tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere bir yer hukuku belirlediklerinde, karar, o yer hakem kararı haline gelir mi? Taraflar tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere bir yer hukuku belirlediklerinde, karar; o yer kararı haline mi gelir? Tahkim anlaşmasında, taraflarca bir tahkim yeri belirlenmesine gerek var mıdır? Tahkim yeri belirlemenin hukuki sonuçları nelerdir? Taraflarca tahkim yeri belirlenmeden tahkim yargılaması yürütülebilir mi? Tahkim yerinden hareketle, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tabi olduğuna neden karar verilmiştir? Tahkim anlaşmasında tarafların tahkim yerini belirlemeleri, neden belirlenen yer hukukunun usul hukuku kurallarının uygulanacağına dair bir tercih yaptıkları yönünde kabul edilmelidir?*** tahkim yargılamasının hukuki niteliği ve tarafların usuli irade serbestisinin kaynağına ilişkindir. Bu soruların cevapları birinci bölümde aranmıştır.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin kaynağı olan hukuk, *lex arbitri*dir. *Lex arbitri*, tahkim yargılamasının temelini oluşturduğu gibi tahkim yargılamasını bir bütün olarak da kapsayan hukuktur. Tahkim yargılamasının varlık ve geçerliliğine, irade serbestisinin kaynak ve sınırlarına, hakem kararlarının milliyetine, tahkim yargılamasında uygulanacak hukuka, mahkemelerin tahkim yargılamalarına ve hakem kararlarına müdahalelerine kadar bütün unsurlara *lex arbitri* karar vermektedir. Tarafların irade serbestisi kapsamında, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin iç ilişkilere veya tahkim yargılamasının mahkemeler ile olan dış ilişkilerine ilişkin tercihlerinin kaynağını *lex arbitri* oluşturmaktadır. Yani tahkim yargılamasında tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin kaynağını ve bu serbestinin sınırlarını *lex arbitri* belirlemektedir. Bu sebeple tarafların usuli irade serbestisinin kaynağının tespiti için tahkim yargılamasının tabi olduğu *lex arbitri*nin belirlenmesi gerekmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılamasında usuli irade serbestisinin kaynağının *lex arbitri* olduğu genel olarak kabul edilmekteyse de bu hukukun nasıl tespit edileceği veya edilmesi gerektiğine dair bir görüş birliği bulunmamaktadır. Milletlerarası tahkim yargılamalarının hukuki niteliğini yargısal veya sözleşmesel temele oturtan görüşler *lex arbitrinin* tespitinde de farklı yollar izlemektedirler.

Tahkim yargılamalarının hukuki niteliğini yargısal teori ile açıklayan görüş uyarınca tahkim yargılamaları temelini, yargılamanın gerçekleştiği yer hukukundan almaktadır; bu sebeple *lex arbitrinin* tahkim yeri milli hukukuna tabi olması gerekmektedir. Bu görüş uyarınca; tahkim yargılamasının gücünü ve yetkisini gerçekleştiği yer hukukundan alması, tahkim yerinin uygulama açısından en pratik ve elverişli hukuk olması, tahkim yerinin seçilmesinin tahkim yeri hukukunun da seçildiğine işaret etmesi gibi sebeplerle tahkim yargılamasının tahkim yerine tabi olması gerekmektedir. Mülklik teorisi olarak anılan bu görüş uyarınca, tahkim yeri hukuku dikkate alınarak, tahkim yargılamalarının *lex loci arbitrinin* hükümlerine tabi olması gerektiği kabul edilmiştir.

Bu görüşe karşı olarak tahkim yargılamasının hukuki niteliğinin sözleşmesel temele dayandığını ileri süren görüş uyarınca, tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna bağlanmaları gerekli değildir. Hatta herhangi bir milli hukuka tabi olmaları da gerekli değildir. Görüş, tahkim yeri ile tahkim yargılamaları arasında organik bir bağ bulunmadığı, tahkim yargılamasının kendine has kurallara tabi olması gerektiği, tahkim yeri hukukunun aşkın ve zorlama yetkisinin tahkim yargılamaları üzerinde kabul edilmemesi gerektiği, hakem kararlarının hem tahkim yeri hukukunca iptal davalarına hem de tenfiz devletlerinde tenfiz davalarına konu olabilmemesinin tahkim yargılamasının pratiğine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle tahkim yargılamalarının tahkim yerinden ayrılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yani görüş, tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılaması üzerinde sahip oldukları baskın etkiden kurtulabilmek için tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukuku harici bir hukuka tabi olmaları gerektiğini savunmaktadır. Delocalization teorisi olarak adlandırılan bu görüş uyarınca *lex arbitri*, taraflarca tahkim yeri hukuku harici belirlenen bir hukuka tabi olabileceği gibi, milletlerarası alanda bulunan kurallara da

tabi olabilecektir. Bu sayede tahkim yargılaması, özellikle tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinin müdahalelerinden korunabilecektir. Milletlerarası alanda bu görüş dikkate alınarak yapılmış düzenlemeler ve verilmiş hakem kararları da bulunmaktadır.

Her ne kadar tahkim yargılamasının *lex arbitri* olarak taraflarca tercih edilen hukuka tabi kılınmasının, tarafların usuli irade serbestisinin dikkate alınması anlamına gelebileceği söylenebilecekse de tahkim yargılamalarının tahkim yeri milli hukuklarından koparılması, ciddi pratik problemlere sebebiyet vermektedir. Öncelikle, tahkim yargılamalarının bir hukuka bağlı olmadan var olamayacakları söylenebilecektir. Tahkim yargılamalarının bir hukuk ile bağlantısı daima vardır ve olmak zorundadır. Aksi halde yargılamaların ve kararların boşlukta kalması gibi bir durum ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca tahkim yargılamalarını tahkim yeri hukukundan koparılması halinde, tahkim yargılaması ile mahkemeler arasındaki ilişkide ve hatta hakem kararların tanınması ve tenfizinde sorunlar ortaya çıkmakta, tahkim yargılamaları mahkemelerinin yardımlarından mahrum kalmaktadırlar. Tarafların tahkim yargılamalarını tahkim yerinden koparmaları, kararlar arasında uyumsuzlukların ortaya çıkmasına veya tahkim yargılamasının yozlaşmasına sebep olabilecektir. Yani *lex arbitri* olarak taraflarca seçilen hukukun uygulanması ile, tahkim yargılamasının tahkim yerinden koparılması ile sağlanmaya çalışılan faydadan çok, sorun ile karşılaşmaktadır.

Günümüzde tahkim yargılamasının hukuki niteliğine ilişkin tartışma sonucunda yargılamanın, hem yargısal teorisinin hem de sözleşmesel teorisinin birlikte değerlendirildiği hibrit teoriye dayandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Tahkim yargılaması, sadece sözleşmesel temelde açıklanamayacağı gibi sadece yargısal temelde de açıklanamayacaktır. Tahkim yargılamasının tarafların iradesinden kaynaklanan ve mahkemelerin yardım ve denetimine tabi olan bir yargılama türü olduğu kabul edilmelidir. Bu teorilerden sadece birinin kabul edilmesi tahkim yargılamasına ilişkin kimi hususların doğru değerlendirilememesi anlamına gelecektir. Tahkim yargılamasında tamamen *lex loci arbitri*nin kabul edilmesi veya delocalization teorisinin ortaya çıkmasına sebep unsurların dikkate alınmaması,

tahkim yargılamalarından talep edilen etkili uyuşmazlık çözüm yöntemine ulaşamamasına sebep olabilecektir. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılamalarının sözleşmesel veya yargısal niteliğinden öte hibrit niteliği dikkate alınarak *lex arbitri* tespit edilmeli ve *lex arbitrinin* tahkim yargılamaları üzerindeki etkisi belirlenmelidir.

Tahkim yargılamalarında delocalization görüşünün ortaya çıkardığı problemler ve tahkim yargılamalarının hibrit nitelikleri dikkate alındığında, tahkim yargılamalarının daima bir bağlanma noktasına ihtiyaçları olduğu söylenebilecektir. Bağlanma noktası ile tahkim yargılamaları mahkemelerden yargılamanın yürütülmesine ilişkin yardım alabilecekler veya hakem kararları ilgili mahkemelerce asgari standartlarda denetlenebilecektir. Bu yardım ve müdahale konusunda en etkili hukuk ve mahkeme de tahkim yeri hukuku ve tahkim yeri mahkemeleridir.

Tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi olmaları gerektiği kabul edilse de yargılamaların korunması ve özellikle tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin kapsamının aşırı kısıtlanmaması için tahkim yeri hukuklarının müdahalelerinin çok dikkatli değerlendirilmesi gerekmektedir. Günümüzde tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamaları üzerinde sahip olduğu yardım ve denetleme yetkisinin eskiden olduğu kadar problem ortaya çıkarmadığı söylenilebilecektir. Öncelikle tahkim yeri hukukları arasında var olan yeknesaklık, tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılamasına müdahalelerine ilişkin etkinin milletlerarası alanda bir yeknesaklığa kavuşmasını sağlamıştır. Tahkim yeri hukukları tarafların irade serbestisine saygı duyarak sadece temel hususlarda tahkim yargılamasına müdahale ederken, esas olarak kendi yetkisini tahkim yargılamasına yardım etmek ile sınırlı tutmaktadır. Bu sebeple tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılaması üzerinde aşırı baskı kurduğu söylenemeyecektir. Ayrıca günümüzde *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukuku dikkate alınsa da delocalization teorisinin gerekçeleri kapsamında kimi düzenlemelerle ve yorumlarla, tahkim yargılamaları tamamen tahkim yeri hukukunun insafına bırakılmamıştır. Taraflara tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisini dengelemeye yönelik kimi imkanlar sağlanmıştır. Örneğin tahkim yeri hukukları, tahkim yargılamasına yardım ederken

hakem kararını denetleme yetkilerinden taraflarca feragat edilmesine izin vermektedirler. Yani tahkim yeri hukuklarının tahkim yargılamalarını denetleme yetkilerinin kısıtlanması ve hatta kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin, temel olarak, tahkim yargılamalarının tahkim yerinden koparılmasına gerek kalmaması için getirildikleri söylenebilecektir.

Milletlerarası tahkim hukukundaki gelişmeler sonucunda, *lex loci arbitri*, tarafların usule ilişkin iradelerini sınırlı emredici hükümler ile kısıtlarken, esas olarak mahkemelerin yardım ve müdahalelerini düzenlemektedir. Tahkim yeri hukuku, tahkim yargılamasına ilişkin unsurların belirlendiği bir hukuktan çok mahkemelerin tahkim yargılamasına yardım ve müdahalesini belirleyen hukuktur. Tahkim yeri hukukunun tahkimin dış ilişkilerine, yani mahkemeler ile tahkim yargılaması arasındaki ilişkiye müdahale edebileceği, fakat tahkimin iç işleyişine, yani tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisine çok sınırlı hallerde müdahale edebileceği kabul edilmektedir. Bu müdahalenin de milletlerarası alanda kabul edilmiş adil yargılanmaya ilişkin yeknesak düzenlemelere uygun olması gerekmektedir. Bu görüş modern *lex loci arbitri* olarak adlandırılmaktadır. Tahkim yargılamalarında hakemlerin, mahkemelerde hakimlerin *lex loci arbitri* hükümlerini bu görüş kapsamında yorumlamaları gereklidir.

Milletlerarası alanda tahkim yargılamalarında genel olarak mülkilik ilkesi ile *lex arbitri* olarak *lex loci arbitri* kabul edildiği ve bu görüşe, milli ve milletlerarası düzenlemelerde tarafların usuli irade serbestilerini destekleyen düzenlemeler ile birlikte yer verildiği görülmektedir.

Lex arbitri olarak tahkim yeri hukukunun geçerli olacağının kabul edilmesi, tahkim yeri ile nerenin kastedildiği, tahkim yerinin nasıl belirleneceğine ilişkin sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Tahkim yeri tabiri, coğrafi bir yerden öte hukuki bir kavramdır. Tahkim yargılamalarının bir yer hukukuna bağlanma gereksinimleri olduğu için hukuki bir tahkim yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple de tahkim yargılamalarının tahkim yeri ile organik bir bağa ihtiyacı yoktur, çünkü tahkim yeri fiziki bir yerden öte hukuki bir kavramı temsil etmektedir. Tahkim

yargılamasına ilişkin işlemler fiilen tahkim yerinde gerçekleşmese dahi, belirlenen tahkim yeri *lex loci arbitri* olarak tahkim yargılaması üzerinde etkisini gösterecektir. Tahkim yerinin fiziksel olarak belirlenemediği tahkim yargılamalarında örneğin online tahkim yargılamalarında da *lex loci arbitrinin* belirlenmesi için bir tahkim yerinin belirlenmesi gereklidir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yerini açık veya zımnen seçmek suretiyle, *lex loci arbitriyi* belirleme hakkına sahiptirler. Tahkim yerinin belirlenmesinin hukuki sonucu, tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi olmasıdır. Tarafların öncelikle konu hakkındaki açık tercihlerine, tahkim yargılamasının gerçekleşmesine ilişkin herhangi bir yer belirleyip belirlemediklerine ve yetkili bir mahkemenin belirlenip belirlenmediğine göre tahkim yeri değerlendirmesi yapılmalıdır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının kendi ülkelerinde gerçekleşmesi için tahkim yerleri arasında, bir yarışma bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yarışma içinde tarafların tahkim yargılamasının yerine ilişkin tercihte bulunabilme imkânları bulunsa da her bir tahkim yerinin sağlamış olduğu imkânların değerlendirilmesi ve tahkim yerleri arasında bilinçli bir seçim yapılması, pratikte oldukça zordur. Fakat tahkim yargılamaları üzerinde *lex loci arbitrinin* sahip olduğu etkiler düşünüldüğünde, tahkim yerine ilişkin tercihin çok dikkatli yapılması gerektiği söylenebilecektir.

Türk hukuku uyarınca da tahkim yargılamasının tabi olduğu hukuk uzunca bir süre tartışılmıştır. Tahkim yargılamasının tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tabi olması gerektiğini savunan görüş ve mahkeme kararlarına karşılık, mülkilik ilkesi uzunca bir süre ikinci plana atılmıştır. Fakat MTK düzenlemesi ile birlikte tahkim yargılamaların tahkim yeri hukukuna tabi olacağına ilişkin görüşün ağırlık kazandığını söylemek mümkündür. Kanun hükümlerinin incelenmesi halinde de kanunun tahkim yeri hukukunu dikkate alarak düzenleme yaptığı görülmektedir.

MTK ile Türk milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslarının düzenlemesi amaçlanmıştır. Yani kanunun amacı esas olarak tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamaları hakkında düzenleme getirmektir. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği milletlerarası tahkim yargılamalarında Türk hukuku *lex arbitri* ve MTK otorite kanun olarak dikkate alınacaktır. MTK 1(2) “*bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*” hükmünde yer alan ifadeler sebebiyle MTK hükümlerinin tahkim yeri Türkiye olmayan tahkim yargılamalarında da uygulanabileceği, daha doğrusu tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmeyen tahkim yargılamalarında da MTK’nın otorite kanun olarak seçilebileceği ileri sürülmüştür. Fakat bu düzenleme esas olarak, yabancılık unsuruna sahip olmayan ve tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği tahkim yargılamalarında, taraflara MTK hükümlerinin uygulanmasını seçme konusunda irade serbestisi tanımaktadır. Eğer tahkim yeri Türkiye dışında olan bir tahkim yargılamasında MTK hükümlerinin uygulanması seçilir ise bu halde MTK hükümlerinin, otorite kanun olarak yani *lex arbitri* olarak değil, seçilen tahkim yeri hukuku izin veriyor ise usul hukuku kuralları olarak uygulanması gereklidir. Yine taraflar sahip oldukları irade serbestisi kapsamında tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkim yargılamalarında, MTK hükümlerinin otorite kanun olarak uygulanmamasını da seçebileceklerdir. Fakat bu tercihlerinin dikkate alınabilmesi için tarafların tercihleri doğrultusunda farklı bir *lex arbitrinin* tespit edilebilmesi gereklidir.

Günümüzde, tahkim yeri hukukuna dair modern *lex loci arbitri* görüşünün dikkate alınması ve tahkim yeri hukukları arasında usuli düzenlemelere ilişkin sağlanan birlikteliğin, özellikle usuli konularda tahkim yargılamalarını tahkim yerinden koparma ihtiyacını azalttığı söylenebilecektir. Fakat modern *lex loci arbitri* görüşünün uygulanabilir olması için tahkim yeri hukuklarının ve mahkemelerin tahkim yargılamasına ilişkin müdahale ve kısıtlamalarının bu yorum yöntemi ile değerlendirilmesi, tarafların özellikle tahkim yargılamasının iç işleyişine ilişkin yapabilecekleri tercihleri sınırlandıran milletlerarası alanda kabul edilmiş yeknesak kısıtlamaların, kısıtlamalar arasındaki farkların ve kısıtlamaların etkilerinin bu

yaklaşım çerçevesinde yorumlanması gerekmektedir. Yani, tahkim yargılamaları tahkim yeri hukukuna tabi tutulurken, modern *lex loci arbitri* görüşü çerçevesinde kısıtlamaların neler olduğunun ve irade serbestisi üzerindeki etkilerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeler de ikinci ve üçüncü bölümde yapılmıştır.

İkinci bölüm, giriş bölümündeki karardan yola çıkarak ortaya çıkan, ***Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanmasına ilişkin yaptıkları tercihlerin sınırları nelerdir? Bu sınırlara uyulmamasının sonuçları nelerdir? Tarafların tahkimin usulüne ilişkin atıf yapmış olduğu uluslararası kurumların kuralları, herhangi bir kısıtlamaya tabi midir?*** sorularını cevaplamaya yönelik olup, tarafların usuli irade serbestisini kısıtlayan unsurlar ve bu sınırlamaların nasıl kategorize edildiğine ilişkindir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin konularda sahip oldukları irade serbestisi sınırsız değildir. Tarafların irade serbestileri birçok farklı sebep ile kısıtlanmaktadır. Tarafların irade serbestileri öncelikle adil bir yargılamanın yürütülebilmesi için kısıtlanmaktadır. Taraflar, uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yargılamalarını tercih ettiklerinde mahkeme yargılamalarına başvurma haklarını kaybetmektedirler; bu sebeple, tarafların mahkeme yargılamalarında sahip oldukları adil yargılanmaya ilişkin haklarının tahkim yargılamalarında da korunması önem teşkil etmektedir. Tarafların adil yargılanmaya ilişkin haklarının korunabilmesi ve adil ve keyfi olmayan, icra edilebilir kararlar verilmesi amacıyla da tarafların usule ilişkin irade serbestileri kısıtlanmalıdır. Bu sayede, tahkim yargılamasının bir yargılama yöntemi olarak yozlaşması önlenmekte ve mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerinde iptal veya tenfiz davaları ile sahip oldukları müdahale etkisi azalmaktadır. Tarafların irade serbestilerinin kısıtlanması, tahkim yargılamasının usulünün düzgün ilerlemesi, tahkim yargılamasının taraflarının veya üçüncü kişilerin korunması için de önem arz etmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim, adil bir yargılamanın yerine getirilmesi amacıyla kendi kurallarını ve adil yargılanmaya ilişkin asgari usuli standartlarını oluşturduğu milletlerarası bir tahkim kültürüne sahiptir. Yani tarafların milletlerarası ticari tahkim

yargılamalarına ilişkin irade serbestilerinin kaynağı tahkim yeri hukuku iken irade serbestileri tahkim yeri hukukları arasında yer alan yeknesak standartlar ile kısıtlanmaktadır. Bu standartlar adil yargılanmaya ilişkin genel geçer hususlara benzerlik teşkil ederken, tahkim yargılamasının kendine özgü nitelikleri ile yorumlanmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestisini kısıtlayan yeknesak unsurlar, farklı milli ve milletlerarası düzenlemelerden gelmektedirler. Bununla birlikte milletlerarası alanda tarafların usuli irade serbestilerinin kısıtlayan hususlar arasında var olduğu kabul edilen birlikteliğin, ortak bir hukuka evrildiği söylenilebilecektir. Özellikle adil bir yargılanmaya ilişkin hususlar hakkında, hukuklar arasında bir birliğin ortaya çıktığından bahsedilebilecektir. Hukuklarda yer alan tarih ve kültür birliği, adil yargılanmaya ilişkin konularda bir görüş birliğinin oluşmasına yardımcı olmaktadır. Milletlerarası tahkimde adil yargılanmaya ilişkin yeknesak hususlar ise gerek gelişmekte olan tahkim hukukunun bir sonucu gerekse milletlerarası düzenlemelerin devletlerce kabul edilmesi veya iç hukuk düzenlemelerini bu düzenlemeleri örnek alarak yapmaları sonucu ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası tahkim alanında usuli konularda ortaya çıkan bu ortak hukuk, *lex proceduralia* olarak adlandırılmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında etkili hakem kararlarının üretilmesi için, adil yargılanmaya ilişkin asgari şartlara dikkat edildiğine güvenilen tahkim yargılamalarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Fakat milletlerarası ticari tahkim denildiği zaman, belirli bir devletten veya belirli bir hukuktan bahsedilememektedir. Bu durum da tahkim yargılamasındaki aktörler ve yargılama sonunda verilen hakem kararları hakkında bir güvensizliğin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Fakat milletlerarası alanda gelişen usuli garantilere dair hukukun, yani *lex proceduralianın*, bu güvensizliği ortadan kaldırmaya hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. *Lex proceduralia* ile tahkim yargılamasında adil bir yargılamanın gerçekleştiğine dair güven arttıkça, tahkim yargılamalarına mahkeme müdahalelerinin azalacağı, hakem kararlarının tanınma tenfiz imkânının artacağı aynı

zamanda taraflara tanınan irade serbestisinin kapsamının genişleyeceği de söylenebilecektir.

Lex proceduralianın, tahkim yargılamalarında esasa uygulanacak hukuk olarak kabul edilen *lex mercatoriaya* benzediği söylenebilecektir. *Lex mercatoria* uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler getirirken, usule ilişkin unsurları kapsamamaktadır. *Lex proceduralia* ise usule ilişkin hususları kapsamaktadır. Bununla birlikte *lex mercatoria* milli hukuklar haricinde bir hukuk oluşturma amacı güderken, *lex proceduralianın* uygulanacak bir hukuktan çok asgari standartların oluşturulması ve belirlenmesi amacı taşıdığı söylenebilecektir. Her ne kadar tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanması için doğrudan *lex proceduralia* hükümlerini seçebilecekleri söylenemeyecekse de *lex proceduralianın* tarafların irade serbestisi ile yapabilecekleri tercihlerin temelini ve sınırını oluşturduğu söylenilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan *lex proceduralianın* kaynakları olarak; New York Anlaşması, insan haklarına ilişkin düzenlemeler, milletlerarası alanda var olan bağlayıcı olmayan düzenlemeler ve milli düzenlemelerden gelen ilkeler gösterebilecektir.

Lex proceduralianın kapsamı, adil yargılanmaya ilişkin prensipler ve kurallardan oluşmaktadır. Prensipler adil yargılanmaya ilişkin ortak amaçlarken; kurallar, bu prensipler doğrultusunda düzenlenmiş, uygulanacak hukuktan gelmeleri sebebiyle uygulanmaları zorunlu düzenlemelerdir. Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini sınırlayan adil yargılanmaya ilişkin prensiplerin taşıdığı benzerlik dolayısıyla bu prensipler kapsamında düzenlenen kurallar da benzerlik taşımaktadırlar.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan *lex proceduralianın* kapsamını oluşturan prensipler ve kurallar çalışma kapsamında belirli başlıklar altında toplanmıştır.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların usuli irade serbestisini kısıtlayan *lex proceduralia* kavramı içerisinde öncelikle kamu düzeni yer almaktadır. *Lex proceduralia* kapsamındaki kamu düzeni, milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramlarından farklı olarak gerçek milletlerarası kamu düzenidir. Gerçek milletlerarası kamu düzeni, evrensel normlar ve devletlerce kabul edilmiş genel ahlak kurallarıdır. Bu gerçek milletlerarası kamu düzeninin usule ilişkin unsurları, tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestilerini kısıtlamaktadır. Tahkim yargılamalarında hakemlerce ve mahkemelerde hakimlerce, tarafların usule ilişkin tercihleri kamu düzeni kapsamında değerlendirilirken, gerçek milletlerarası kamu düzeni kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.

Lex proceduralia ve gerçek milletlerarası kamu düzeni kapsamında yer alan adil yargılanma hakkının unsurları olarak; tarafların tahkim yargılamalarında usuli işlemlerde eşit hakka sahip olmaları, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaları, tahkim yargılamasını yürüten hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları, ve tarafların makul süre içinde yargılanma hakkına sahip olmaları sayılabilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların eşitliği ilkesi ile tarafların tahkim yargılamasının usulüne eşit etki etme hakları kastedilmektedir. Tarafların usuli işlemler hakkında eşit haklara sahip olup olmadıkları, taraflara bir usuli işlem hakkında makul ve objektif bir imkânın sağlanıp sağlanmadığı ve ilgili işlemin bir taraf için dezavantajlı bir durum yaratıp yaratmadığı değerlendirilerek tespit edilebilecektir.

Tarafların iddia ve savunma hakkına sahip olmaları yani hukuki dinlenilme hakkına sahip olmaları, adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Bu hak kapsamında tarafların bilgilendirilme, açıklama ve dikkate alınma hakları vardır. Taraflar, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecek anlaşmalar yapamayacaklardır. Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin getirilen her bir tercih, doğrudan adil yargılanma hakkına ilişkin olduğu için, sıkı bir denetimden geçecektir. Hukuki dinlenilme hakkının tarafların tercihlerinden üstün tutulacağı mahkeme kararları ve düzenlemelerle de kabul edilmiştir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları, adil yargılanma hakkının en önemli parçalarından biridir. Adil yargılanmaya ilişkin hususlar içinde tahkim yargılamasının kendine has niteliği dikkate alınarak yorumlanması gereken en önemli ilkelerden biri hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığıdır. Hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarının, milletlerarası ticari tahkimin niteliği ve pratiği göz önünde bulundurularak hakimlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarından farklı bir değerlendirilmeye tabi tutulması gerekmektedir. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında daha düşük standartlar belirleyebileceklerdir. Yine taraflar, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin, adil yargılanmaya ilişkin temel hususlara aykırılık teşkil etmemek suretiyle tercihlerde bulunabileceklerdir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında yargılamaların makul süre içinde gerçekleşmesi de gerekmektedir. Fakat tahkim yargılamalarında süre, tarafların tercihleri doğrultusunda belirlenecektir. Taraflar tercihleri doğrultusunda uzun veya kısa süreler belirlenebilecektir. Tahkim yargılamalarının makul bir süre içinde sonlandırılabilmesi için tarafların usuli irade serbestisi doğrudan kısıtlanamayacaktır. Tarafların sürelere ilişkin tercihleri yalnızca adil yargılanmaya ilişkin diğer hususlara aykırılık teşkil etmesi halinde kısıtlanabilecektir.

Adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile birlikte insan haklarına ilişkin temel ilkeler, dürüstlük kuralı ile çelişkili davranma yasağı ve usul ekonomisi ilkeleri de tarafların irade serbestilerini kısıtlayan yeknesak hususlar içinde sayılabileceklerdir.

İnsan haklarına ilişkin hükümler ilk bakışta milletlerarası ticari tahkim yargılamalarını etkilemeyecek gibi görünmektedirler. Fakat başta adil yargılanmaya ilişkin ilkeler olmak üzere insan hakları kapsamında yer alan ilkeler, tahkim yargılamalarını da kapsamaktadır. Tarafların usuli tercihlerinin insan haklarına ilişkin temel haklara aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Bu kapsamda tarafların sahip oldukları usuli irade serbestisinin AİHS hükümleri ve AİHM kararları ile kısıtlandığı söylenilebilecektir. İnsan hakları kapsamında adil yargılanmaya ilişkin

hususların, örneğin yargılama için duruşma talep etme hakkının, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının nitelikleri dikkate alınarak özel olarak değerlendirilmeleri ve tarafların konu hakkındaki irade serbestilerinin kapsamı belirlenmelidir.

Dürüstlük kuralı, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların irade serbestilerini kısıtlayan bir diğer husustur. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların hangi tercihleri, hangi aşamalarda yapabilecekleri dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilecektir. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri ve bu tercihler doğrultusunda verilmiş hakem kararları, hakemler ve hakimler tarafından değerlendirilirken hakkın kötüye kullanımı ve çelişkili davranış yasakları dikkate alınacaktır. Özellikle tarafların usule ilişkin iradelerinin tespit edilmesi sırasında hakemlerin ve hakimlerin, dürüstlük kuralı dahilinde değerlendirme yapmaları gerekmektedir. Aksi halde tarafların irade serbestilerini kısıtlayan unsurlar, tahkim yargılamalarının adil ve etkili olmalarını sekteye uğratan bir silah olarak kullanılabileceklerdir.

Tahkim yargılamalarının ekonomik olması için tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan unsurlar arasında usul ekonomisi ilkesinin de dikkate alınabileceği söylene de bu ilke ancak dolaylı yoldan tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayabilecektir. Tarafların tercihleri adil yargılanmaya ilişkin hususlara aykırılık teşkil etmediği müddetçe usul ekonomisi ilkesinin doğrudan tarafların usuli tercihlerini kısıtlayacağını söylenmesi mümkün değildir.

Tarafların irade serbestilerini kısıtlayan adil yargılanmaya ilişkin yeknesak hususlar emredici ve doğrudan uygulanan kurallar ile somut hale gelmektedirler. Bu kurallar devletler tarafından düzenlendikleri gibi milletlerarası organizasyonlar tarafından da düzenlenmektedirler. Tarafların irade serbestileri, *lex loci arbitrinin* ve tarafların usule uygulanması için seçtikleri hukuklardan gelen emredici kurallar kısıtlamaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların tarafların irade serbestilerini kısıtlaması ise daha karmaşık bir konudur. Gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin doğrudan uygulanan kurallar ile tahkim yeri hukukundan gelen usule ilişkin doğrudan uygulanan kuralların tarafların usuli irade serbestilerini kısıtladığı kabul

edilirken, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, tahkim yerine hukukuna ve gerçek milletlerarası usuli kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği müddetçe hakemlerce değerlendirilebileceklerdir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin en dış sınırı, adil yargılanma hakkına ilişkin en temel ilkeleri içerdiği için *lex proceduraliaya* ilişkin hususlardır ve tarafların tercihleri bu hususlara aykırılık teşkil edemezler. *Lex proceduraliaya* ilişkin hususların dikkate alınmaları için, hususların bir hukuktan gelmesine gerek olmadığı, hakemlerin genel kabul edilmiş adil yargılanmaya ilişkin bu hususlar ile bağlı oldukları kabul edilmelidir. Yani bu hususlar, sadece uygulanacak hukuktan geldikleri için değil adil bir yargılamanın temeli olduğu için tarafların tercihlerini kısıtlamaktadırlar. Örneğin, insan haklarına ilişkin veya dürüstlük kuralına ilişkin hususlar hakkında hakemlerin bir hukuka atıf yapmadan karar vermeleri mümkündür.

Tarafların irade serbestileri, *lex proceduralia* hükümlerinin ardından *lex loci arbitrinin* hükümleri ile kısıtlanacaklardır. *Lex loci arbitri* hükümlerinin milletlerarası hukuk ile uyumlu olarak yorumlanmaları gerekmektedir. *Lex loci arbitri* hükümlerinin adından da tarafların usuli irade serbestileri, tarafların uygulanması için seçtikleri hukuk, daha doğrusu bu hukuklardan gelen emredici kurallar ile kısıtlanacaktır. Bu sıralamaya bakıldığında en geniş ve temel kısıtlamanın *lex proceduralianın* hükümleri olduğu ve geri kalan kısıtlamaların bu hükümlere ilişkin özel ayrıntılara ilişkin olduğu söylenebilecektir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında irade serbestisini kısıtlayan hususların, milletlerarası tahkim yargılamasının niteliği kapsamında yorumlanmaları gereklidir. Tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi olduğu söylenirken, yargılama sırasında veya hakem kararları denetlenirken hakem ve hakimlerin, adil yargılanmaya ilişkin usuli hususları *lex proceduraliaya* ilişkin yeknesak hususları göz önüne alarak dar yorumlamaları gerekmektedir. Bu sayede tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayan adil yargılanmaya ilişkin hususlar hakkında yeknesak bir

tutuma ulaşılabilecek, tarafların usuli irade serbestileri mahkemelerin müdahalelerinden korunabilecektir.

Tahkim yargılamalarında tarafların kategorize edilen usuli sınırlamalar dahilinde nasıl tercihlerde bulunabilecekleri, bu sınırlara uyulmasının tahkim yargılaması sırasında kim tarafından denetleneceği veya usuli sınırlamalara uyulmamasının hakem kararları üzerinde nasıl etki gösterebileceklerine ilişkin problemler ise bizi üçüncü ve son bölüme taşımaktadır.

Üçüncü bölümün ilk kısmı, *Tahkim yargılamalarında uygulanacak usule, irade serbestisi kapsamında kim veya kimler karar verebilir? Taraflar anlaşmalarında, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuka ilişkin iradelerini nasıl ortaya koymalıdır? Tarafların tahkim anlaşmasında tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerin yorumu nasıl yapılmalıdır? Tahkim anlaşmaları ile tahkim yargılamasının, milletlerarası bir kurum tarafından veya sadece hakemlerce yürütülmesi konusunda karar verilebilir mi? Bu iki tahkim yargılamasında tarafların usuli irade serbestileri hakkında ne gibi bir farklılık bulunmaktadır? Taraflar, tahkim yargılamasının tabi olacağı lisan, hakem sayısı gibi tahkim yargılamasının usulüne ilişkin unsurlara ilişkin hususi karar verebilirler mi? Bu hakkın kaynağı ve sınırları nelerdir? Taraflar tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler mi? Bu seçim hangi unsurlar ile kısıtlanmaktadır? Örneğin, tarafların anlaşmalarında, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukukun illa bir devlet düzenlemesi olması gerekir mi? Taraflarca belirlenen tahkim yeri kuralları haricinde, tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk veya kuralların seçimi nasıl yapılacaktır? Taraflarca yapılacak tercih, tahkim yeri hukukundan bağımsız değerlendirilebilecek midir? Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihlerinin içeriği ve kapsamı nedir? Bu içerik ve kapsam taraflarca veya hakemlerce tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında değiştirilebilir mi?* sorularına cevap aramakta olup diğer yandan, tahkim anlaşmalarında tarafların usuli irade serbestisi ile nasıl tercihte bulunabileceklerine ve ikinci bölümde bahsi

geçen *lex procedurali*aya dair hususların tarafların usuli irade serbestisini tahkim yargılaması başlamadan önce nasıl kısıtlayacağına ilişkindir.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim anlaşmasının yapıldığı anda en geniş irade serbestisine sahip oldukları söylenebilecektir. Çünkü taraflar, tahkim yargılamasının ilerleyen aşamalarında sahip oldukları irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihler ile kendi irade serbestilerini kısıtlayacaklardır. Tarafların tahkim yerine ilişkin tercihleri *lex loci arbitri* olarak, usule ilişkin tercihleri uygulanacak hukuktan gelen emredici kurallar olarak tarafların iradelerini kısıtlayacaktır. Bu durum *irade serbestisi paradoksu* olarak da adlandırılmaktadır.

Tahkim yargılamaları başlamadan tarafların tahkim yargılamasına dair tercihlerini ortaya koymaları tahkim yargılamasında ortaya çıkacak problemleri azaltacaktır. Tarafların tercihlerini ortaya koymaları, tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin bütün unsurların belirlenmesi anlamına gelmemekte, tahkim yargılamasının hangi hukuk ile yürütüleceğine dair tercihlerin ve hakemlere verilen yetkilerin belirlenmesi anlamına gelmektedir. Tarafların tahkim yargılamasının başında verdiği kararlar ile tahkim yargılamasının yürütülmesi daha rahatken, tahkim yargılaması ilerledikçe yapılan tercihler tahkim yargılamasının yürütülmesine ve hakem kararlarının denetlenmesine ilişkin karmaşık problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları anlaşma, tahkim yargılamasının tarafları arasında bağlayıcı bir anlaşma olup hakemler bu anlaşmanın tarafı değillerdir. Bu sebeple taraflar, anlaşma hakkında hakemlerin onayı olmadan değişiklik yapabileceklerdir. Fakat tarafların değişiklik yapabilme haklarına karşılık, hakemlerin de bu değişikliklere ilişkin değerlendirme yapabilme hakları bulunmaktadır.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapacakları bütün tercihlerde eşit hakka sahip olmaları gerektiği, istisnasız kabul edilmiş bir kuraldır. Tahkim yargılamasının birden fazla taraftan oluşması da bu duruma istisna

oluşturmamaktadır. Tarafların eşit hakka sahip olmaları, her konuda tarafların aynı işlemleri yapacakları veya yapmaları gerektiği anlamına gelmemektedir. Önemli olan, tahkim yargılamasının taraflarının, tahkim yargılamasının usulünün belirlenmesinde söz sahibi olabilmeleridir. Tarafların sahip oldukları imkân dahilinde tercihte bulunmama hakkı da irade serbestisi kapsamında kabul edilmelidir.

Milletlerarası ticari tahkimde tahkim yargılamasının usulüne ilişkin anlaşmanın şekline ve geçerliliğine ilişkin genel kabul edilen bir düzenleme bulunmamaktadır. Tahkim yargılamasının usulüne ilişkin anlaşmanın şekline, tahkim yeri hukuku, *lex loci arbitri* dikkate alınarak karar verilecektir. Tahkim yargılamasının usulüne ilişkin anlaşmanın geçerliliği de *lex loci arbitriye* tabi olacaktır. Tahkim anlaşmaları ile tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini içeren anlaşmalar birbirlerinden farklı anlaşmalardır ve bu sebeple iki anlaşmanın hüküm ve geçerlilikleri farklı hukuklara tabidir. Tarafların irade serbestilerine getirilen kısıtlamalar yüzünden tarafların tercihlerinin geçerli olmama ve fakat tahkim iradesi geçerli olduğu için tahkim anlaşmalarının geçerli olma ihtimali bulunmaktadır. Her iki anlaşmanın geçerliliklerinin ayrı olarak değerlendirilmesi gereklidir.

Taraflar sahip oldukları usuli irade serbestisi kapsamında tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihlerini açık veya zımni olarak ortaya koyabileceklerdir. Fakat burada tarafların zımni tercihlerinin çok dikkatli değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, tarafların tahkim yargılaması sırasında usuli bir haklarını ileri sürmemeleri veya usuli işleme itiraz etmemeleri halinde ilgili hak *lex proceduraliaya* aykırılık teşkil etmediği müddetçe tarafların haktan feragat ettikleri, konu hakkında zımni bir anlaşmaya varıldıkları kabul edilmelidir. Aksi bir durum zaten dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir. Yine tarafların tahkim yeri seçimlerinin, tahkim yeri hukukuna ilişkin tercihlerini de içereceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Tahkim yargılamalarında esaslı amacın, tarafların tercihlerine uygun bir yargılama yürütülmesi olduğu söylenirken, tarafların tercihlerine ilişkin zımni iradelerinin yanlış değerlendirilmesi ise tahkim yargılamalarının tarafların tercihleri aksine yürütülmesine veya tarafların

irade serbestilerinin aşırı kısıtlanmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple tarafların açık veya zımni tercihlerinin, anlaşma aşamasında, tahkim yargılaması sırasında veya hakem kararları hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında dürüstlük kuralı ve çelişkili davranma yasağı kapsamında dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkimde tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tercihleri ve iradelerinin yorumlanmasına ilişkin kabul edilmiş bir yöntem de bulunmamaktadır. Tarafların iradeleri dürüstlük kuralı ve çelişkili davranma yasağı dahilinde değerlendirilmelidir. Fakat bu değerlendirme yapılırken usule ilişkin tercihlerin, tahkim iradesi karşısında ikinci sırada değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Tarafların irade serbestisi ile tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yaptıkları tercihler daima tahkim iradesinin ardından gelecektir. Bu sebeple tahkim yargılamasının usulüne ilişkin tarafların tercihleri yorumlanırken, *favor negotii* ilkesinin dikkate alınmasına gerek yoktur. Önemli olan taraflar arasındaki anlaşmanın ayakta tutulmasıdır. Tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisi tahkim yargılamasını seçmelerinde önem teşkil etse de bu tercihler yerine getirilmediğinde tahkim yargılamasından tamamen vazgeçeceklerinin söylenmesi çok olası değildir. Örneğin, eğer taraflar irade serbestileri kapsamında bir tahkim kurumunu yetkilendirir ve fakat farklı bir tahkim kurumunun kurallarının uygulanmasını isterlerse, seçilen kurumun farklı bir kurum kuralları ile yargılama yürütmeye izin verip vermediği değerlendirilmelidir. Eğer tahkim kurumu farklı bir tahkim kurumunun kuralları ile tahkim yargılamasını yürütmek istemezse, tarafların tahkim kurumuna ilişkin tercihlerinin geçersiz olduğu ve fakat tahkim anlaşmalarının geçerli olduğu kabul edilerek, tarafların *ad hoc* tahkim yargılamasına tabi oldukları kabul edilmelidir. Yani, tarafların usule ilişkin yaptıkları tercihler, tahkim yargılamasına tabi olma iradesinin tek sebebi olduğu kabul edilmedikçe, tarafların usuli tercihleri değerlendirilirken tahkim iradesi esaslı olarak dikkate alınmalıdır.

Milletlerarası ticari tahkimde taraflar, tahkim yargılaması başlamadan tahkim yargılamasının usulüne ilişkin birçok farklı tercihte bulunabileceklerdir. Bu tercihler tahkim yargılamasının nasıl ilerleyeceğini belirleyecektir. Tarafların *ad hoc* veya

kurumsal tahkim seçiminden usule ilişkin yaptıkları bütün tercihlerinin, hukuki ve pratik olarak farklı sonuçları olacaktır.

Tahkim yargılamasında tarafların usuli irade serbestileri kapsamında yapabilecekleri ve irade serbestilerini kapsamını belirleyen ilk tercih, tahkim yargılamalarının bir tahkim kurumu veya bir hakem veya hakem kurulu tarafından yürütülmesinin istenmesi halinde ortaya çıkacaktır. Tarafların kurumsal tahkimi seçmeleri halinde sahip oldukları irade serbestisi, *ad hoc* tahkimi seçmiş olmaları halinde sahip olacakları irade serbestisine göre daha kısıtlı olacaktır; çünkü kurumsal tahkimde tarafların tercihleri, kurum kuralları ile kısıtlanacaktır.

Tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak bir hukuk seçiminde bulunmamaları veya *lex loci arbitri* kendilerinin belirlemeleri halinde irade serbestileri, *lex loci arbitri* emredici hükümleri ile kısıtlanacaktır. *Lex loci arbitri* kapsamında aksi kararlaştırılamayan emredici hükümlerin neler oldukları genellikle düzenlenmemektedir. Kimi milli düzenlemelerde hangi hükümlerin emredici oldukları açıkça belirtilse de bu durum istisna teşkil etmektedir. Bu sebeple *lex loci arbitri* kapsamında hangi hükümlerin emredici olduklarının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Düzenlemelerde aksinin taraflarca kararlaştırılabileceği açıkça belirtilen hükümlerin emredici olmadıkları, bu hükümler harici hükümlerin de doğrudan emredici oldukları kabul edilmeden kuralın amacı göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gereklidir. Genel olarak adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin emredici oldukları ve fakat bu hükümlerin de diğer hükümler üzerinde kısıtlı bir etkilerinin olduğu kabul edilmelidir. Hangi hükümlerin emredici olduklarına dair daima dar yorum yöntemi kullanılmalıdır. MTK kapsamında aksi taraflarca karşılaştırılmadıkça ifadesinin genel olarak kanun metninde kullanılması sebebiyle, hükümlerin emredici bir görüş ile düzenlenmediği ve kanun kapsamında tarafların irade serbestilerine öncelik tanındığı söylenebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, *lex loci arbitri* harici bir hukuku tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk olarak

belirleyebilecekleri kabul edilmektedir. Fakat tarafların seçtikleri hukuka uygun yürütülmeye çalışılan tahkim yargılaması sırasında seçilen hukukun ve tahkim yeri hukukunun çatışması ve yargılamanın bu çatışma dolayısıyla uzaması veya çıkmaza girme ihtimali oldukça yüksektir. Bu sebeple tarafların uygulanacak usul hukukunu belirlerken, *lex loci arbitri* hükümlerinden farklı bir hukuk seçmemeleri gerektiği söylenebilecektir. Eğer illa tahkim yeri hukuku harici bir hukuk seçmek isteniyor ise, uygulanacak hukuk olarak milletlerarası alanda yer alan usuli kuralların seçilmesi tavsiye edilebilecektir.

Tahkim yargılamalarında tarafların tahkim yargılamasına ilişkin özel bir usul belirlemesi ve bu usulün, seçilen hukukun emredici hükümleri ile çatışması hali ise oldukça problemli bir haldir. Tahkim yargılamalarında tarafların tercihlerine uygun bir yargılama yürütülmesi gerekirken, aynı zamanda emredici hükümlere uygun iptal edilmeyecek veya tenfiz edilebilecek hakem kararları verilmelidir.

Tarafların tercihlerinin tahkim yargılamasının yürütülmesi için seçilen kurum kuralları aksine olması halinde, yapılan tercihler kurumlarca kabul edilmeyecek veya kurumlar tahkim yargılamalarını yürütmekten çekinebileceklerdir. Bu sebeple kurumsal tahkim yargılamalarında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin daha kısıtlı olduğu söylenebilecektir.

Kurumsal tahkim yargılamaları haricinde tarafların tercihlerinin *lex loci arbitri* veya uygulanacak hukuktan gelen emredici kurallar ile çatışması halinde, tarafların tercihleri *lex proceduralia* hükümlerine aykırılık teşkil etmedikleri müddetçe, emredici hükümlerden önce dikkate alınmalılardır. Yani tarafların usule ilişkin özel irade beyanları ve tercihlerinin, *lex loci arbitriyi* veya uygulanacak hukuku seçerek belirledikleri dolaylı kurallardan önce değerlendirilmesi gerekmektedir. Hakem kararının tarafların tercihlerinin uygulanması sebebiyle iptal edilebilecek olması veya tenfiz edilemeyecek olmasına ilişkin risk, tarafların üzerindedir. Bu yorum, tarafların irade serbestilerinin kaynağı olarak *lex loci arbitri* kabul edilirken, tarafların tercihlerinin tamamen tahkim yeri mahkemelerinin veya tenfiz yeri mahkemelerinin takdirine bırakılmaması için de önem taşımaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde emredici kurallara aykırılık teşkil eden tercihler karşısında tarafların tercihlerinin esas alınması gerektiği kabul edilse de hakemlerin bu tercihler ile tahkim yargılamasına devam etme konusunda farklı karar verme hakları da bulunmaktadır. Hakemlerin tarafların emredici hükümlere aykırı tercihleri hakkında verebilecekleri kararlar bir sonraki bölümün konusunu oluşturmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin hangi konularda irade serbestisine sahip olduklarına dair kesin bir görüş birliği yoktur. Tarafların usuli konularda sahip oldukları irade serbestisine ilişkin konular, tahkim yargılamasının yürütülmesine ve denetlenmesine ilişkin iki başlık altında toplanabilecektir.

Tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının yürütülmesi kapsamında, tahkim yargılamasının usuli işlemlerine ve hakem kararlarının niteliklerine karar verebileceklerdir. Yani tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin sahip oldukları irade serbestisi, sadece hakem kararının hangi usul ile verilebileceği veya bu belirlenen usule uyulmaması halinde nasıl bir müeyyide uygulanabileceğine ilişkin hususları değil hakem kararının hangi niteliklere sahip olacağına dair hususları da kapsamaktadır. Taraflar tahkim yargılamasının yürütülmesi kapsamında sahip oldukları irade serbestisi kapsamında, hakem kararlarının taşınması gerektiği kabul edilen hükümlere veya hakem kararlarının gerekçeli olarak yazılıp yazılmayacağına karar verebileceklerdir. Türk hukuku uyarınca da benzer bir yorum ile taraflar gerekçesiz hakem kararına ilişkin tercihte bulunabilecekler ve bu yönde verilmiş hakem kararları iptal edilmerek, tanınıp tenfiz edilebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesinde, tarafların tahkim yargılamasının yürütülmesine ilişkin sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayan hususlardan öte hakem kararının denetlenmesi hakkında sahip oldukları irade serbestisini kısıtlayan hususların değerlendirilmesi gereklidir. Tahkim

yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi olduklarının ve fakat tarafların, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamaları ve hakem kararları üzerinde sahip olduğu denetleme yetkisi hakkında irade serbestisine sahip olduklarının kabul edilmesi, modern *lex loci arbitri* görüşünün bir parçasıdır. Bu çerçevede taraflara, hakem kararlarının denetlenmesine ilişkin iptal davası açma hakkından feragat etme veya iptal davasında değerlendirilecek hususlar hakkında tercihte bulunabilme hakkının tanınması gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında taraflar, iptal davası açma haklarından feragat ederek, tahkim yeri mahkemelerinin hakem kararlarını denetleme yetkilerini kaldırmaktadırlar. Yani, iptal davalarından feragat edilmesi halinde tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamasına yardım etmesi sağlanırken, bu mahkemelerin tahkim yargılaması üzerinde var olan denetleme yetkileri azaltılmakta veya ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum, tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukuklarından koparılmasına yönelik ortaya çıkan delocalization görüşünün mülkilik görüşüne bir yansımadır. Tahkim yeri mahkemelerinin tarafların irade serbestileri üzerinde sahip oldukları aşırı müdahale yetkileri, bu yöntem ile dengelenebilecektir. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin düzenlemelerde ve Türk hukukunda da tahkim yargılamasının tahkim yeri ile olan bağı azaldıkça, taraflara iptal davası açma hakkından feragat etme hakkı tanındığı görülmektedir.

Tahkim yargılamalarında iptal davası açma hakkından feragat edilerek, tahkim yargılamasına ilişkin süreç hızlandırılabilirken, hakem kararlarının icrası da kolaylaştırılabilir. Tarafların iptal davası açma haklarından feragat etmeleri, adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği gibi tahkim yargılamalarının adil yargılanmaya ilişkin hususlara aykırı yürütülebileceği anlamına da gelmemektedir. Gelişmekte olan tahkim hukuku ve tahkime ilişkin yeknesak düzenlemeler, adil yargılamanın yapılmasına ilişkin güvenceyi taraflara sağlamaktadır. Tahkim yargılamaları, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktan veya *lex procedurali*adan gelen hükümler ile adil bir şekilde yürütülecektir. Taraflar yargılama sırasında adil yargılanmaya ilişkin hususlara itiraz edebilecekleri gibi ilgili hususlar tenfiz davalarında da itiraza konu olabileceklerdir. Taraflar tahkim yeri

mahkemelerinde iptal davası açma haklarından feragat ederek sadece, tahkim yeri hukukunun adil yargılanmaya ilişkin hususlarını tahkim yeri mahkemelerinde ileri sürme haklarından feragat etmektedirler.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında iptal davalarından tamamen feragat edilmesine izin veren hukuklar olduğu gibi iptal davalarında mahkemelerce değerlendirilecek hususlar hakkında tercih yapma hakkı sunan hukuklar da bulunmaktadır. İptal davası açma hakkından feragat edilmesine izin veren hukuklar genel olarak tahkim yargılamalarının tahkim yeri ile bağının zayıf olmasını; çoğunlukla tarafların mutad meskenlerinin, ikametgahlarının veya işyerlerinin tahkim yerinde olmamasını aramaktadır. Kimi hukuklar da tarafların iptal davaları kapsamında kendi menfaatlerine ilişkin unsurlardan feragat edebilmelerine izin verirken, tahkime elverişlilik veya kamu düzenine ilişkin devlet menfaatlerine ilişkin hususlardan feragat edemeyeceklerini düzenlemektedirler. Bu durum tahkim yeri hukuklarının, tahkim yargılamalarının kendi hukuku ile olan bağı arttıkça sahip oldukları denetleme hakkından feragat etmek istememelerinden kaynaklanmaktadır. Türk hukuku uyarınca da MTK kapsamında iptal davasından feragat edilen tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararları hakkında icra belgesi alınmak istemesi halinde mahkemenin re'sen tahkime elverişlilik ve kamu düzeni değerlendirmesi yapacağı ve bu sebeple de tarafların ilgili konular hakkında iptal davası açma haklarından feragat edemeyecekleri söylenmektedir. Fakat, hakem kararı hakkında alınması gereken icra belgesinin kararın Türkiye’de icrası için gerekli olduğu göz önünde bulundurularak ilgili hükmün dar yorumlanması, tarafların mahkemelerin denetleme yetkisini kısıtlamaya yönelik tercihleri doğrultusunda bir yorum yapılması gerekmektedir. Tarafların iptal davalarında değerlendirilecek hususlar hakkında kısmi feragatte bulunabilecekleri genel olarak kabul edilmişken, ilgili hususları arttırıp arttıramayacakları hususunda da kesin bir görüş birliği yoktur. Tarafların mahkemelerce değerlendirilecek iptal sebeplerini arttırabilmeleri, *lex loci arbitri* tarafından yasaklanmadıysa ve değerlendirilecek iptal sebebi mahkeme uygulaması ile uyumlu ise mümkün kabul edilmelidir. Türk hukuku kapsamında da tarafların iptal sebeplerinden kısmi feragatleri kanunen mümkünken, iptal sebeplerinin arttırılması konusunda tarafların tercihlerine saygı duyulması gereklidir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında iptal davalarında amaç tahkim yeri üzerinde gerçekleşen tahkim yargılamalarında adil bir yargılamanın yapıldığına dair denetlenme yapılması iken, tanıma tenfiz davalarında amaç hakem kararının icra gücüne sahip olmasıdır. Bu sebeple de taraflara tanınan irade serbestisi iptal davalarında daha fazla iken tenfiz davalarında çok daha kısıtlıdır.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların, usuli irade serbestileri kapsamında tercihlerini tahkim yargılamasının farklı aşamalarında yapma hakları bulunmaktadır. Fakat tarafların usule ilişkin tercihlerini yapma zamanlarının, irade serbestilerinin kapsamı üzerinde farklı etkileri olacaktır. Tarafların tahkim yargılamasının başında olduğu gibi tahkim yargılaması başladıktan sonra da usule ilişkin yeni tercihlerde bulunma veya yapmış oldukları tercihleri değiştirme haklarının olduğu kabul edilse de tahkim kurumlarının veya hakemlerin, tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra yaptıkları tercihler ile bağlı olup olmadıkları, tahkim yargılamasını yürütmek zorunda olup olmadıkları veya tarafların tercihleri doğrultusunda hakem kurullarının nasıl karar vermeleri gerektiği tartışmalı konulardır. Bu soruların cevapları bir sonraki bölümde değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümün ikinci kısmında incelenen, ***Hakemlerin tahkim yargılamalarını tarafların tercihleri doğrultusunda yürütme yetki ve yükümlülüklerinin kaynağı nedir? Hakemlerin tarafların tercihlerine aykırı olarak hareket etme yetki veya yükümlülükleri var mıdır? Tarafların tercihlerinin hakemliğin cereyan ettiği yer hukukuna aykırı hükümler içermesi halinde hakemler nasıl bir yol izleyeceklerdir? Tarafların tercihlerine aykırı hareket etmenin hakem kararı üzerindeki etkisi nedir?*** soruları tahkim yargılamasında tarafların irade serbestilerinin kapsamının belirlenmesine yönelik en kritik sorulardan olduğu söylenebilecektir. Çünkü bu sorular tahkim kurumlarının veya hakemlerin tarafların irade serbestileri ile yaptıkları tercihler üzerinde nasıl yetkilere sahip oldukları ve tarafların tercihleri hakkında nasıl karar verebileceklerine ilişkindir. Tarafların usuli irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihler, tahkim

yargılamalarında hakem kurullarınca yerine getirilmediği müddetçe tarafların usuli konularda irade serbestisine sahip olduklarından bahsedilemeyecektir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tahkim yargılaması başladıktan sonra tarafların irade serbestisi, tahkim kurumları veya hakem kurulları tarafından kısıtlanacaktır.

Taraflar tahkim yargılamalarını yürütmek üzere bir tahkim kurumunu yetkilendirdiklerinde, irade serbestilerinin kurum kuralları tarafından kısıtlanacağı ve tarafların bu kurallar aksine karar veremeyecekleri kabul edilmektedir. Tarafların bir tahkim kurumunu seçmelerinin sebebinin, kurumun kuralları dahilinde yaptığı yargılama olduğu kabul edildiğinden tarafların bu kurallar aksine karar vermeyecekleri kabul edilmektedir. Tarafların tercihleri, sadece tahkim kurumlarının kuralları ile değil, tahkim kurumlarının bu kuralları nasıl yorumlayacakları ile de kısıtlanmaktadır. Bu sebeple de kurum kuralları aksine yapılan taraf tercihlerinin çoğu durumda kurumları bağlamayacağı, tarafların kurum kuralları haricinde kurallar belirlemeleri halinde kurumların tahkim yargılamasını yürütmeyi reddedebileceği söylenebilecektir. Bu sebeple kurumsal tahkimde tarafların usuli irade serbestilerinin daha kısıtlı olduğu söylenilebilecektir.

Tahkim yargılamalarına hakemler dahil olduklarında artık tarafların usuli tercihleri hakkında hakemlerin karar vermeleri gerekmektedir. Hakemler, tarafların tercihlerini kabul etmek suretiyle tahkim yargılamalarına devam edebilecekleri gibi tahkim yargılamasından istifa etmek sureti ile çekilebileceklerdir.

Hakemler, tahkim yargılaması başlarken tarafların usuli tercihlerini bilebilirler ve tahkime ilişkin yetkilendirmeyi bu tercihler kapsamında kabul edebilirler. Tahkim yargılaması başladıktan sonra da usule ilişkin tercihleri belirleyen bir görev belgesi hakemlerle birlikte hazırlanabilir veya usule ilişkin bir ara karar verilebilir. Taraflar görev belgesiyle, tahkim yargılamasına ilişkin yapmış oldukları tercihleri değiştirebileceklerdir. Aksi bir tutum, yani görev belgesi ile

yapılan değişikliklerin geçerli kabul edilmemesi dürüstlük kuralına ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecektir.

Tahkim yargılamasının usulüne ilişkin kararların hakemler ile birlikte verilmesi ve hatta hakemlere tahkim yargılamasının başında takdir yetkisi tanınması, tahkim yargılamalarının hızlı ve etkin bir şekilde ilerlemesini sağlayacaktır. Bu sayede hakemler her usuli sorun hakkında, her bir aşamada karar verebilecek ve verilen kararların *lex proceduralia* veya *lex loci arbitri* ile uyumlu olması sağlanabilecektir.

Tarafların tahkim yargılamasının başında yaptıkları tercihler sadece tarafların irade serbestilerini değil, hakemlerin tahkim yargılamasına ilişkin yetkilerini de kısıtlayacaktır. Hakemler tahkim yargılaması başladıktan sonra kendilerine verilen yetki kapsamında usuli kararlar verebileceklerdir. Hakemlerin usuli kararlarının, tarafların başlangıçtaki tercihlerine veya görev belgesine aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Aksi halde hakem kararlarının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi hali ortaya çıkabilecektir.

Tahkim yargılamaları hakkında esas sorun, tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra yaptıkları, uygulanacak hukuka aykırı tercihleri hakkında hakemlerin nasıl bir yol izleyecekleridir. Hakemlerin icra edilebilir hakem kararı verme ve kendilerine tanınan yetki ile tahkim yargılamalarını yürütme yükümlülükleri ile yargılamaları tarafların tercihlerine uygun olarak yürütme yükümlülükleri çatıştığında hakemlerce verilecek kararlar, tarafların usuli irade serbestisinin kapsamını belirleyecektir. Tahkim yargılamalarında tarafların usuli irade serbestilerinin tahkim yargılaması başladıktan sonra da devam ettiği kabul edilirken, hakemlerin tarafların bütün tercihleri ile bağlı oldukları söylenemez.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemler, tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflarca yapılan tercihlerin makul olup olmadığını, ilgili tercihin tahkim yargılaması başlamadan önce de yapılıp yapılamayacağını ve tarafların tercihlerinin amacını değerlendirmek suretiyle tarafların tercihlerine uygun olarak

tahkim yargılaması sürdürmeye karar verebilirler. Hakemlerin tarafların tercihleri doğrultusunda tahkim yargılamalarına devam etmek istememeleri hali ise daha problemlidir. Bu durumda tarafların tercihlerinin uygulanacak hukuka uygun olup olmadığının ve hakemlerin yetkilerinin değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmelidir.

Hakemler, tarafların *lex proceduraliaya* aykırı tercihlerini dikkate almadan tahkim yargılamalarına devam edebileceklerdir. Hakemlerin, tarafların *lex proceduraliaya* aykırı tercihlerini dikkate almadan devam edebilmelerinin, bir yargılama görevi yerine getirmeleri sebebiyle sahip oldukları doğal yargılama yetkisinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Tahkim yargılamalarında hakemlerin, tarafların yaptıkları anlaşmadan doğan açık yetkilerinin, tarafların anlaşmalarından doğan açık yetkinin içerdiği tahkim yargılamasının yürütülmesi için gerekli zımni yetkilerinin ve yargılama faaliyeti yürütmelerinden kaynaklı doğal yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu doğal yetki kapsamında hakemler, tarafların adil yargılanmaya aykırı tercihleri aksine işlem yapabilme yetkisine sahiptirler. Hakemlerin sahip oldukları kabul edilen doğal yetkiler ile verdikleri hakem kararlarının da hakemlerin yetkilerini aşmış oldukları veya tarafların tercihleri aksine işlem yapıldığı gerekçesiyle, iptal edilmeyeceği ve tenfiz edilebilecekleri söylenebilecektir.

Tahkim yargılamalarında tarafların *lex proceduralia* harici *lex loci arbitriden* veya kendi seçtikleri kurallardan gelen emredici kurallara veya aykırılık teşkil eden tercihleri hakkında hakemlerin bu tercihlere uymamak gibi bir yetkileri olduğunun söylenmesi ise kolay değildir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafların tercihleri aksine hareket ettiklerinde kendilerine tanınan yetkiyi aştıkları kabul edilmektedir. Bu sebeple her ne kadar tarafların tercihleri emredici kurallara aykırılık teşkil etse de hakemlerin bu tercihlere uyma yükümlülükleri vardır. Hakemlerin açık ve zımni yetkileri kapsamında, tarafların emredici kurallara aykırı yaptıkları tercihler aksine yargılama yapabilmeleri mümkün değildir. Aksi bir yorum taraf tercihlerine açık

aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda, özellikle tahkim yeri emredici kuralları aksine tercihlerde bulunan tarafların tercihleri karşısında hakemlerin, taraf tercihleri doğrultusunda yargılama yapmaları gerekmektedir. Tahkim yeri hukukunu tahkim yargılamaları üzerinde sahip olduğu etkinin dengelenebilmesi için hakemlerin taraf tercihlerini öncelikle dikkate alabilmeleri gerekmektedir. Tarafların emredici hükümlere aykırı tercihlerine uygun verilen hakem kararlarının iptal edilebilme veya tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıksa da bu risk, ilgili kurallar aksine tercihlere bulunan tarafların üzerindedir.

Hakemlerin, her bir somut olayda tarafların emredici kurallar aksine yaptıkları tercihleri değerlendirerek bir karar vermeleri gerekmektedir. Eğer hakemlerce tarafların tercihleri ile yargılama yürütölmek istenmiyor ise, hakemlerin tarafları aydınlatması ve öneride bulunmaları gerekmektedir. Bu durum hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına da hanel getirmeyecektir. Pratikte tarafların hakemleri dinleyecekleri, çünkü günün sonunda uyuşmazlık hakkında karar verecek olanların hakemler olduğı kabul edilmektedir. Eğer hakemler tarafların tercihlerine uygun yargılama yürötmek istemiyorlarsa da istifa etmek suretiyle yargılamadan çekilebileceklerdir.

Üçüncü bölümün son kısmında incelenen, *Bir yabancı hakem kararının tenfizi için gerekli koşullar nelerdir? Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan koşullardan, yargılamanın tarafların anlaşmalarına göre yürütölmesi gerekliliğı ile hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerektiğıne ilişkin kriterler arasında nasıl bir fark vardır? Bu farkın hakem kararı ve tarafların irade serbestileri üzerindeki etkileri nelerdir? Tahkim yeri mahkemesinin hakem kararları hakkında verdiğı kararların, tenfiz yeri mahkemesi üzerinde etkisi var mıdır? Tarafların tahkim yeri mahkemesinde hakem kararına ilişkin iptal davası açıp, ardından tenfiz yeri mahkemesinde kararın yabancı hakem kararı olmadığını ileri sürmeleri dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilmeli midir?* soruları ise tarafların usuli irade serbestilerinin kapsamının mahkemelerce nasıl belirleneceğıne ve mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerindeki etkilerinin nasıl değerlendirileceğıne ilişkindir.

Taraflar tahkim yargılamaları ile uyuşmazlıklarının çözümü konusunda anlaştıklarında, mahkemelerin ilgili uyuşmazlık üzerindeki yetkisini ortadan kaldırmaktadırlar. Taraflar mahkeme yargılaması haricinde alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi istedikleri için tahkim yargılamasını seçmektedirler. Bu sebeple tarafların iradelerine saygı duyulması ve tahkim yargılamalarının mahkeme müdahalelerinden korunması gerekmektedir. Mahkemelerin, özellikle tahkim yeri mahkemelerinin, tahkim yargılamalarına müdahalelerine izin verildiği müddetçe, tarafların irade serbestileri kapsamında yaptıkları tercihler ile yargılamaların yürütülmesi zorlaşacaktır. Bu sebeple mahkemelerin, istisnai hallerde tahkim yargılamalarına ve müdahalelerine izin verilmesi, tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihlerin uygulanması konusunda önem teşkil etmektedir.

Tahkim yargılaması başlamadan veya tahkim yargılaması devam ederken mahkemelerin, tarafların usuli irade serbestileri üzerindeki etkisi oldukça azdır veya dolaylıdır. Mahkemelerin bu aşamada oldukça sınırlı bir kapsamda tahkim yargılamalarına müdahalede ve yardımda bulunmaları gerektiği kabul edilmektedir. Tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi oldukları kabul edilirken, tahkim yeri mahkemelerinin yardım ve müdahalelerinin kısıtlanması ve bu sayede tahkim yargılamalarının kendine has, taraf tercihlerine uygun niteliklerinin ortaya çıkartılması, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamaları üzerindeki etkisinin dengelenmesi açısından önem taşımaktadır. Tahkim yargılamaları başlamadan veya yargılama devam ederken mahkemelerce, tarafların tahkim yargılamalarına ilişkin tercihlerine saygı duyularak, düzenlemelerde yer alan sınırlı sebeplerle işlem yapılması da dolaylı olarak tarafların irade serbestisini destekleyecektir.

Mahkemeler, tahkim yargılamalarının başında veya tahkim yargılamaları devam ederken düzenlemelerde belirlenen konularda tahkim yargılamalarına yardım ve müdahale edebilirler. Bu kapsamda mahkemeler, açılan bir davada tahkim itirazı yapıldığında tahkim anlaşmasına geçerliliğine ilişkin değerlendirme yapabilir veya ihtiyati tedbir, hakem kurulunun oluşturulması veya delillerin toplanması gibi konularda tarafların talepleri üzerine tahkim yargılamalarına yardım edebilirler.

Mahkemelerin tahkim itirazı kapsamında değerlendirme yaparken ayrıntılı bir inceleme yapmadan uyuşmazlığı hakemlere yollaması, tarafların tahkim iradesi ile birlikte usuli tercihlerinin mahkemelerce dikkate alınması açısından önemlidir. Yine tahkim yargılamalarında mahkemelerden istenebilecek yardımlar, tarafların usuli irade serbestilerini kısıtlayacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu yönde tarafların, mahkeme yardımından da feragat haklarının olduğunun kabul edilmesi gerekir. Özellikle iptal davaları ile hakem kararlarının denetlenmesinden feragat edebilen tarafların, tahkim yargılaması sırasında tahkim yeri mahkemelerinin yardımlarında da feragat edebilmeleri gerekmektedir.

Mahkemelerin tahkim yargılamalarına müdahale eden *injunctions* kararları hakkında da hakemlerin, mahkeme kararının; keyfilik içerip içermediğini, tahkim yargılamasını sekteye uğratmak için verilip verilmediğini, milletlerarası özel hukuka uygunluğunu ve mahkeme kararına uymamanın sonucunu değerlendirmek suretiyle bir karar vermeleri gerekmektedir. Bu değerlendirme kapsamında da hakemlerin, mülkilik ilkesi gereği tahkim yeri mahkemeleri tarafından verilen her karar uymaları gerekmemekte, tarafların irade serbestileri ile konu hakkında yaptıkları tercihlerin öncelikle değerlendirmesi gerekmektedir.

Mahkemeler, tarafların usuli irade serbestisi hakkında esas olarak hakem kararı verildikten sonra, karar hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında değerlendirme yapmaktadırlar. Mahkemeler, hakem kararının geçerliliğine veya icra gücüne sahip olup olmadığına dair yaptıkları incelemede, tarafların usuli irade serbestisi kapsamında yaptıkları tercihleri, başta adil yargılanmaya ve kamu düzenine ilişkin hükümler olmak üzere belirli kriterler ile değerlendirmektedirler.

Mahkemelerin hakem kararları verildikten sonra iptal ve tenfiz davaları ile yaptıkları denetleme, bir risk yönetim amacını taşımaktadır. Mahkemeler, tahkim yargılamalarını ve hakem kararlarını denetlerken dolaylı olarak tarafların usuli tercihlerinin geçerliliklerini ve bu tercihlerin adil yargılanma standartlarına uygun olup olmadığını denetlemektedirler. Mahkemeler, tarafların usule ilişkin tercihlerini birkaç temel başlık altında değerlendirmektedirler. Bunlar; hakem kararlarının adil

yargılanmaya ilişkin hususlara uygun olması, kararların hakemlerin yetkileri dahilinde verilmiş olması, kararların tarafların iradelerine uygun olarak verilmiş olması, kararların tenfiz edilebilmeleri için iptal edilmemiş olması ve kararların kamu düzenine uygun olmasıdır.

Mahkemelerde tarafların usuli tercihleri uygulanarak verilmiş hakem kararlarının öncelikle adil yargılanmaya ilişkin hususlar ile denetleneceği milli ve milletlerarası düzenlemelerde yer almaktadır. Adil yargılanmaya ilişkin değerlendirmelerde sadece hukuki dinlenilme hakkı değil, bütün unsurlar değerlendirilmelidir. Adil yargılanmaya ilişkin kriterler arasında var olan bağ, mahkemelere, adil yargılanmaya ilişkin yapılan değerlendirme kapsamında hukuki dinlenilme hakkı veya hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin hususlarda da değerlendirme yapma imkanı sağlayacaktır. Türk hukukunda da MTK ve MÖHUK hükümlerinde yer alan eşitlik ilkesine ve iddia ve savunma ilkesine ilişkin ifadeler geniş yorumlanarak, adil yargılanmaya ilişkin diğer ilkeleri kapsar şekilde yorum yapılmalıdır.

Mahkemelerce hakem kararları değerlendirilirken adil yargılanmaya ilişkin dikkate alınacak kriterler *lex proceduraliaya* ilişkin temel unsurlar olmalıdır. Yani iptal ve tenfiz davalarında tarafların usuli irade serbestileri kapsamında yaptıkları tercihler, tahkim yeri hukuku veya tenfiz yeri hukukunda yer alan hükümlerden öte *lex proceduraliaya* tabi hükümler ile değerlendirilmelilerdir. Mahkemelerin ve özellikle tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamaları ve tarafların irade serbestileri üzerinde sahip olduğu denetleme gücünün dengelenmesi için adil yargılanmaya ilişkin hususların *lex proceduralia* kapsamında değerlendirilmesi önem teşkil etmektedir.

Hakemlerin tarafların tercihlerine uygun hareket etmeleri önemlidir; çünkü taraf tercihlerine aykırı yargılama yapılması halinde hakem kararlarının, hakemlere verilen yetkinin aşılması sebebiyle iptal edilme ve tenfiz edilmeme ihtimali olabilecektir. Bu sebeple hakemler, tarafların tercihleri *lex loci arbitriye* veya farklı hukuklardan gelen emredici kurallara aykırılık teşkil etseler bile bu tercihler

doğrultusunda yargılamayı sürdürmelidirler. Tarafların sahip oldukları irade serbestisinin korunması ve aşırı kısıtlanmaması için tarafların tercihlerinin *lex loci arbitri* veya emredici kurallara aykırılık teşkil etse bile, hakemlerin tarafların tercihleri aksine hareket etme yetkilerinin olmadığı kabul edilmesi gereklidir. Hakemlerin sadece, taraf tercihleri *lex proceduraliaya* aykırılık teşkil ettiğinde sahip oldukları doğal yetki sayesinde taraf tercihleri aksine işlem yapabilecekleri kabul edilmelidir. Tarafların tercihlerinin *lex proceduraliaya* aykırı olduğu için hakemlerce uygulanmaması durumunda hakem kararının hakemlerin yetkilerini aştıkları için iptal edilme veya tenfiz edilmeme ihtimali ortaya çıksa da *lex proceduralianın* adil yargılanmaya ilişkin ortak hükümlere ilişkin olması sebebiyle mahkemelerin ilgili kararları iptal etmeyeceği veya tenfiz edeceği söylenebilecektir.

Hakem kararlarının tarafların tercihlerine uygun verilmemesi de hakem kararlarının iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olabilecektir. Bu husus tarafların usuli irade serbestileri kapsamında yaptıkları tercihlerin ve dolaylı olarak tarafların irade serbestilerinin kapsamının korunması adına önem teşkil etmektedir. Tarafların tercihlerinin adil yargılanma ilkelerine, tahkim yeri emredici kurallarına veya kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde mahkemelerce nasıl bir tavır alındığı tarafların usuli irade serbestisinin kapsamını belirlemektir. Tarafların tercihlerinin, adil yargılanmaya ilişkin temel hususlara, yani *lex proceduraliaya* aykırılık teşkil etmediği müddetçe hakem kararının iptaline sebep olmayacağının veya tenfizine engel olmayacağının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple iptal veya tenfiz davalarında tarafların tercihleri öncelikle dikkate alınmalıdır. Özellikle tarafların tercihleri ile tahkim yeri hukuku çatışırsa, tarafların tercihlerinin öncelikle dikkate alınması gerektiği söylenebilecektir. Bu durumda tahkim yeri emredici kuralları ile çatışan tercihler sebebiyle hakem kararının iptal edilebilme riski de bu kurallar aksine tercihte bulunan tarafların üzerindedir. Ayrıca unutulmamalıdır ki hakem kararı, tahkim yeri hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiği için tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilse bile farklı bir devlet mahkemesinde tenfiz edilebilecektir. Yani mahkemelerce gerek iptal davalarında gerekse tenfiz davalarında tarafların tercihleri değerlendirilirken, düzenlemelerde yer alan emredici hükümlerin dar yorumlanması, taraflara uygulanacak hukuk aksine

işlem yapma imkanı tanıyan bütün hükümlerin tarafların tercihleri dikkate alınacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir.

Hakem kararlarının tenfiz edilmesi için iptal edilmemiş olmaları da aranmaktadır. Bu husus, hakem kararlarının tahkim yeri hukukuna tabi olduğu ve tahkim yeri hukuku tarafından iptal edilen hakem kararlarının yok hükmünde oldukları için tenfiz edilemeyecekleri görüşüne dayanmaktadır. Her ne kadar günümüzde tahkim yargılamalarının tahkim yeri hukukuna tabi olacakları kabul edilmekteyse de tahkim yeri mahkemelerinin hakem kararları hakkında verecekleri her iptal kararının, tenfiz davalarında doğrudan kabul edilmesinin gerekli olmadığı da savunulmaktadır. Bu görüş delocalization teorisinin bir yansıması olarak görülebilecektir. İptal kararlarının sadece verildikleri ülkede etki göstermeleri gerekmektedir. Hakem kararlarının kaderi tamamen tahkim yeri mahkemelerinden verilen kararlara bağlanamaz. İptal davası açma hakkından vazgeçilen hakem kararları tenfiz edilebiliyorlarsa, iptal edilmiş kararlarının da tenfiz mahkemelerince değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Tahkim yeri emredici kuralları sebepleriyle iptal edilen hakem kararların tenfiz edilebilmeleri, tahkim yargılamalarını tahkim yeri hukukunun müdahaleci etkisinden koruyabilecek ve tarafların irade serbestisini de destekleyecektir. Bu sebeple tahkim yeri emredici hükümlerine uymadığı gerekçesi ile iptal edilen hakem kararlarının tenfiz edilme ihtimalleri hakkında mahkemelerin takdir yetkilerinin olduğu kabul edilmelidir. Hakem kararları yalnızca milletlerarası iptal standartlarına uygun olarak mahkemelerce iptal edilmişlerse ise tenfiz davalarında dikkate alınabileceklerdir. Yani yalnızca *lex proceduralia* hükümlerine aykırılık teşkil ettiği için iptal edilen hakem kararların tenfizi kabul edilmemelidir. Bu görüş doğrultusunda da tahkim yeri veya taraflarca seçilen hukuktan gelen emredici kuralların doğrudan tarafların usuli irade serbestileri üzerinde etki doğurmaması sağlanabilecektir. Cenevre Sözleşmesinde, hangi sebeplerle tahkim yeri mahkemesi tarafından iptal edilen hakem kararlarının tenfizinin mümkün olmadığı özel olarak sayılmıştır. Sözleşmede sayılan iptal sebepleri arasında yer almayan bir sebep ile örneğin; tahkim yeri emredici kuralına uyulmaması sebebiyle iptal edilen hakem kararları veya tahkim yeri kamu düzenine aykırılık teşkil için iptal edilen hakem kararları, taraf devlet mahkemelerince iptal kararına rağmen tenfiz

edilebilecektir. Hakem kararları hakkında açılan tenfiz davalarında Cenevre Sözleşmesinde yer alan düzenleme kapsamında yapılacak bir değerlendirme, tarafların sahip oldukları irade serbestisini tahkim yeri hukukunun müdahaleci etkilerinden koruyabilecektir.

Hakem kararlarının iptal edilmemeleri veya tenfiz edilebilmeleri için aynı zamanda kamu düzenine ilişkin hususlara aykırılık teşkil etmemeleri gerekmektedir. Genel kabul edilen görüş, iptal davalarında tahkim yeri mahkemelerinin kamu düzeninin değerlendirilmesi iken tenfiz davalarında tenfiz devletinin kamu düzeni değerlendirilmesidir. Bu değerlendirilen kamu düzenlerinin de devletlerin milli kamu düzenleri değil milletlerarası kamu düzenleri olması gerektiği uygulama ve doktrinde vurgulanmaktadır. Fakat günümüzde usuli konular arasında sağlanan yeknesaklığın kamu düzenine de yansıdığı ve milletlerarası alanda usuli konularda bir gerçek milletlerarası kamu düzeninin oluştuğundan bahsetmek mümkündür. Gerek iptal gerekse tenfiz davalarında mahkemelerce kamu düzeni engeli kapsamında milletlerarası gerçek usuli kamu düzeninin ve *lex proceduralia* hükümlerinin değerlendirilmesi gereklidir. Bu sayede tarafların tahkim yargılamasının usulüne ilişkin sahip oldukları irade serbestisi, kamu düzeni istisnası ile en az şekilde kısıtlanacaktır.

Gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin yapılan değerlendirme, yeknesak hükümlerden geldiği için kararlar hakkında bir öngörülebilirlik de sağlayacaktır. Tahkim yargılamalarının tahkim yerine tabi oldukları kabul edilse de tahkim yeri hukukunun hakem kararları üzerinde sınırsız bir denetleme hakkı olduğunun kabul etmek, milletlerarası ticari tahkim ile ulaşılmaya çalışılan esnekliğe de aykırılık teşkil edebilecektir. Bu sebeple kamu düzeni engeli kapsamında gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin yapılacak değerlendirme, hakem kararlarının tamamen tahkim yeri hukukuna tabi kılınmasını önleyerek, tahkim yargılamalarında irade serbestisi ve tahkim yeri hukuku arasında bir denge kurulmasını sağlayacaktır.

Tarafların sahip oldukları irade serbestisinin aşırı kısıtlanmaması için gerçek milletlerarası kamu düzenine ilişkin unsurların dar yorumlanması, özellikle adil

yargılanmaya ilişkin hususları kapsayacak şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. İptal ve tenfiz davalarında kamu düzenine ilişkin hususlar mahkemece re'sen değerlendirilebilirken, adil yargılanmaya ilişkin hususlar hakkında mahkemelerin değerlendirme yapabilmeleri için taraflarca itirazda bulunulması gerekmektedir. Adil yargılanmaya ilişkin her unsurun kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesi mahkemelerin hakem kararlarına ve tarafların usuli tercihlerine re'sen müdahale imkanını ortaya çıkarmakta ve tarafların irade serbestisini aşırı kısıtlamaktadır. Bu sebeple örneğin hakemlerin tarafsız ve bağımsızlıklarına ilişkin hükümlerin kamu düzeni kavramı altında değerlendirilmesinden adil yargılanma hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine avukat ile savunma yasağı getiren tahkim kurumlarınca verilen kararların kamu düzeni kapsamında değil adil yargılanma kapsamında değerlendirmesi gerekmektedir. Hakem kararlarının tahkim süresi içinde verilmediğine dair itirazların da kamu düzeni içinde değil adil yargılanmaya ilişkin hükümler içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mahkemelerin tarafların usuli irade serbestilerine ilişkin iptal ve tenfiz davalarında hangi hususları değerlendirdikleri ile birlikte bu hususları nasıl değerlendirdikleri de irade serbestisinin kapsamının belirlenmesinde önem teşkil etmektedir. Mahkemelerin nasıl değerlendirme yapması gerektiğinin tespit edilmesi, mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerindeki denetleme yetkilerinin dengelenmesi için önem teşkil etmektedir.

Öncelikle açılacak olan iptal ve tenfiz davalarında mahkemelerin, tarafların tercihlerini değerlendirirken dikkate almaları gereken hususlar hakkında takdir hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Tarafların usuli irade serbestilerinin, aşırı kısıtlanmaması için iptal ve tenfize ilişkin değerlendirilmesi gereken hususların dar yorumlanmaları, düzenlemelerin dar yorumlanması için de hakimlerin konuya ilişkin takdir hakları olmalıdır. Türk hukukunda da mahkemelerin bu yönde takdir hakları olduğu kabul edilmelidir. Bu takdir hakkı kapsamında emredici kurallar dar yorumlanarak, tarafların tercihleri öncelikli olarak dikkate alınabilecektir. Örneğin tahkim yeri hukukunda yer alan tek sayıda hakem zorunluluğuna veya hakem kararının gerekçeli olmasına ilişkin emredici kurallar

aksine taraf tercihleri ile verilen kararlar, doğrudan iptal edilmemeli veya tanıma tenfizleri engellenmemeli, mahkemelerin takdir yetkileri kapsamında hakimlerce değerlendirilebilmelilerdir. Bu sayede usuli ihlallerin veya emredici kurallar aksine yapılan tercihlerin tahkim yargılaması üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi sağlanabilecektir. Yine hakemlerin doğal yetkilerini kullanarak, tarafların *lex procedurali*aya aykırı tercihleri aksine verdikleri kararlar da mahkemelerin takdir yetkileri kapsamında değerlendirebileceklerdir. Usuli ihlallerin kamu düzeni kavramı içerisinde değil de adil yargılanmaya ilişkin kriterler içinde değerlendirilebilmesi de mahkemelere takdir hakkı sağlanması ile mümkün olacaktır.

Hakem kararları hakkında açılan iptal ve tenfiz davalarında bir aykırılığın iptal sebebi veya tenfiz engeli olabilmesi için aykırılığın, hakem kararına yansımaları, belirli bir ağırlıkta olması veya bir taraf lehine haksız bir durum ortaya çıkarmış olması da aranmalıdır. Tarafların irade serbestilerini kısıtlayan hükümlere aykırılık teşkil eden her tercihlerinin, hakem kararını doğrudan iptal etmesi veya hakem kararının tenfizini engellemesi, irade serbestisine aykırı sonuçlar ortaya çıkartabilir ve tarafların iradelerinin emredici kurallar karşısında ikinci plana atılmasına sebep olabilir. Özellikle emredici hükümler aksine yapılan tercihlerin sonuçlarının hakem kararına yansımalarının aranması, tarafların irade serbestilerinin kapsamı ile tahkim yeri mahkemelerinin müdahaleci etkisinin dengelenmesi için önem arz etmektedir. Bu sebeple mahkemelere, emredici kurallar aksine yapılan tercihler doğrultusunda verilmiş hakem kararları hakkında tercihlerin karara yansımalarının değerlendirilmesine dair takdir hakkı tanınması gerekmektedir. Sadece *lex procedurali*aya ilişkin hükümlere aykırılık teşkil eden tercihler, hakem kararına yansımaya bile hakem kararının doğrudan iptaline veya tenfiz edilmemesine sebep olabileceklerdir. Fakat bu durumun çok istisnai olduğu ve bu durumda dahi ilgili ihlalin karardan anlaşılmadığı veya kararın farklı bir yönde çıkabileceği ispat edilmediği müddetçe, hakem kararlarının iptal edilmemesi ve tenfiz edilmesi gerektiği söylenebilecektir. Benzer bir değerlendirmenin, tarafların tercihlerine aykırı işlemler ile verilmiş hakem kararları hakkında da yapılması gereklidir. Mahkemeler takdir yetkileri kapsamında, tarafların tercihlerine aykırı işlemlerin hakem kararına yansımalarını aramalıdır. Tarafların tercihleri aksine yapılan işlemlerin hakem

kararının iptaline veya tenfiz edilmesine engel olabilmesi için aykırılığın hakem kararına yansımalarının aranması, tarafların tercihlerinin ikinci plana atılması gibi görülebilecektir. Fakat tarafların tercihleri aksine yapılan işlemlerin hakem kararının sonucunu etkilemediği müddetçe iptal veya tenfiz sebebi olmamaları, tarafların, sahip oldukları irade serbestilerini ve usuli ihlalleri bir silah olarak kullanmalarının önlenmesi için gereklidir. Bu sayede taraflar, sahip oldukları irade serbestisini veya hakem kararının denetlenmesine ilişkin hususları dürüstlük kuralına aykırı olarak manipüle edemezler.

Son olarak, tarafların tahkim yargılamalarında sahip oldukları irade serbestisinin bir silah olarak kullanılmasının önlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple tarafların herhangi bir ihlali iptal ve tenfiz davasında ileri sürmeden önce, eğer konu hakkında bilgileri var ise, tahkim yargılamalarında ileri sürmüş olmalarının aranması gerekmektedir. Aksi bir yaklaşım dürüstlük ilkesine ve çelişkili davranış yasağına açık aykırılık teşkil edecektir. Bu durum, tarafların sahip olduğu irade serbestisini kullanırken adil yargılanmaya ilişkin hususlara uygun hareket etmelerini ve sahip oldukları irade serbestisini hukuka uygun olarak kullanmalarını sağlayacaktır. Yani mahkemelerin, tahkim yargılamalarında bir üst denetleyici olmalarının ve tahkim yargılamalarına aşırı müdahale edebilmelerinin önüne geçebilmek için tarafların yapabilecekleri itirazların da kısıtlanması gerekmektedir.

Çalışma kapsamında amacımız, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında usuli konularda tarafların sahip oldukları irade serbestisine ilişkin milletlerarası alanda gelişmekte olan yeknesaklaşmanın incelenmesidir. Bu amaçla tarafların irade serbestilerinin kaynağı, sınırları ve tespitine ilişkin unsurlar elimizden geldiğince somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Umarız çalışmamız, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında tarafların usule ilişkin sahip oldukları irade serbestisinin kapsamının belirlenmesine, tahkim yargılamalarının özellikle tahkim yeri mahkemelerinin müdahaleci etkilerinden korumasına ve tahkim yargılamalarında öngörülebilen ve adil kararlar verilebilmesine yardımcı olur.

KAYNAKÇA

- Abedian, Hossein: “Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review”, **Journal of International Arbitration**, vol.28, S.6, 2011, s.553-590.
- Akıncı, Ziya: “Gerekçesiz Hakem Kararı Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.70, S.1-3, s.7-16 (**Gerekçesiz**).
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 5. bs., İstanbul, Vedat, 2020 (**Milletlerarası Tahkim**).
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994 (**Tenfiz**).
- Akıncı, Ziya: “Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 40, S.1, 2020, s.481-495 (**Prag Kuralları**).
- Aksen, Gerald: “Reflections of an International Arbitrator”, **Arbitration International**, vol.23, S.2, 2007, s.255-260.
- Ansari, Jamshed: “Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis”, **Researcher**, vol.6, S.6, 2014, s.47-53.
- Arroyo, Diego P. Fernandez: “Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris,

2016, s.199-233.

- Arslan, İlyas: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi**, İstanbul, Adalet, 2019.
- Ataman-Figanmeşe, İnci: “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, S.2, 2011, s.35-81 (**Mükerrer Kontrol**).
- Ataman-Figanmeşe, İnci: **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas**, İstanbul, Vedat, 2015 (**Takas**).
- Aydın, Esen: “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 39, S.1, 2019, s.33-61.
- Aygül, Musa: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. bs., İstanbul, On iki Levha, 2014.
- Aygün, Musa: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu”, **Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.3, 2007, 661-695.

- Ayoğlu, Tolga: **Lex Mercatoria**, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2011.
- Bachand, Frédéric: “Do Transnational Rules Matter?”, **International Arbitration: The Coming of a New Age?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.17, Kluwer Law International, 2013, s.389-395.
- Baert, Philippe R.: **The Potential of Online Arbitration (OARB) in Resolving Disputes at the Lower End of Value**, Yayınlanmamış Tez, Gent Üniversitesi, 2017.
- Bahçekapılı Vincenzi, Senem: “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 36, S.1, 2016, s.73-126.
- Bantekas, Ilias: **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge University Press, 2015.
- Barraclough, Andrew / Waincymer, Jeff: “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, **The Melbourne Journal of International Law**, vol.6, 2005, s.205-244.
- Benedettelli, Massimo V.: “Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience”, **Arbitration International**, vol.31, S.4, 2015, s.631-659.
- Berger, Klaus Peter: “Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”, **Arbitration International**, vol.34, 2018, s.473-493 (**Paradox**).

- Berger, Klaus Peter: “Party Autonomy in International Economic Arbitration: A Reappraisal”, **The American Review of International Arbitration**, vol.4, 1993, S.1, s.1-36 (Autonomy).
- Berger, Klaus Peter/
Jensen, J. Ole: “Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour For Procedural Management Decisions by International Arbitrators”, **Arbitration International**, vol.32, 2016, s.415-435.
- Bermann, George A.: “Introduction: Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **American Review of International Arbitration**, vol.18, 2007, s.1-20.
- Besson, Sébastien: “Is There a Real Need for Transcending National Legal Orders in International Arbitration? Some Reflections Concerning Abusive Interference From The Courts at the Seat of the Arbitration”, **International Arbitration: The Coming of a New Age?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.17, Kluwer Law International, 2013, s.378-388.
- Binder, Peter: **International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, 4. bs., Kluwer Law International, 2019.
- Birsel, Mahmut
T./Budak, Ali Cem: “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar (11 Nisan 1997)**,

Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s.171-262.

Blessing, Marc: “Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, vol.14, S.4, 1997, s.23-40.

Born, Gary B.: **International Commercial Arbitration**, 2. bs., Hollanda, Wolters Kluwer, 2014.

Bozkurt, Süheyla Balkar: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, On iki Levha, 2016.

Borris, Christian/Hennecke, Rudolf: “Article V General”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.255-279 (**Article V**).

Borris, Christian/Hennecke, Rudolf: “Article V General”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.255-279 (**Article V(1)(c)**).

Borris, Christian/Hennecke, Rudolf: “Improper Tribunal Composition or Flawed Proceedings Article V(1)(d)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.342-370 (**Article V(1)(d)**).

Boog, Christopher: “Interim Measures-Relevance of the Courts at the Place

- of Arbitration and Other Places”, **Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context**, Editör Franco Ferrari, Münih, Sellier European Law Publisher, 2013, s.199-233.
- Böckstiegel, Karl-Heinz: “Party Autonomy and Case Management- Experiences and Suggestions of an Arbitrator”, **German Arbitration Journal**, vol.11, S.1, 2013, s.1-5 (**Party Autonomy**).
- Böckstiegel, Karl-Heinz: "Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement", **Dispute Resolution International**, vol.2, S.1, 2008, s.123-132 (**Public Policy**).
- Böckstiegel, Karl-Heinz: “Major Criteria for International Arbitrators in Shaping Efficient Procedure”, **Arbitration in the Next Decade, ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 1999, s.49-53 (**Efficient Procedure**).
- Bratic, Catherine: “The Parties Hereby Waive All Recourse ... But Not That One.’ Why Parties Adopt Exclusion Agreements and Why Courts Hesitate”, **Dispute Resolution International**, vol.12, no.2., 2018, s.105-129.
- Briner, Robert/Fabian, Schlabrendorff: “Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Bearing upon International Law”, **Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century**, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Editörler Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger ve Jens Bredow, Köln, Heymanns, 2001, s.89-109.

- Bucher, Andreas: “Court Intervention in Arbitration”, **International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?**, Twelfth Sokol Colloquium, Editörler Richard B. Lillich ve Charles N. Brower, New York, Transnational Publishers, 1994, s.29-44.
- Carbone, Giulia: “The Interference of the Court of The Seat with International Arbitration”, **The Journal of Dispute Resolution**, vol.2012, 2012, s.217-244.
- Carlevaris, Andrea: “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.1-37.
- Carlston, Kenneth S.: “Theory of the Arbitration Process”, **Law and Contemporary Problems**, vol.17, S.4, 1952, s.631-651.
- Carreteiro, Mateus Aimoré: “Appellate Arbitral Rules in International Commercial Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, vol.33, S.2, 2016, s.185-216.
- Chang, Mann-Long: **Harmonisation of Procedural Law in International Commercial Arbitration**, Yayınlanmamış doktora tezi, Stirling Üniversitesi, 2009.
- Cole, Sarah Rudolph: “Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution”, **Hastings Law Journal**, vol.5, S.6, 2000, s.1199-1263.
- Çelikel, Aysel/ Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. bs., İstanbul, Beta,

- Bahadır: 2020.
- De Ly, Filip: “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, vol.12, S.1, 1991, s.48-85 (**The Place of Arbitration**).
- De Ly, Filip: **Report for the Biennial Conference in Washington D.C.**, Başkan Filip De Ly, April 2014 (**Report**).
- Delaume, Georges R.: “State Contracts and Transnational Arbitration”, **American Journal of International Law**, vol.75, 1981, s.784-819.
- Deren-Yıldırım, Nevhis: **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkım, 2004.
- Derya Tarman, Zeynep: “İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.90, 2010, s.123-138.
- Dickson, Moses Oruaze: “Party Autonomy and Justice in International Commercial Arbitration”, **International Journal of Law & Management**, vol.60, S.1, 2018, s.114-134.
- Hascher, Dominique: “Introduction”, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011,

s.5-16.

Draetta, Ugo: “The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.33, S.2, 2015, s.327-342.

Dursun, Şeyda: “A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, s.161-188.

Ekşi, Nuray: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 23, S.1-2, 2003, s.295-338 (Değerlendirme).

Ekşi, Nuray: **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul, Beta, 2004 (Roma).

Ekşi, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C.67, S.1, 2009, s.54-74 (ICC).

Ekşi, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 40, S.1, 2020, s.143-201(Tenfiz).

- Erkaya, Gözde: **International Commercial Arbitration Procedural Matters “Autonomy Principle”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2007.
- Esen, Emre: “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, S.1, 2011, 355-380 **(Kompetenz–Kompetenz)**.
- Esen, Emre: **Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2008 **(Teşmil)**.
- Ergönen, Onur: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: “Otorite Kanun Kriterinin Sonu”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.3, S.1, 2014, s.207-245.
- Fagbemi, Sunday A.: “The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”, **The Journal of Sustainable Development Law and Policy**, vol.6, S.1, 2015, s.222-246.
- Fortese, Fabricio/
Hemmi, Lotta: “Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration”, **Groningen Journal of International Law**, vol.3, S.1, 2015, s.110-124.

- Fouchard, Philippe/
Gaillard, Emmanuel/
Goldman, Berthold: **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Editörler Emmanuel Gaillard, John Savage, Lahey, Boston, Kluwer Law, 1999.
- Fortier, Yves: “International Arbitration and National Courts: Who Has the Last Word?”, **International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story** Editör, Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.10, Kluwer Law International, 2001, 69-70.
- Gaillard, Emmanuel: “Transcending National Legal Orders for International Arbitration”, **International Arbitration: The Coming of a New Age?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.17, Kluwer Law International, 2013, s.371-377.
- Gaillard,
Emmanuel/Darrigade,
Coralie: “France”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.450-502.
- Gibson, Christopher
S.: “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and The Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, **Penn State Law Review**, S.113, İlkbahar 2009, s.1227-1267.
- Giray, Faruk Kerem: **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, İstanbul, Beta, 2013 (Kamulaştırma).

- Giray, Faruk Kerem: “Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 17, S.1-2, 1997, s.217-228 (**Yatırım**).
- Gloster, Elizabeth: “Symbiosis or Sadomasochism? The Relationship Between the Courts and Arbitration”, **Arbitration International**, vol.34, S.3, 2018, s.321-339.
- Guglya, Leonila: “Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds-Similar Dreams)”, **Party Autonomy Versus Autonomy of Arbitrators**, Editörler Alexander J. Belohlavek, Nadezda Rozehnalova, Czech Yearbook of International Law, vol.2, Juris, 2012, s.81-105.
- Hacıbekiroğlu, Ekin: **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On iki Levha, 2012.
- Hanefeld, Inka: “Limits to Party Autonomy Imposed by European Mandatory Law”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.401-419.
- Hanefeld, Inka/Schmidt-Ahrendts, Nils: “Germany”, **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford

University Press, 2019, s.503-561.

Hanotiau, Bernard: “International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future”, **Kluwer Law International**, vol.28, S.2, 2011, s.89-103.

Helm, Katherine A.: “The Expanding Scope of Judicial Review of Arbitration Awards: Where Does the Buck Stop?”, **Dispute Resolution Journal**, vol.61, S.4, 2006-2007, s.16-26.

Hendel, Clifford J./
Nogales, María
Antonia Pérez: “Chapter 12: Enforcement of Annulled Awards: Differences Between Jurisdictions and Recent Interpretations”, **60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges**, Editörler, Katia Fach Gomez ve Ana M. Lopez-Rodriguez, Kluwer Law International, 2019, s.187-204.

Hill, Jonathan: “Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements”, **International and Comparative Law Quarterly**, vol.63, 2014, s.517–534.

Hirsch, Alain: “The Place of Arbitration and the Lex Arbitri”, **The Arbitration Journal**, vol.34, S.3, 1979, s.43-48.

Holtzman, Howard M.: “A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards”, **London Court of International Arbitration: The Internationalization of International Arbitration: the LCIA Centenary Conference**, Editör Martin Hunter, Londra, Graham &

Trotman, 1995, s.109-114.

Holtzmann, Howard M. / Neuhaus, Joseph. E.: **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**, La Haye, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Huysal, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010.

Inglot, Magdalena: “Separability of or Overlap Between Public Policy and Procedural Grounds for Refusal of Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under New York Convention”, **Polish Review of International and European Law**, vol.4, S.1, 2015, s.41-69.

İlgili Hakem Kararları: **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011.

İlgili Katılımcılar: **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler Abant (25-28 Eylül 1997) Ankara (6 Haziran 1988)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999 (**Yasal Düzenleme**).

Jaksic, Aleksandar: “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings”, **Journal of International Arbitration**, vol.24, S.2, 2007, s.159-171.

- Jarvin, Sigvard: “Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure”, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, Editörler Emmanuel Gaillard ve Domenico Di Pietro, Londra, 2008, s.729-756 (**Procedure**).
- Jarvin, Sigvard: “The Sources and Limits of the Arbitrator’s Powers”, **Contemporary Problems in International Arbitration**, Editor Julian D. M. Lew, London, School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies, 1986, s.51-72 (**Arbitrator’s Powers**).
- Jermine, Cesare/
Arroyo, Manuel: “Pitfalls of Waiver Agreements under Article 192 PILS in Multi-Contract Settings: Some Remarks on Swiss Federal Court Decision 134 III 260”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.1, 2009, s.103-113.
- Kalafatoğlu, Mehmet
Polat: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 38, S.2, 2018, s.339-368.
- Kalpsüz, Turgut: “Hakem Kararlarının Milliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, C.9 S.3, 1978, s.601-633 (**Milliyet**).
- Kalpsüz, Turgut: **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2. bs., İstanbul, Yetkin, 2010 (**Tahkim**).
- Kalpsüz, Turgut: “Yabancı Hakem Kararı Kavramı”, **Yabancı Hakem**

- Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.35-53 (**Yabancı Karar**).
- Kaplan, Yavuz: **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2002 (**Usul**).
- Kaplan, Yavuz: “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 21, 2001, s.43-73 (**Hakem**).
- Karrer, Pierre A.: “Pros and Cons of Terms of Reference and Specific Procedural Agreements in Arbitration Clauses: Storm in to Calm the Sea”, **Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.7, Kluwer Law International, 1996, s.73-86 (**Procedural Agreements**).
- Karrer, Pierre A.: “Switzerland”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.826-885 (**Switzerland**).
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle: “Globalization of Arbitral Procedure”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol.36, 2003, s.1313-1333 (**Globalization**).
- Kaufmann-Kohler, “Identifying and Applying the Law Governing the

- Gabrielle: Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration”, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.9, Kluwer Law International, 1999, s.336-365 (Place).
- Kavak, Yalçın: **Medeni Hukukta Dürüstlük Kurah ve İyi Niyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019.
- Kaya, Ceren: **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015.
- Kessedjian, Catherine: “Transnational Public Policy”, **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.13, Kluwer Law International, 2007, s.857-870.
- Khanna, Devika: “England”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.371-449.
- Kirby, Jennifer: “Finality and Arbitral Rules: Saying an Award Is Final Does Not Necessarily Make It So”, **Journal of International Arbitration**, vol.29, no.1, 2012, s.119-128.
- Knigge, Marte W./ “Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light

- Ribbers, Pauline L.F.: of Article 6 ECHR: Party Autonomy on Top?”, **Journal of International Arbitration**, vol.34, S.5, 2017, s.775-794.
- Krausz, Nora: “Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6”, **Journal of International Arbitration**, vol.28, S.2, 2011, s.137-162.
- Kocasakal, Hatice Özdemir: “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin, Ankara, 2006, s.343-368 (**Uygulama Alanı**).
- Kocasakal, Hatice Özdemir: **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001(**Kurallar**).
- Kolb, Robert: “General Principles of Procedural Law”, **The Statute of The International Court of Justice: A Commentary**, Editörler Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, Oxford, Oxford University Press, 2006, s.793-835.
- Koral, Rabi: “Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı”, **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.19-30 (**Anlam**).
- Koral, Rabi: “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLVIII-XLIX, S.1-4, 1983, s.75-98 (**İzlenim**).

Koral, Rabi: “Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul, 1979, s.419-472 (**Eleştiri**).

Koral, Rabi: “Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkında Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XLII, S.1-4, 1977, s.155-199 (**Otorite**).

Köse, Hazal: “Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Özgürlüğünün Eleştirel İncelemesi”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.7, S.2, 2018, s.317-382.

Kramer, Michael/
Urbach, Guido E./
Jenny, Reto M.: “Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators” **Austrian Arbitration Yearbook**, vol. 2009, 2009, s.149–162.

Kurkela, Matti S./
Turunen, Santtu: **Due Process in International Commercial Arbitration**, 2. bs., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Lalive, Pierre: “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **Comparative Arbitration**

Practice and Public Policy in Arbitration, Editör Pieter Sanders, ICCA Congress Series, vol.3, Kluwer Law International, 1986, s.258-318.

Landrove, Juan Carlos: “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration: An Etat des Lieux of Strasbourg Case Law and of a Problematic Swiss Law Feature”, **Human Rights at the Center**, Editörler Samantha Besson et al., Basel, 2006, s.73-101.

Lew, Julian D. M.: “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, **Arbitration International**, vol.22, S.2, 2006, s.179-203 (**Autonomous**).

Lew, Julian D. M.: “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process?”, **American University International Law Review**, vol.24, 2008-2009, s.489-537 (**Court**).

Lew, Julian D.
M./Mistelis, Loukas
A./ Kröll, Stefan M.: **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003.

Liebscher, Christoph: “Non-Binding Award, Article V(1)(e)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.370-393.

Livingstone, Mia
Louise: “Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact?”, **Kluwer Law International**, vol.25, S.5, 2008, s.529-536.

- Mann, Francis A.: “The UNCITRAL Model Law-Lex Facit Arbitrum”, **Arbitration International**, vol.2, S.3, 1986, s.241-261 (**Lex Facit Arbitrum**).
- Mann, Francis A.: “Where is an Award ‘made’?”, **Arbitration International**, vol.1, S.1, 1985, s.107-108 (**Made**).
- Mantilla-Serrano, Fernando: “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, **Arbitration International**, vol.20, S.4, 2004, s.333-354.
- Mayer, Carl Ulrich: “Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss Private International Law Act”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.17, S.2, 1999, s.191-210 (**Exclusion Agreements**).
- Mayer, Pierre: “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **Arbitration International**, vol.2, S.4, 1986, s.274-293 (**Mandatory Rules**).
- Mayer, Pierre: “The Trend Towards Delocalization in The Last 100 Years”, **Internationalization of International Arbitration: The LCIA Centenary Conference**, Editörler Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V. Veeder, Graham&Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, s.37-46 (eds., 1995) (**Delocalization**).
- Mayer, Pierre/Sheppard, Audley: “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, **Arbitration International**, vol.19 S.2, 2003, s.249-263.

- Mercangöz, Ebru: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1., S.1, 2002, s.827-836.
- Mistelis, Loukas: “Setting Aside of Arbitral Awards and Forum Shopping in International Arbitration: Delocalization, Party Autonomy and National Courts in Post-Award Review”, **Forum Shopping in The International Commercial Arbitration Context**, Editör Franco Ferrari, Münih, Sellier European Law Publisher, 2013, s.277-295.
- Moses, Dickson
Oruaze/ Nyombi,
Chrispas/ Mortimer,
Tom: “The Practicalities of Delocalisation in International Commercial Arbitration”, **International Business Law Journal**, S.5, 2017, s.461-496.
- Moss, Giuditta
Cordero: **International Commercial Arbitration Party Autonomy and Mandatory Rules**, Tano Aschehoug, 1999 (**Mandatory Rules**).
- Moss, Giuditta
Cordero: “The Arbitral Tribunal’s Power in Respect of the Parties’ Pleadings as a Limitation to Party Autonomy on Jura Novit Curia and Related Issues”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.289-331 (**Limits**).
- Moses, Margaret L.: “Inherent and Implied Powers of Arbitrators”, **Defining Issues in International Arbitration**, Editör Julio Cesar Betancourt, Oxford University Press, 2016, s.209-221 (**Powers of Arbitrators**).

- Moses, Margaret L.: “Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards”, **Journal of International Arbitration**, vol.20, S.3, 2003, s.315-323 (**Judicial Review**).
- Moses, Margaret L.: “Public Policy Under the New York Convention: National, International, and Transnational”, **60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges**, Editörler Katia Fach Gomez ve Ana M. Lopez-Rodriguez, Kluwer Law International, 2019, s.169-184 (**Public Policy**).
- Nacimientto, Patricia: “Article V(1)(d)”, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, 2010, s.281-300.
- Narçin, Zelal: “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Taraflara Eşit Davranılması Prensibine Aykırılığın Hakem Kararına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.11, S.123, 2016, s. 29-40.
- Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, 22. bs., İstanbul, Beta, 2017 (**Devletler Hususi**).
- Nomer, Ergin: **Milletlerarası Usul Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Beta, 2018 (**Usul**).
- Nomer, Ergin: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 4, S.1, 1984,

s.29-31 (**Bağımsızlık**).

Nomer, Ergin: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 19-20, 1999-2000, s.555-576 (**Kamu Düzeni**).

Nomer, Ergin/Ekşi,
Nuray/Gelgel, Günseli

Öztekin: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 5. bs., Beta, 2016.

Özel, Sibel: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal, 2008.

Özsunay, Ergun: **UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle)**, İstanbul, Vedat, 2014.

Öztekin Gelgel,
Günseli: “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Yenilikler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2003, s.1081-1093 (**Tahkim Kanunu**).

Öztekin Gelgel,
Günseli: “New-York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, 2002, s.1137-1158 (**New York**).

Park, William W.: “Judicial Controls in the Arbitral Process”, **Arbitration International**, vol.5, S.3, 1989, s.230–279 (**Judicial Control**).

- Park, William W.: “National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration”, **Tulane Law Review** vol.63, 1989, s.647-709 (**Procedural Integrity**).
- Park, William W.: “Why Courts Review Arbitral Awards”, **Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century**, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Editörler Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger ve Jens Bredow, Köln, Heymanns, 2001, s.595-606 (**Courts Review**).
- Paulsson, Jan: “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin”, **International and Comparative Law Quarterly**, vol.30, 1981, 358-387 (**Unbound**).
- Paulsson, Jan: "Arbitration Unbound in Belgium", **Arbitration International**, vol.2, S.1, 1986, s.68-73 (**Belgium**).
- Paulsson, Jan.: **The Idea of Arbitration**, Oxford University Press, 2014 (**Idea**).
- Paulsson, Jan: “Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, **International and Comparative Law Quarterly**, vol.32, S.1, 1983, s.53-61 (**Delocalisation**).
- Paulsson, Jan: “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)”, **Asia Pacific Law Review**, vol.6, S.2, 1998, s.1-28 (**Local Standard**).

- Paulsson, Jan: “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, **Arbitration International**, vol.14, S.2, 1998, s.227–230 (**May or Must**).
- Pavic, Vladimir: “Annulment of Arbitral Awards in International Commercial”, **Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences**, Editörler Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger, August Reinisch, Eleven International Publishing, 2010, s.131-152.
- Pekcanitez, Hakan: “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı**, İzmir, 2000, s.753-791(**Hukuki Dinlenilme**).
- Pekcanitez, Hakan: **Medeni Usul Hukuku**, 15. bs., İstanbul, On iki Levha, 2017 (**Medeni Usul**).
- Petrochilos, Georgios: **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Poudret, Jean-François / Besson, Sébastien: **Comparative Law of International Arbitration**, 2. bs., Sweet&Maxwell, 2007.
- Pryles, Michael: “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, **Journal of International Arbitration**, vol.24, S., 2007, s.327-339.
- Rau, Alan Scott: “Contracting out of the Arbitration Act”, American

- Review of International Arbitration, **American Review of International Arbitration**, vol.8, 1997, s.225-261.
- Rajveer, Advocate: “Parties’ Autonomy in International Commercial Arbitration”, **International Journal of Scientific & Engineering Research**, vol.9, S.10, 2018, s.1204-1216.
- Redfern, Alan: “Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy”, **International Arbitration 2006: Back to Basics?**, Editör Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series, vol.13, Kluwer Law International, 2007, s.871-875.
- Redfern, Alan/Hunter, Martin/Blackaby, Nigel/Partasides, Constantine: **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. bs., Oxford University Press, 2015.
- Reed, Lucy: “Ab(use) of Due Process: Sword and Shield”, **Arbitration International**, vol.33, 2017, s.361-377.
- Rosenfeld, Friedrich: “Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration”, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.419-441.
- Rutledge, Peter Bowman/Kent, Rachel D./Henel, Christian F.: “United States of America”, **Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.886-948.

- Ryabinin, Andrey: **Procedural Public Policy in Regard to the Enforcement and Recognition of Foreign Arbitral Awards**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, 2009.
- Sabater, Anibal: “When Arbitration Begins Without a Seat”, **Journal of International Arbitration**, vol.27, S.5, 2010, s.443-472.
- Salama, Nadia Ramzy: **Nature, Extent, and Role of Parties’ Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements**, Manchester Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015.
- Scherer, Maxi: “The Fate of Parties’ Agreements on Judicial Review of Awards: A Comparative and Normative Analysis of Party-Autonomy at the Post-Award Stage”, **Arbitration International**, vol.32, 2016, s.437–457 (**Autonomy**).
- Scherer, Maxi: “Violation of Due Process, Article V(1)(b)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.291-321 (**Due Process**).
- Scherer, Maxi/ Prasad, Dharshini/Prokic, Dina: **The Principle of Equal Treatment in International Arbitration**, (Çevrimiçi 2019), <https://ssrn.com/abstract=3377237>, 2018.
- Scherer, Maxi/Silberman, Linda: “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage” **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, Editör Franco Ferrari, Juris, 2016, s.441-

493.

Shackelford, Elizabeth: “Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration”, **University of Pittsburgh Law Review**, vol.67, S.4, 2006, s.897-912.

Schwarz, Franz: “Limits of Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, **Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences**, Editörler Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger, August Reinisch, Eleven International Publishing, 2010, s.73-95.

Schwarz, Franz T./
Ortner, Helmut: “The Arbitration Procedure - Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration”, **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Editörler Christian Klausegger ve Peter Klein, vol. 2008, s.133-220.

Schwartz, Eric A.: “Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of Recent ICC Award”, **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, Editörler G Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi ve Anne Marie Whitesell, ICC, 2005, s.795-813.

Schwebel, Stephen M.: “The Creation and Operation of An International Court of Arbitral Awards”, **London Court of International**

Arbitration: The Internationalization of International Arbitration: the LCIA Centenary Conference, Editör Martin Hunter, Londra, Graham & Trotman, 1995, s.115-124.

Sheppard, Audley: “Mandatory Rules in International Commercial Arbitration-An English Law Perspective”, **American Review of International Arbitration**, vol.18, 2007, s.121- 145.

Smit, Hans: “The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?”, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol.25, 1986, s.9-34 (**The Future**).

Smit, Hans: “A-National Arbitration”, **Tulane Review**, vol.63, 1989, s.629-645 (**A-National**).

Smit, Hans: “Comments on Public Policy in International Arbitration”, **13 American Review of International Arbitration** 65, 2002, s.65-67 (**Comments**).

Smit, Hans: “Hall Street Associates v. Mattel: A Critical Comment”, **American Review of International Arbitration**, vol.17, S.4, 2006, s.513-523 (**Hall Street**).

Smit, Hans: “Annulment of an Arbitral Award and Its Subsequent Enforcement: Two Recent Decisions”, **American Review of International Arbitration**, vol.19, S.1, 2008, s.187-191 (**Annulment**).

Smit, Hans: “Contractual Modifications of the Arbitral Process”,

Penn State Law Review, vol.113, 2008–2009, s.997-1011 (**Contractual Modifications**).

Smit H., Robert: “Mandatory ICC Arbitration Rules”, **Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner**, Editör Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, Anne Marie Whitesell, Paris, ICC Publishing, 2005, s.845-870.

Solis, Menalco J.: “Removing Awards to the Autonomous Arbitral System by Waiving the Annulment Recourse”, **American Review of International Arbitration**, vol.29, S.2, 2018, s.121-146.

Steindl, Barbara: “Chapter III: The Arbitration Procedure-The Development of Due Process Under the New York Convention”, **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Editörler Christian Klausegger ve Peter Klein, vol.2008, s.255-282.

Stippl, Christopher: “International Multi-Party Arbitration: The Role of Party Autonomy”, **The American Review of International Arbitration**, vol.7, S.1, 1996, s.47-69.

Strong, S. I.: “Limits of Procedural Choice of Law”, **Brooklyn Journal of International Law**, vol.39, 2014, s.1027-1121.

Süral, Ceyda: “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr.

Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C.16, 2014, 1377-1411.

Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1986 (**Esasa Uygulanacak Hukuk**).

Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2016 (**Ticari Akitler**).

Şanlı, Cemal: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu”, **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.169-185 (**Tahkim Yeri Hukuku**).

Şanlı, Cemal: “Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk-Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi-Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 3, S.1, 1983, s.23-27 (**Hakem Kararı**).

Şanlı, Cemal: “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Yıl 17-18, S.1-2, 1997-1998, s.393-409. (**Tenfiz**).

Şanlı, Cemal/ Esen
Emre/ Ataman-
Figanmeşe, İnci:

Milletlerarası Özel Hukuk, 7. bs., İstanbul, Beta, 2019.

Takavut, İbrahim
Doğan:

Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul, On İki Levha, 2018.

Tanrıbilir, Feriha
Bilge/Şit, Banu:

“Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, S.2, 2002, s.819-837.

Tanrıver, Süha:

“Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 53, 2004, s.191-215.

Ugarte,
Ricardo/Belivacqua,
Thomas:

“Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions”, **Journal of International Arbitration**, vol.27, S.1, 2010, s.9-49.

UNCITRAL
Secretariat:

Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards New York, (1958), United Nations Commission on International Trade Law, 2016.

Üstündağ, Saim:

“Yabancı Hakem Kararı Kavramı”, **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984, s.3-16.

- Vakharia, Aakruti: “Splitting Procedural Law: Examining the Implications of Union of India v. McDonnell Douglas”, **Dispute Resolution Journal**, vol.73, No.4, 2018, s.89-105.
- van den Berg, Albert Jan: “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?”, ICSID Review, 2014, s.1-26 (**Setting Aside**).
- van den Berg, Albert Jan: “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia”, **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, vol.27 S.2, 2010, s.179-198 (**Annulled Awards**).
- Waincymer, Jeff: **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012.
- Webster, Thomas H.: “Party Control in International Arbitration”, **Arbitration International**, vol.19, S.2, 2003, s.119-142.
- Werner, Jacques: “Should the New York Convention be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings?”, **Journal of International Arbitration**, vol.6, S.3, Kluwer Law International, 1989, s.113-120.
- Williams, David A.R. /Kirk, Anna: “Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?”, **Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum**, Editörler Neil Kaplan ve Michael J. Moser, Kluwer Law International, 2018, s.87-106.

- Wolff, Reinmar: “Party Autonomy to Agree on Non-Final Arbitration?”, **Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin**, vol.26, S.3, 2008, s.626-641 (**Non-Final**).
- Wolff, Reinmar: “Public Policy, Article V(2)(b)”, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, editor Reinmar Wolff, 2. bs., Hart Publishing, 2019, s.416-461 (**Public Policy**).
- Verbist, Herman/van Houtte, Hans: “Belgium”, **Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.156-223.
- Vial, Gonzalo: “Influence of The Arbitral Seat in The Outcome of an International Commercial Arbitration”, **International Lawyer**, vol.50, 2017, s.329-346.
- Yeşilırmak, Ali: **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim**, İstanbul, On iki Levha, 2011.
- Yeşilova, Bilgehan: ““Lex (Loci) Arbitri” ve “Tahkim Yeri” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m.1/II)”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C.2, S.1, 2013, s.99-163 (**Tahkim Yeri**).
- Yeşilova, Bilgehan: “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.76, 2008, s.83-164 (**Hukuki Nitelik**).

Yeşilova, Bilgehan: “Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, S.1, 2007, s.265–349 (Lex Arbitri).

Yeoh, Friven/Ang, Desmond: “People’s Republic of China and Hong Kong”, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, Editörler Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2019, s.275-370.

Yu, Hong-Lin: "Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime", **Journal of International Arbitration**, vol.15, S.2, 1998, s.145-166.

KARARLAR

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU

Axelsson v Sweden, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No:11960/86, 13 Temmuz 1990

Jakob Boss Söhne K.G. v. Federal Republic of Germany, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No. 18479/91, 2 Aralık 1991

Nordström-Janzon & Nordström-Lehtinen v. The Netherlands, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No. 28101/95, 27 Kasım 1996

R v. Switzerland, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No:10881/84, DR 51, 4 Mart 1987

X v. Germany, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 1962

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Deweere v. Belgium, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:6903/75, 27 Şubat 1980

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 Haziran 1971

Lithgow and others v UK, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:9006/80, 9262/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 8 Temmuz 1986

Mutu and Pechstein v. Switzerland, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018

Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v Greece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No 13427/87, 9 Aralık 1994

Suovaniemi and others v Finland, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:31737/96, 23 Şubat 1999

Tabbane v Switzerland, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:41069/12, 24 Mart 2016

Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A., V. Portugal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No. 35943/02, 16 Aralık 2003

II. MAHKEME KARARLARI

A. ALMANYA

Buyer v. Seller, OLG Cologne, Almanya, 26 Şubat 2014

Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award (Germany), Court of Appeal, Karlsruhe, Almanya, 9 Sch 02/07, 14 Eylül 2007

German (F.R.) charterer v. Romanian shipowner, Federal Supreme Court, Almanya, 15 Mayıs 1986

K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany), Bavarian Supreme State Court, Almanya, 23 Eylül 2004

Licensor (Finland) v. Licensee (Germany), Celle Court of Appeal, Almanya, 31 Mayıs 2007

Manufacturer (Slovenia) v. Exclusive distribütör (Germany), Court of Appeal, Schleswig, Almanya, 16 SchH 01/99, 24 Haziran 1999

Manufacturer (Ukraine) v. Supplier, in liquidation (Germany), Court of Appeal, Munich, Almanya, 34 Sch 06/05, 15 Mart 2006

Not indicated v. Not indicated, Court of Appeal, Dresden, Almanya, 20 Ekim 1998

Not indicated v. Not indicated, Dresden Court of Appeal, Almanya, 20 Şubat 2001

Not indicated v. Not indicated, Hanseatic Court of Appeal, Bremen, Almanya, 84, 30 Eylül 1999

Seller v. Buyer, Stuttgart, Almanya, 1 Sch 12/01, 6 Aralık 2001

SpA Ghezzi v. Jacob Boss Söhne, Federal Supreme Court, Almanya, 14 Nisan 1988

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Al Haddad Bros. Enterprises Inc. v. M/S “Agapi” and Diakan Love S.A., United States District Court, District of Delaware, Amerika Birleşik Devletleri, 8 Mayıs 1986

Bamberger Rosenheim, Ltd. v. OA Development, Inc., United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 17 Temmuz 2017

China National Metal Products Import/Export Company (PR China) v. Apex Digital, Inc. (US), United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 03-55231, 16 Ağustos 2004

Chromalloy Gas Turbine Corp. v. Arab Republic of Egypt, United States District Court for the District of Columbia, Amerika Birleşik Devletleri, No.94-2339, 31 Temmuz 1996

Exxon Neftegas Ltd. v. WorleyParsons Ltd., Supreme Court of the State of New York, Amerika Birleşik Devletleri, No. 654405/2013, 16 Haziran 2014

Hall St. Assocs., LLC v Mattel, Inc., Amerika Birleşik Devletleri, 552 USA 576, 2008

Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al., United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 02-20042; 03-20602, 23 Mart 2004

P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others, United States District Court, Southern District of New York, Amerika Birleşik Devletleri, 92 Civ. 4623 (MGC), 21 Aralık 1992

ReliaStar Life Insurance Company of New York v. EMC National Life Company (National Travelers Life Company), United States Court of Appeals, Second Circuit, Amerika Birleşik Devletleri, 564 F 3rd 81, 09.04.2009

Steel Corporation of the Philippines (Philippines) v. International Steel Services, Inc., United States District Court, Western District of Pennsylvania, Amerika Birleşik Devletleri, 31 Temmuz 2006

Team Design v. Gottlieb, Tennessee Court of Appeals, Amerika Birleşik Devletleri, 104 S.W.3d 512, 2002

C. AVUSTURYA

Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska, Supreme Court, Avusturya, 20 Ekim 1993 ve 23 Şubat 1998

D. BULGARİSTAN

HTEK Co. VLL v. T EAD, Supreme Court of Cassation of the Republic of Bulgaria, Commercial Collegium, Second Commercial Division, Bulgaristan, No. 1832/2003, 28 Temmuz 2004

E. ÇİN HALK CUMHURİYETİ

Alstom Technology Ltd v. Insignia Technology Co Ltd, Hangzhou Intermediate People's Court, Zhejiang, Çin Halk Cumhuriyeti, 6 Şubat 2013

Noble Resources International Pte. Ltd. v. Shanghai Xintai International Trade Co. Ltd., Shanghai No. 1 Intermediate People's Court, Çin Halk Cumhuriyeti, 11 Ağustos 2017

First Investment Corp v. Not indicated, Higher People's Court, Fujian Province, 12 Ekim 2007 and Supreme People's Court, Çin Halk Cumhuriyeti, 27 Şubat 2008

F. FRANSA

Bargues Agro Industrie SA (France) v. Young Pecan Company (US), Court of Appeal, Paris, Fransa, 2003/09894, 10 Haziran 2004

BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction, Cour de Cassation, Fransa, No. 89-18708 89-18726, 7 Ocak 1992

General National Maritime Transport Company (GMTC) Libya, as legal successor of Libyan General Maritime Transport Organization (GMTO) v. AB Götaverken, Paris Court of Appeals, Fransa, 21 Şubat 1980

Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation-OTV, Supreme Court, Fransa, 23 Mart 1994

IAIGC-Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. BAH – Banque Arabe et Internationale d'Investissements SA, Court of Appeal, Paris, Fransa, 23 Ekim 1997

La Societe Commercial Caribbean Niquel v La Societe Overseas Mining Investments Ltd, Paris Court of Appeals, Fransa, No. 08/23901, 25 Mart 2010

Ministry of Public Works v. Société Bec Frères, Paris Court of Appeals, Fransa, 24 Şubat 1994

Raoul Duval v. MerkuriaSucden, Fransa, 1996

Samsung v. Qimonda, Paris Court of First Instance, Fransa, 22 Ocak 2010

Societe Europeenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) v. Republique deYugoslavie Cour d'Appel, Rouen, Fransa, 13 Kasım 1984

Société Unichips Finanziaria SpA and Société Unichips International Bv Beslotene Venootschap v. François Gesnouin and Michèle Gesnouin, Paris Court of Appeals, Fransa, 12 Şubat 1993

The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices, Inc., Court of Appeal, Paris, Fransa, 14 Ocak 1997

G. HOLLANDA

Société Européenne d'Etudes et d'Enterprises (S.E.E.E.) v. Federal Republic of Yugoslavia, Supreme Court, Hollanda, 7 Kasım 1975

Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation), Court of Appeal, Amsterdam, Hollanda, No.200,005,269, 28 Nisan 2009

H. HONG KONG

China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd., Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 Temmuz 1994

İ. İNGİLTERE

Bank Mellat v. Hellinki Techniki SA., İngiltere, QB 291, 301, 1984

President of India v. La Pindalta Compania Navigation S.A., İngiltere, 1AC 104, 1985

Shashoua v. Sharma, İngiltere, 2 All ER (Comm) 477, 2009

Soleimany v. Soleimany, İngiltere, QB 785, 1999

Sumukan Limited v Commonwealth Secretariat, İngiltere, EWCA Civ 243, 2007

The Bay Hotel and Resort Ltd v Cavalier Construction Co Ltd., İngiltere, UKPC 34, 2001

Tongyuan (USA) International Trading Group v. Uni-Clan Limited, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), İngiltere, 19 Ocak 2001

Union of India v. McDonnell Douglas Inc., İngiltere, 2 Lylod's Rep. 48, 1993

J. İSVİÇRE

Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd., Supreme Court, İsviçre, 8 Şubat 1978

G. SA v. T. Ltd., Tribunal Fédéral (Supreme Court), İsviçre, 12 Ocak 1989

Not indicated v. Not indicated, Court of First Instance, İsviçre, 26 Mayıs 1994

N.Z. v. I., Appellationsgericht (Court of Appeal), Basel-Stadt, İsviçre, 27 Şubat 1989

Re Ta G v. H Company, İsviçre, 1997

Rothenberger v. GEFA, İsviçre ATF 93 II 379

K. İSPANYA

Precious Stones Shipping Limited (Thailand) v. Querqus Alimentaria, SL (Spain), Supreme Court, İspanya, 28 Kasım 2000

Rosso e Nero GaststättenbetriebsgmbH (Austria) v. Almendrera Industrial Catalana, SA (ALICSA) (Spain), Tribunal Supremo (Supreme Court), Civil Chamber, İspanya, No.316/2002, 27 Ocak 2004

X v. Naviera Y S.A., Supreme Court, İspanya, 3 Haziran 1982

L. İTALYA

Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro, Corte Di Appello Di Napoli, İtalya, 20 Şubat 1975

Efxinos Shipping Co. Ltd. v. Rawi Shipping Lines Ltd., Corte Di Appello of Genova, İtalya, 2 Mayıs 1980

Rederi Aktiebolaget Sally v. S.r.l. Termarea, Court of Appeal of Florence, İtalya, 13 Nisan 1978

S.A. Pando Compania Naviera v. S.a.S. Filmo, Corte di Appello di Venezia, İtalya, 21 Mayıs 1976

M. KANADA

Dell Computer Corporation (Canada) v. Union des consommateurs (Canada), Olivier Dumoulin (Canada), Supreme Court of Canada, Kanada, 13 Temmuz 2007

Food Services of Amrika, Inc. V. Pan Pacific Specialties, Ltd., Supreme Court of British Columbia, Kanada, No. A970230, 24 Mart 1997

Killam v Brander-Smith, British Columbia Yüksek Mahkemesi, Kanada, No.456, 1997

Smart Systems Technologies Inc. (US) v. Domotique Secant Inc. (Canada), Court of Appeal, Québec, Kanada, 500-09-016097-057, 11 Mart 2008

N. LÜKSEMBURG

Kersa Holding Company Luxembourg v. Infancourtage, Famajuk Investment and Isny, Court of Appeal, Lüksemburg, 24 Kasım 1993

O. MEKSİKA

Presse Office S.A. v. Centro Editorial Hoy S.A., Tribunal Superior De Justicia, Eighteenth Civil Court of First Instance for The Federal District of Mexico, Meksika, 24 Şubat 1977

P. SİNGAPUR

HKL Group C Ltd v Rizq International Holdings Pte Ltd., Singapur, SGHCR 5 ve SGHCR 8, 2013

Insignia Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd., Singapur, 3 S.L.R. (R.) 940, 2009

PT Garuda Indonesia v Birgen Air, Singapur, 5 LRC 560, 2002

R. TÜRKİYE

İBK 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K.

HGK 18.07.2007 T., 2007/15-444 E., 2007/554 K.

HGK 05.05.1999 T., 15-235/273 S.

HGK 09.06.1999 T., 1999/19-468 E., 1999/489 K.

HGK 12.02.1992 T., 1991/13-606 E., 1992/56 K.

HGK 07.11.1951 T., 126 E., 109 K.

İstanbul BAM, 14. HD, 30.1.2020 T., 2019/2100 E., 2020/74 K.

15. HD. 26.09.2019 T., 2019/2474 E., 2019/3640 K.

15. HD. 31.03.2016 T., 2016/895 E., 2016/2050 K.

15. HD. 01.07.2014 T., 2014/3330 E., 2014/4607 K.

15. HD. 12.05.2014 T., 2014/2183 E., 2014/3226 K.

15. HD. 27.06.2007 T., 2007/2145 E., 2007/4389 K.

15. HD. 06.11.1998 T., 1998/3507 E., 1998/4108 K.

15. HD. 25.12.1997 T., 4213 E., 5603 K.

15. HD. 25.10.1996 T., 3249 E., 5584 K.

15. HD. 20.06.1996 T., 2781 E., 3533 K.

15. HD. 01.02.1996 T., 6209-527.

15. HD. 19.01.1995 T., 1994/2876 E., 1995/164 K.

15. HD. 25.11.1994 T., 2508 E., 7056 K.

15. HD. 10.03.1976 T., 75/1617 E., 76/1052 K.

13. HD. 17.04.2012 T., 2012/8426 E., 2012/8426 K.

13. HD. 26.09.1974 T., 2385 E. 216 K.

11. HD. 27.11.2018 T., 3263/7408.

11. HD. 26.05.2000 T., 3992 E., 4704 K.

11. HD. 19.12.1985 T., 7355 E., 7099 K.

11. HD. 28.12.1978 T., 5258/5916.

11. HD. 25.03.1949 T., 948/4700 E., 1495 K.

11. HD. 22.04.1949 T., 948/4733 E., 2042 K.

III. TAHKİM KURUMLARI KARARLARI

A. ICC

an Indian cement Company v a Pakistani bank, ICC No. 1512, 1971

Consultant v Egyptian Local Authority, ICC No. 6162, 1990

Egyptian Company v. German Company, ICC No. 12228, 11 Haziran 2003

French and Mexican Companies v. US Companies, ICC No. 12124, 23 Kasım 2004

French contractor v Egyptian employer, ICC No. 5029, 16 Haziran 1986

French supplier v. Libyan co-operative, ICC No. 7245, 1994

Mexican Company v. Mexican Citizen, ICC No. 12761, 6 Haziran 2003

Nigerian Company v. Canadian Company, ICC No. 12297, 22 Ağustos 2003

Not indicated v. Not indicated, ICC No. 10373 ve 10439

Turkish Company v. State Party, ICC No. 12575, 16 Aralık 2003

US Company v. Intergovernmental organization and Colombian Company, ICC No. 12946, 23 Kasım 2004

US Company v. French Company, ICC No. 12944, 11 Aralık 2004

US Company v. Serbian Entities, ICC No. 10373, 2004

Venezuelan Company v. Venezuelan Company, ICC No. 12545, 10 Eylül 2003

Salini Costruttori S.p.A. v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority, ICC No.10623, 7 Aralık 2001

B. PCA

ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, PCA, No. 2010-9, 10 Şubat 2012

Lance Paul Larsen v. Hawaiian Kingdom, PCA, 5 Şubat 2001



ÖZGEÇMİŞ

İbrahim Doğan Takavut ilk ve orta öğrenimini Alanya’da tamamladı. 2009, yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu ve aynı yıl, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı’na kaydoldu. 2011 yılında avukatlık ruhsatını aldı. 2012 yılında Millî Eğitim Bakanlığı Yurt Dışı Lisansüstü Öğrenim Bursu ile University of Pennsylvania Law School LL.M. programında öğrenim görmek üzere Amerika’ya gitti. 2013 yılında LL.M. programından mezun olduktan sonra Türkiye’ye döndü ve Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalına araştırma görevlisi olarak atandı. 2014 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programına kaydoldu. 2017 yılında doktora programında tez aşamasındayken, yine İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde devam ettiği yüksek lisans programı kapsamında, “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar*” isimli yüksek lisans tezini tamamladı ve mezun oldu. Halen, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Milletlerarası Özel Hukuk anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.