

REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

Doktora Tezi

HİLMİ BOLATOĞLU

Hukuk Fakültesi

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ankara

Nisan 2018

HİLMİ BOLATOĞLU

REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

Bilkent Üniversitesi 2018

REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

HİLMİ BOLATOĞLU

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma

Yükümlülüklerinin Parçasıdır

HUKUK FAKÜLTESİ

İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

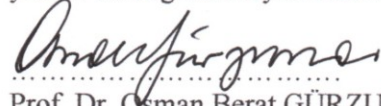
Nisan 2018

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



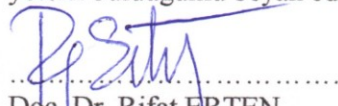
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Prof. Dr. Gulin GÜNGÖR
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Doç. Dr. Rifat ERTEN
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.



Doç. Dr. Aslı BAYATA CANYAŞ
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı



Prof. Dr. Halime DEMİRKAN
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
ÖZET.....	V
ABSTRACT	Vi
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞSİZLİK (*NON-ARBITRABILITY*)

DOKTRİNİ VE ELEŞTİRİSİ

§1. TAHKİM ANLAŞMASININ ÖZÜNE İLİŞKİN ÇEKİNCELER.....	11
I. Kamu Düzeni	12
II. Zayıf Tarafın Korunması İlkesi	19
§2. HAKEMLER VE TAHKİM USULÜNE İLİŞKİN ÇEKİNCELER.....	24
I. Hakemlere İlişkin Çekinceler.....	24
II. Tahkim Usulüne İlişkin Çekinceler	28
A. Tahkim Yargılamasının Gizliliği.....	29
B. Kararların Gerekçeli Yazılmaması	33
C. Hakemlerin Delil Toplama Yetkilerinin Kısıtlılığı	38
D. Etkin Bir Yargısal Denetim Eksikliği	45
E. Üç Kat Tazminat (Treble Damages) Tartışması	53
III. Hakemler ve Tahkim Usulüne Dair Tartışmalara İlişkin Ara Sonuç	59

İKİNCİ BÖLÜM

ABD VE AB HUKUKLARINDA REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME

ELVERİŞLİLİĞİ

§1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ.....	62
I. Mevzuat.....	62
II. Yargı Kararları.....	63

A. Erken Dönem.....	65
B. American Safety Doktrini	67
C. Mitsubishi Doktrini	74
D. Mitsubishi Ertesinde Durum	83
§2. AVRUPA BİRLİĞİ.....	89
I. Mevzuat.....	89
II. Komisyon Uygulamaları.....	91
III. Yargı Kararları.....	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE

§1. MEVZUAT VE YARGI KARARLARI	107
I. Kanuni Düzenlemeler ve Kanun Hükümlerinin Yorumlanması	109
A. HMK ve MTK'da Yer Alan Düzenlemeler.....	109
B. HMK ve MTK'daki Ortak Düzenlemenin Yorumlanması	110
1. Yasama Süreçleri	111
2. Hükümün Konuluş Amacı	113
3. Günümüz Koşul ve İhtiyaçları.....	116
C. RKKH'da Yer Alan Düzenlemeler	117
II. Uluslararası Sözleşmeler ve UNCITRAL Model Kanunu	119
A. New York Sözleşmesi.....	119
B. Avrupa-Cenevre Sözleşmesi.....	122
C. UNCITRAL Model Kanunu	122
III. Yargı Kararları.....	123
A. Münhasıran HUMK'un Uygulandığı Dönem	125
B. MTK'nın Yürürlüğü ile HMK'nın Yürürlüğü Arası Dönem	133
C. HMK'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem	135
§2. TAHKİME ELVERİŞSİZLİK (NON-ARBITRABILITY) DOKTRİNİNİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	139
I. Zayıf Tarafın Korunması İlkesi	139

II. Kamu Düzeni Kaygıları.....	141
A. RKKH'nın Emredici Niteliği ve Hakemlerin Rekabet Kurallarını Uygulama Yetkisi ve Görevi.....	142
B. Rekabet Kurulunun Münhasır Yetkisinin Kapsamı	146
1. Yargıtayın Yaklaşımı.....	147
2. Görüşümüz	154
III. Hakemler ve Tahkim Usulüne İlişkin Çekinceler	161
A. Hakemlere İlişkin Çekinceler	161
B. Tahkim Usulüne İlişkin Çekinceler.....	165
1. Tahkim Yargılamasının Gizliliği.....	165
2. Kararların Gerekçeli Yazılmaması	167
3. Hakemlerin Delil Toplama Yetkilerinin Kısıtlılığı	169
4. Üç Kat Tazminat Tartışması.....	172

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN HAKEMLER VE MAHKEMELER TARAFINDAN İNCELENMESİ

§1. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN

YAKLAŞIMLAR.....	176
I. Kanunlar İhtilafı Yaklaşımı	177
II. Münhasır Yetki Yaklaşımı	180
III. Uluslararası Emredici Kural Yaklaşımı	181

§2. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN HAKEM KARARI ÖNCESİNDE

İNCELENMESİ.....	184
I. Hakemler Tarafından Yapılacak İnceleme	184
A. Tahkim Anlaşmasının Özerkliği (<i>Autonomy/Separability</i>)	186
B. Yetkiye İlişkin Karar Verme Yetkisi (<i>Competence-Competence</i>)	190
1. Karşılaştırmalı Hukukta <i>Competence-Competence</i> İlkesi	192
2. Türk Hukukunda <i>Competence-Competence</i> İlkesi.....	197
C. Hakemlerce Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk	200
II. Mahkemeler Tarafından Yapılacak İnceleme	207

A.	Negatif <i>Competence-Competence</i> İlkesi	210
B.	Mahkemelerce Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk.....	221
§3. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN HAKEM KARARI SONRASINDA		
İNCELENMESİ.....		224
I. İptal Davalarında.....		224
A.	İlgili Mevzuat	224
B.	İptale İlişkin Kamu Düzeni Ölçütü: Rekabet Kurallarının Hakemlerce Gündeme Getirilmesi ve Uygulanması	227
C.	İptal İncelemesinin Kapsamı	231
D.	Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk	237
II. Tanıma ve Tenfiz Davalarında.....		237
A.	İlgili Mevzuat	238
B.	Tanıma ve Tenfiz Engeli Olarak Tahkime Elverişlilik ve Kamu Düzeni Ölçütü.....	239
C.	Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk	242
SONUÇ		243
KAYNAKÇA.....		248

ÖZET

Günümüzde, büyük bir hızla genişleyen uluslararası ticarete ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde tarafsız ve etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülen tahkim, ulusal yargı organlarına göre çok daha fazla tercih edilmektedir. Hızla büyüyen dünya ticaretinin rekabetçi ekonomileri öne çıkarması, uluslararası ticaretten önemli bir pay almak isteyen ülkelerin rekabet hukukuna büyük değer atfetmesine neden olmaktadır. Gerek tahkim, gerek rekabet hukuku küreselleşen dünyada hızla gelişmekte olduğundan, uluslararası ticaret bakımından kaçınılmaz bir ortak oyun alanı ortaya çıkmıştır.

Bu çalışma, rekabet hukuku-tahkim hukuku ilişkisinde özellikle rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği noktasına odaklanmaktadır. İlk bölümde, *non-arbitrability* doktrini analiz edilerek tahkime elverişlilik kavramının tanımlanmasına ilişkin genel hukuki çerçeve belirlenecektir. İkinci bölümde, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin ABD ve AB hukuklarındaki gelişimi incelenecektir. Üçüncü bölümde, Türk hukukunda tahkime elverişliliği düzenleyen hukuki metinler ve konuya ilişkin yargı kararları kronolojik sistematik içinde incelenecektir. Dördüncü bölümde rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin hakemler ve mahkemelerce tespit edilmesine ilişkin usul ve esas sorunları ele alınacaktır. Böylelikle, çalışmamızda karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak Türkiye’de rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin teorik ve pratik çerçeve ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler

Rekabet, Rekabet Hukuku, Rekabet Uyuşmazlıkları, Tahkime Elverişlilik, Tahkim.

ABSTRACT

Today, arbitration is seen as a neutral and effective solution to disputes in the rapidly expanding international trade and is favored much more than national courts. The fact that the fast-growing world trade has brought competitive economies to forefront, causes the countries that want greater share from international trade attach greater value to the competition law. Since both the arbitration and the competition law are rapidly developing in the globalizing world, an inevitable common playground for international trade has emerged.

This study focuses particularly on the arbitrability of competition disputes, in correlation of competition law and arbitration law. Starting with the non-arbitrability doctrine, the first section discusses the general legal framework for the concept of arbitrability. In the second section, arbitrability of competition disputes is analyzed in terms of comparative law. Third section focuses mainly on the Turkish Law. Legal provisions that regulate arbitrability in Turkish law are interpreted and relevant judicial decisions are examined chronologically. Fourth section deals with the procedural and substantial problems of determining arbitrability of competition disputes in arbitral and judicial proceedings. In this way, the theoretical and practical framework concerning the arbitrability of competition disputes in Turkey will be tried to be established in our work by utilising the comparative law.

Keywords

Competition, Competition Law, Competition Disputes, Arbitrability, Arbitration.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Am. J. Comp. L.	: American Journal of Comparative Law
Am. Rev. Int'l Arb.	: The American Review of International Arbitration
Am. U. Int'l L. Rev.	: American University International Law Review
Arb. Int'l	: Arbitration International
Ankara B. Rev.	: Ankara Bar Review
Antitrust L. J.	: Antitrust Law Journal
ASA Bull.	: Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
B.C.L. Rev.	: Boston College Law Review
Bkz.	: Bakınız
Buff. L. Rev.	: Buffalo Law Review
Bus. L. Today	: Business Law Today
Cal. L. Rev.	: California Law Review
Cardozo	
J. Conflict Resol.	: Cardozo Journal of Conflict Resolution
CMLR	: Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	: Columbia Journal of European Law
Colum. J. Transnat'l L.	: Columbia Journal of Transnational Law
Competition L. Int'l	: Competition Law International
Def. Counsel J.	: Defense Counsel Journal

DePaul L. Rev.	: DePaul Law Review
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
Duke L.J.	: Duke Law Journal
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Edlr.	: Editörler
Erasmus L. Rev.	: Erasmus Law Review
Eur. Bus. L. Rev.	: European Business Law Review
Fordham Int'l L.J.	: Fordham International Law Journal
Ga. J. Int'l&Comp. L.	: Georgia Journal of International and Comparative Law
Geo. Wash.	
J. Int'l L. &Econ.	: George Washington Journal of International Law and Economics
Geo. Wash. L. Rev.	: George Washington Law Review
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Hastings	
Int'l & Comp. L. Rev.	: Hastings International and Comparative Law Review
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hous. L. Rev.	: Houston Law Review
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IBA	: International Bar Association

ICC	: International Chamber of Commerce
ICDR	: International Center for Dispute Resolution
Int'l Arb. L. Rev.	:
Int'l Bus. L.J.	: International Business Law Journal
Iowa L. Rev.	: Iowa Law Review
IPRG	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J. Comp. L. & Econ.	: Journal of Comparative Law and Economics
J. Comp.	
Bus.&Cap. Market L.	: Journal of Comparative Business and Capital Market Law
J. Consum. Pol.	: Journal of Consumer Policy
J. Corp. L.	: Journal of Corporation Law
J. Disp. Res.	: Journal of Dispute Resolution
J. Int'l Arb.	: Journal of International Arbitration
J. L. & Com.	: Journal of Law and Commerce
J. L. & Econ.	: Journal of Law & Economics
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
La. L. Rev.	: Louisiana Law Review
LCIA	: London Court of International Arbitration
Loy. U.	
Chi. Int'l L. Rev.	: Loyola University Chicago International Law Review
m.	: Madde
Me. L. Rev.	: Maine Law Review
Melb. J. Int'l L.	: Melbourne Journal of International Law

MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Mich. St. L. Rev.	: Michigan State Law Review
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Nev. L.J.	: Nevada Law Journal
NYLJ	: New York Law Journal
N.Y.U. L. Rev.	: New York University Law Review
N.C. L. Rev.	: New Carolina Law Review
N.Y.U.	
J. Int'l L. & Pol.	: New York University Journal of International Law and Politics
N.Y.U. L. Q. Rev.	: New York University Law Quarterly Review
OJ	: Official Journal
para.	: Paragraf
Penn. St.	
J.L. & Int'l Aff.	: Penn State Journal of Law and International Affairs
RA	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SAcLJ	: Singapore Academy of Law Journal
S. C. L. Rev.	: South Carolina Law Review

S. Cal. L. Rev.	: Southern California Law Review
S.D.N.Y.	: Southern District of New York
Seton Hall Legis. J.	: Seton Hall Legislative Journal
St. John's L. R.	: St. John's Law Review
St. Mary's L. J.	: St. Mary's Law Journal
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
Tex. Int'l L. J.	: Texas International Law Journal
Tul. L. Rev.	: Tulane Law Review
U.C. Davis Bus. L.J.	: University of California Davis Business Law Journal
U. Ill. L. Rev.	: University of Illinois Law Review
U. Kan. L. Rev.	: University of Kansas Law Review
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
U. Pa. J. Int'l L.	: University of Pennsylvania Journal of International Law
U. Pa. J. Int'l Bus. L.	: University of Pennsylvania Journal of International Business Law
US	: United States (Birleşik Devletler)
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
Va. L. Rev.	: Virginia Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	: Vanderbilt Journal Of Transnational Law
Wm. & Mary L. Rev.	: William and Mary Law Review
Yale L. J.	: Yale Law Journal
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zbornik PFZ	: Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu
ZDAR	: Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht

GİRİŞ

Rekabet hukukunun temel karakterini piyasa gücünün tekelleşmesine karşı kamu müdahalesi oluşturur. Kamusal müdahale, rekabet kurallarına yönelik ihlallerin soruşturularak cezalandırılması yoluyla temelde caydırıcı olma hedefine yönelmektedir. Öte yandan, rekabet kurallarının ihlalden zarar görenlerin uğramış oldukları zararlarının giderilmesi, rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki yansımaları meydana getirir. Zararların giderimine ilişkin kapsam ve nitelik ancak ilgili devletin hukuk politikasının el verdiği ölçü ve yöntemler içinde somutlaşmaktadır.

Rekabet kurallarının ihlal edilmesinden zarar gören kişilerce uğranılan zararların tazminine yönelik olarak açılan davalar ABD¹ ve AB² hukukunda özel hukuk yaptırımı³ (*private enforcement*) olarak adlandırılan kavramın özünü oluşturur.⁴ Özel hukuk yaptırımı, zarar görenlerce mahkemelerde açılmış bulunan davalarda ortaya çıkabildiği gibi, özel uyuşmazlıkların çözümüne yönelik sözleşme temeline dayalı bir hukuki kurum olan tahkim ve diğer alternatif çözüm yollarında da

¹ Pitofsky, Robert/Goldschmid, Harvey J./Wood, Diane P.: Trade Regulation, Foundation Press, New York, 2003, s. 98.

² Komisyon Yetkililerince AB Hukukundaki modernizasyon çerçevesinde özel hukuk yaptırımlarına ilişkin yapılan bir değerlendirme için bkz.: Woods, Donncadh/Sinclair, Ailsa/Ashton, David: Private enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2004_2_31_en.pdf (Son Erişim: 20.12.2017).

³ *Private enforcement* kavramını tam olarak karşılayan bir Türkçe ifade bulunmamakla birlikte pratik ifade kolaylığı bakımından Kortunay tarafından kullanılan “özel hukuk yaptırımı” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz.: Kortunay, Ayhan: *AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler*, Rekabet Dergisi, S.10 (2009), s.81.

⁴ *Private enforcement* kavramı, Amerikan hukuku kaynaklı bir kavram olup rekabet kurallarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerince mahkemelerde açılan davalar yoluyla uygulanması/icra edilmesi anlamı taşımaktadır. Bu anlamda, kamusal uygulama (*public enforcement*) ile temel farklılığın davalara ilişkin mali kaynak ve dava açılmasına yönelik ölçek, kapsam ve gayret yoğunluğu konularındaki takdir yetkisi olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Rosenberg, David/Sullivan, James P.: *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law*, 2 J. Comp. L. & Econ. 159, (2006), s. 160, dn. 2.

gündeme gelebilmektedir.⁵ Gerçekten rekabet kurallarının tahkime elverişliliğine ilişkin küresel ölçekteki genel olumlu yaklaşımın gerisinde rekabet kurallarının modern piyasa ekonomilerinin merkezindeki yerinin korunması hedefi doğrultusunda özel hukuk yaptırımlarının ve bu anlamda rekabet kurallarının hakemlerce uygulanmasının özendirilmesi bulunmaktadır.⁶

Tahkim hukuku ve rekabet hukukunun kökleri oldukça eskiye dayanmasına rağmen bu ikisi arasındaki ilişkinin gelişimi yenidir.⁷ Uluslararası ticarete büyük bir ivme kazanan genişlemenin etkisi altında, özellikle uluslararası alanda iş dünyası bakımından pek çok ulusal sınırı aşıcı nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde ulusal yargı organlarına alternatif tarafsız ve etkin yollar aranmaya başlandığından tahkim yöntemi uluslararası ticarete giderek artan oranlarda benimsenmekte ve devlet yargısına tercih edilmektedir.⁸ Sonuç olarak tahkim yönteminin uluslararası alanda giderek artan bir biçimde ve yaygın olarak tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm türü haline geldiği görülmektedir.⁹

PwC ve Queen Mary Üniversitesi işbirliğiyle 2013 yılında yapılan bir anket çalışmasında, küresel ekonomi bakımından anahtar sektörler olarak kabul edilen enerji ve inşaat sektörlerinde faaliyet gösterenler başta olmak üzere pek çok büyük

⁵ **Varga**, Istvan: *The Relationship between the Extension of Arbitration to Competition Law and the Private Enforcement of Competition Law*, (Gessel, Beata/Vel Kalisz, Kalinovska, Edlr.), *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration: Liber Amicorum Professor Jerzy Rajski*, Warsaw 2015, s. 103.

⁶ **Mourre**, Alexis: *Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr.) Kluwer Law International, 2011, s. 24.

⁷ **Loevinger**, Lee: *Antitrust Issues As Subjects of Arbitration*, 44 N.Y.U. L. Rev. 1085, 1969, s. 1085. Ayrıca bkz. **Geradin**, Damien.: *Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration: A Competition Law Practitioner's Viewpoint*, TILEC Discussion Paper, DP 2016-029 (2016), s. 2

⁸ **McLean**, D. J.: *Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 1087 (2014), s. 1089

⁹ **Stipanowich**, T. J.: *Arbitration: The "New Litigation"*, 2010 U. Ill. L. Rev. 1 (2010), s. 4; **Şanlı**, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 291; **McLean**, s. 1093.

şirket tarafından uluslararası uyuşmazlık çözümünde en çok tercih edilen yolun tahkim yolu olduğu ortaya konmuştur.¹⁰ Anılan çalışmada ayrıca şirketlerin tahkim alanında hizmet almakta giderek uzmanlaştığı, bu konuda kendi bünyelerindeki hukuk birimlerinde geleceğe dönük olarak kapasite inşasına gittikleri de tespit edilmiştir.¹¹

Dünya ekonomisine yön veren önemli sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerin tahkim konusundaki bu yönelimi, tahkim kurumunun günümüzde olduğu gibi gelecekte de uluslararası alandaki en önemli uyuşmazlık çözüm yöntemi olacağına işaret etmektedir. Bu tespitler, 2015 yılında Queen Mary Üniversitesi tarafından yapılan diğer bir çalışmada da paylaşılmaktadır.¹²

Öte yandan, uluslararası alanda yerli ve/veya yabancı teşebbüsler arası ticari ilişkilerin gelişmesi ülkelerin rekabet hukuku ve politikasına daha büyük değer atfetmesine neden olmuştur. Gerek tahkim kurumunun gerek rekabet hukukunun dünyada hızla gelişmekte olması, kaçınılmaz bir etkileşim alanı yaratmıştır.

Rekabet kurallarının etkin ve yaygın biçimde uygulanabilmesi için giderek arttırılan yaptırımları içeren kamusal yaptırım (*public enforcement*) sistemi yanında, zarar görenlerin tazminini hedefleyen özel hukuk yaptırım sistemi de aynı hızla yaygınlaştığı günümüzde, özellikle uluslararası boyutu bulunan rekabet uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önem kazandığı görülmektedir.

¹⁰ PwC/Queen Mary University, Corporate Choices in International Arbitration; Industry Perspectives, International Arbitration Survey, (PWC Survey) 2013. <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf> (Son Erişim: 18.09.2017). Krş.: McLean, s. 1092.

¹¹ PWC Survey, s. 1.

¹² Queen Mary University/White&Case, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (QMU Survey), <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (Son Erişim: 18.09.2017)

Tahkim yolu, aslında rekabet hukuku politikası açısından ihtiyari bir seçenek olarak değil, hukuki temelleri sağlam biçimde atılması gereken kaçınılmaz bir enstrüman olarak görülmelidir. Zira tahkim günümüzde devletin yargı tekeli üzerinde katlanılması gereken bir kambur olarak değil, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olağan bir yöntem olarak algılanmakta, uluslararası ticaretin taraflarına devlet mahkemeleriyle eş değerde hukuki koruma ve güvenlik sağladığına inanılmaktadır.¹³

Nitekim UNCITRAL çatısı altında imzalanan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi)¹⁴, çalışmanın bitirildiği tarih itibarıyla Türkiye¹⁵ dahil 159 üye ülkede gerek kurumsal, gerek geçici (*ad hoc*) tahkim kurullarınca verilen kararların tanınması ve tenfizine imkan tanıyarak tahkim uygulamasının uluslararası etkinliğini sağlamaktadır. Öte yandan, Türkiye'nin¹⁶ de taraf olduğu 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi (Avrupa-Cenevre Sözleşmesi)¹⁷ üye devletler bakımından tahkimin geliştirilmesine hizmet etmektedir.

New York Sözleşmesinin II. maddesinde taraf devletler bakımından tahkim anlaşmalarını tanıyarak uygulama yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için

¹³ **Arfazadeh**, Homayoon: *Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited*, 17 Arb. Int'l 73 (2001), s. 78.

¹⁴ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (New York, 1958): <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf> (Son Erişim: 20.12.2017)

¹⁵ New York Sözleşmesinin onaylanması 08.05.1991 tarih, 3731 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. RG T. 21.05.1991, S. 20877.

¹⁶ Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin onaylanması 08.05.1991 tarih, 3730 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. RG T. 21.05.1991, S. 20877.

¹⁷ European Convention on International Commercial Arbitration (Geneva, 1961): https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf (Son Erişim: 20.12.2017). Anılan sözleşme, doktrinde genellikle "Avrupa-Cenevre Sözleşmesi", 3730 sayılı Kanunda "Avrupa Sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızda "Avrupa-Cenevre Sözleşmesi" kısaltması tercih edilmiştir.

tahkime elverişli bir konu (*subject matter capable of settlement by arbitration*) şartı getirilmiştir. Rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların anılan çerçevede tahkime elverişli olup olmadığı ve elverişliliğin kapsamına ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır.¹⁸

Tahkime elverişlilik sorunu tahkim hukukunun en temel sorunlarından biridir. Tahkime elverişlilik kavramı, esas olarak hakem ya da hakem kurulunun bir uyuşmazlık üzerinde karar verebilme yetkisinin bulunup bulunmadığını, bir başka deyişle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin mümkün olup olmadığının tespit edilmesine yönelik bir analizi içerir.¹⁹ Tahkim, tarafların anlaşmasına dayalı bir kurum olduğundan tahkime elverişsizliğin iki temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime sunma konusunda usulüne uygun anlaşmamış olmaları, ikincisi ise uyuşmazlığı münhasıran mahkemelerin yetkisine bırakan hukuki düzenlemelerdir.

“*Tahkim anlaşmasının taraflarının, tahkim anlaşması yapabilmek için gerekli ehliyeteye sahip olup olmadıkları*” ve bu anlamda taraf iradelerinin usulüne uygun biçimde oluşmuş yahut uyuşmuş olup olmadığı hususu “subjektif tahkime elverişlilik” kavramının, kamu düzenini ilgilendiren emredici hukuk kurallarına bağlı olarak “*bir uyuşmazlığın konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülebilmesinin mümkün olup olmadığı*” hususu ise “objektif tahkime elverişlilik” kavramlarının özünü

¹⁸ Bkz.: **Ragazzo**, Carlos/**Binder**, Mariana: *Antitrust and International Arbitration*, 15 U.C. Davis Bus. L.J. 173 (2015); **Nazzini**, Renato: *Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union? Some Reflections on the CDC Case in the Court of Justice*, Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust Review, 3(1), (2016); **Geradin**, Damien/**Villano**, Emilio: *Arbitrability of EU Competition Law-Based Claims: Where Do We Stand after the CDC Hydrogen Peroxide Case?* TILEC Discussion Paper DP 2016-033 (2016) <http://ssrn.com/abstract=2851112> (Son Erişim: 25.12.2017)

¹⁹ **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 261.

oluşturmaktadır.²⁰ Objektif bakımdan tahkime elverişli bulunan bir konuda yapılan bir tahkim anlaşmasının geçerli bir biçimde kurulup kurulmadığı sorunu maddi hukuk kurallarına dayalı medeni hukuk/borçlar hukuku sorunu²¹ olarak görüldüğünden çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu çalışmada temel olarak objektif tahkime elverişlilik kavramı inceleme konusu yapılacaktır.

Rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların hakemler tarafından etkin bir biçimde çözülebileceği düşüncesi günümüzde gelişmiş ve gelişmekte olan pek çok devletin hukukunda kabul edilmekte, ancak tahkime elverişlilik, yargı müdahalesi ve hakemlerin rekabet kurallarını uygulama yetkisinin/yükümlülüğünün kapsamı gibi tartışmalı konulardaki yaklaşım, ülkeden ülkeye değişmektedir.

Tahkim yargılamasında kamu düzeni kaygıları nedeniyle rekabet kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasının gözetilmesi sorunu, hakemlerin yargılama sürecinde rekabet kurallarını re'sen veya taraflarca ileri sürülmesi durumunda uygulamak ve/veya göz önüne almak zorunda olup olmadıkları tartışmaları ile yakından ilgilidir. Bu alanlarda hukuk politikası geliştirilmesi tahkimin etkinliğini arttırmak isteyen tüm ülkeler açısından bir zorunluluk haline gelmiştir.²²

²⁰ **Büyükalp**, A. İpek Sarıöz: *Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları*, 16 DEÜHFD 2015 (2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 2040. Krş.: **Fouchard**, Philippe/**Gaillard**, Emmanuel/**Goldman**, Berthold (Gaillard, Emmanuel/Savage, John, Edlr.) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 313.

²¹ **Kalpsüz**, Turgut; Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, BTHAE, Ankara, 2007, s. 105.

²² Örn. bkz.: **Damages Directive** of The European Parliament and of The Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Official Journal L 349/1, 05.12.2014, m. 18. Ayrıca bkz.: **Brown**, Daniel/**O'Connor**, Eric, *United States*, International Competition Litigation, (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr.) KluwerLaw International, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 870, 876.

Rekabet hukuku, ülkeden ülkeye farklı önceliklere sahip olsa da temel olarak ekonomik kaynakların etkin dağılımını (*allocative efficiency*) hedeflediğinden²³, kamu düzenine dayalı kaygıların ağır bastığı bir hukuk dalıdır. Özellikle Amerikan uygulama ve doktrininde, söz konusu kamusal kaygıların genellikle tahkim kurumunun nitelikleriyle çeliştiğine yönelik yaygın ve güçlü bir kanaat var olagelmıştır.²⁴

Rekabet hukuku ile tahkim hukuku uzun süre ayrı kulvarlarda etkileşim içinde olmadan gelişmiştir.²⁵ Rekabet hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına konu olması, iç içe geçmiş iki önemli sorunu da beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, bir pozitif hukuk meselesi olarak rekabet hukukunun kamu düzeni kavramıyla olan güçlü bağı nedeniyle rekabet uyuşmazlıklarının tahkim anlaşmasına konu olup olamayacağı sorunudur. İkincisi ise, bir hukuk politikası meselesi olarak, uluslararası alanda gelişen tahkim yanlısı anlayışa (*favor arbitrandum*)²⁶ ek olarak AB hukukunda yaşanan desantralizasyon ve özel hukuk yaptırımlarının özendirilmesi süreçleri çerçevesinde rekabet otoritelerinin münhasır güç sahasının dışına çıkmaya başlayan rekabet hukukunun tahkim süreçlerinde uygulanmasına yönelik pratik sorunlardır.

Çalışmamızda ele alınacak dört önemli inceleme konusu bulunmaktadır. Birincisi, rekabet hukukundan doğan hakların etkin olarak korunması ve

²³ **Wood**, Diane P.: *International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare*, 3 Chi. J. Int'l L. 391 (2002), s. 394.

²⁴ **Allison**, John R.; *Arbitration of Private Antitrust Claims in International Trade: A Study in the Subordination of National Interests to the Demands of a World Market*, (Arbitration of Private Antitrust Claims) 18 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 361, (1985), s.364-365; **Geradin**, s. 2; **Feinberg**, Wilfred.: *Arbitration and Antitrust-An Introduction*, 44 N.Y.U. L. Rev. 1069, (1969), s. 1070. **Finn**, John. J.: *Private Arbitration and Antitrust Enforcement: A Conflict of Policies*, 10 B.C.L. Rev. 406 (1969), s. 410 vd.

²⁵ **Geradin**, s. 2.

²⁶ **Arfazadeh**, s. 74.

kullanılmasına yönelik kamu düzeni kaygıları doğrultusunda, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine karşı oluşan ve ABD’de *non-arbitrability* doktrini olarak bilinen olumsuz yaklaşımın temelleri ve günümüzdeki uygulama bakımından sonuçlarıdır. Tahkime elverişlilik tartışmalarının özünü ilgilendirmesi nedeniyle tahkime elverişsizlik (*non-arbitrability*) doktrininin ayrı bir bölümde incelenmesi gereklidir. Bu çerçevede, çalışmamızın birinci bölümünde rekabet hukukunun geleneksel uygulaması içinde tahkime elverişsizlik (*non-arbitrability*) doktrininin ortaya çıkışı ve bu kavramın hukuki unsurları analiz edilecek, tahkime elverişsizlik düşüncesine dayanak oluşturan gerekçelere ilişkin karşı görüşler ve kaygıların giderilmesini sağlayacak öneriler tartışılacaktır.

Rekabet uyuşmazlıklarının karşılaştırmalı hukuktaki gelişiminin, mevzuat ve yargı kararları ışığında incelenmesi günümüzdeki durumu ve geleceğe yönelik eğilimlerinin ortaya konması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın ikinci bölümünde, rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin olarak başlıca gelişmiş ülkelerin hukuk sistemlerinde ortaya çıkan tahkime elverişlilik tartışmaları karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ele alınarak uluslararası alanda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda bir ara sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

Üçüncü önemli inceleme konusu, karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanılarak Türk hukukunda genel olarak tahkime elverişliliğe dair yaklaşım ışığında rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin hukuki çerçevenin tespit edilmesidir. Çalışmanın üçüncü bölümünde, Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği sorunu tartışılacaktır. Bu bölümde, Türk hukukunda tahkime elverişliliği düzenleyen mevzuat metinleri, bunların yorumlanması ve konuya ilişkin yargı kararlarındaki yaklaşım kronolojik çerçevede

ele alınarak Türkiye’de rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine yönelik teorik ve pratik durum ortaya konulacaktır. Bu bölümde daha sonra birinci bölümde yer verilen tahkime elverişsizlik (*non-arbitrability*) doktrininin unsurları Türk hukuku açısından değerlendirilecektir.

Dördüncü ve son inceleme konusu, hakem kurulunun yetkisiz olduğu itirazı ve mahkemelerde açılan davalarda ileri sürülen tahkim itirazı bağlamında ortaya çıkan tahkime elverişlilik sorununun çözümü ile hakem kararlarının iptali veya tanınması/tenfizi istemli davalarda iptal nedeni veyahut tanıma/tenfiz engeli biçiminde ortaya çıkan tahkime elverişlilik sorununun mahkemelerce ele alınmasına ilişkin değerlendirme, tespit ve öneriler olacaktır. Dördüncü bölümde, Türk hukuku bakımından rekabet uyuşmazlıklarını tahkime elverişliliğinin belirlenmesine yönelik usul ve süreçler, sorunun alternatif aşamalarda ortaya çıkış durumuna göre analiz edilerek tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun ne olacağı, tahkime elverişliliğe kimin karar vereceği hususlarına değinilecek ve Türk hukuku bakımından uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞSİZLİK (*NON-ARBITRABILITY*) DOKTRİNİ VE ELEŞTİRİSİ

Rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliği konusunu ele alabilmek için öncelikli olarak “*American Safety*”²⁷ Doktrini”²⁸ olarak da adlandırılan ve Amerikan İkinci Daire Federal Temyiz Mahkemesinin²⁹ kararı çerçevesinde güçlü bir teori haline gelerek Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1985 yılındaki *Mitsubishi*³⁰ kararına değin uzun yıllar etkin olan, *Mitsubishi* kararı ertesinde dahi uzun süre mahkemeleri etkilemeye devam eden “tahkime elverişsizlik doktrini”nin (*non-arbitrability doctrine*)³¹ irdelenmesi gereklidir.

Tahkime elverişsizlik doktrini kapsamında rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişli olmadığı düşüncesine dayanak olarak ortaya konulan itiraz ve çekincelerin tahkim anlaşmasının özünden kaynaklananlar ile hakemlere ve tahkim usulüne yönelik bulunanlar olmak üzere iki ana başlık altında incelenmesi mümkündür.³²

²⁷ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968).

²⁸ **Carbonneau**, Thomas. E.: *The Exuberant Pathway to Quixiotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi*, (The Exuberant Pathway) 19 Vand. J. Transnat'l L. 265 (1986), s. 279.

²⁹ US Court of Appeals for the Second Circuit.

³⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, (1985).

³¹ **Born**, Gary: *International Arbitration Cases and Materials*, Aspen Publishers, New York, 2011, s.421; **Nissen**, William J.: *Antitrust and Arbitration in International Commerce*, 17 Harv. Int'l. L. J. 110 (1976), s. 111; **Lipner**, Seth E.: *International Antitrust Law: To Arbitrate or Not to Arbitrate*, 19 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 395 (1985), s. 404.

³² **Allison**, *Arbitration of Private Antitrust Claims*, s. 402; **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 237-238; **Brewer**, Thomas, J.: *The Arbitrability of Antitrust Disputes: Freedom to Contract for an Alternative Forum*, 66 Antitrust L.J. 91 (1997), s. 93. Söz konusu unsurları farklı açılardan ele alan yazarlar için bkz.: **Loevinger**, s.1090-191; **Pitofsky**, Robert: *Arbitration and Antitrust Enforcement*, 44 N.Y.U. L. Rev. 1072, (1969), s. 1076-1080; **Ragazzo/Binder**, s. 175. Herhangi bir sistematik izlemeyen doktrini analiz eden yazarlar için bkz.: **Finn**, John J.: *Private Arbitration and Antitrust Enforcement: A Conflict of Policies*, 10 B.C.L. Rev. 406 (1969).

§1. TAHKİM ANLAŞMASININ ÖZÜNE İLİŞKİN ÇEKİNCELER

Rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim anlaşmasının özünden kaynaklanan itiraz ve çekincelerin temelde iki hususa dayandığı görülmektedir. İlki, tahkim yönteminin kaynağını teşkil eden irade özerkliği ilkesinin sınırlarını belirleyen kamu düzeni (*public policy/l'ordre public/öffentliche Ordnung*) kavramıdır.³³ Rekabet hukuku, belirli bir ekonomik düzenin kurulması ve korunması işlevine sahiptir. Buna göre, kişilerin çıkarlarının ötesinde genel olarak toplumun çıkarlarını yakından ilgilendiren bir hukuk dalı niteliğindeki Rekabet Hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime konu edilmesi durumunda bu kamusal çıkarların tehlikeye düştüğü ileri sürülmüştür.³⁴

Çekince kaynağı olan hususların ikincisi zayıf tarafın korunması ilkesidir.³⁵ Zira rekabet uyuşmazlıklarının tahkim anlaşmasına tabi tutulduğu sözleşmelerde genellikle bir taraf ekonomik bakımdan güçlü olan diğerine zorunluluktan bağlanmış durumda olduğundan zayıf tarafın adalete erişim hakkı zarar görecektir.³⁶

Kamu düzeni ve bununla bağlantılı biçimde zayıf tarafın korunması ilkesine dayalı olarak rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişsiz bulunduğuna yönelik değerlendirmeler aşağıda incelenecektir.

³³ **Lew**, Julian D. M./**Mistelis**, Loukas A./**Kröll**, Stefan; Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2003, s. 188; **Von Zumbusch**, Ludwig: *Arbitrability of Antitrust Claims Under U.S., German, and EEC Law: The "International Transaction" Criterion and Public Policy*, 22 Tex. Int'l L. J. 291, (1987), s. 292. Public policy ve ordre public kavramlarının özdeşliği konusunda bkz.: **Von Zumbusch**, s. 304, d.n.:100; **Huysal**, s. 15.

³⁴ Bkz.: **Pitofsky**, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1076; **Huysal**, s. 120.

³⁵ **Loevinger**, s. 1091; **Aksen**, Gerald, *Arbitration and Antitrust: Are They Compatible?* 44 N.Y.U. L. Rev. 1097, (1969), s. 1101;

³⁶ **Niedermaier**, Tilman: *Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power - Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic*, 39 ZDAR 12, (2014), s. 14.

I. Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramının kesin bir tanımının yapılması oldukça güçtür. Bununla birlikte, doktrinde ifade edildiği üzere “*belirli bir ülkede belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlar*” kamu düzeni kavramının kapsamına girmektedir.³⁷ Uluslararası Özel Hukuk bakımından kamu düzeni istisnası (*public policy exception*) olarak adlandırılan kavram, devletlerin yabancı hukukun tanınması ve uygulanmasına yönelik yükümlülüklerine o devletin yargı makamlarınca uygulanan istisnalardır.³⁸ Bu anlamda, uluslararası özel hukukun içeriğine yönelik görüşlerden bağımsız olarak kamu düzeni kurallarının yabancı hukukun uygulanmasını engellediği genellikle kabul edilmektedir.³⁹

Sözleşme hukuku bakımından kamu düzeni kavramının birbirine yakın iki ana alt başlıkta incelendiği görülmektedir ki bunlardan ilki “politik kamu düzeni” ve ikincisi “ekonomik kamu düzeni”dir.⁴⁰

Politik kamu düzeni, kanun koyucunun içeriğiyle ilgilenmeden belirli türdeki sözleşmeleri yasaklayarak vatandaşların hukuki işlem ve eylemlerinin belirli emredici kurallara tabi olmasını, böylelikle devlet ve aile gibi kurumların korunması

³⁷ **Ökçün**, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1997, s. 9.

³⁸ **Murphy**, Kent: *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law*, 11 Ga. J. Int'l & Comp. L. 591 (1981), s. 591.

³⁹ **Ökçün**, s. 15.

⁴⁰ **Fauvarque-Cosson**, Bénédicte/**Mazeaud**, Denis: *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Walter de Gruyter, München, 2008, s.142; **Kraft** Michael E./**Furlong**, Scott R.: *Public Policy: Politics, Analysis, and Alternatives*, SAGE, Los Angeles, 2012, s.15-16. **Kraft/Furlong**, üçüncü başlık olarak devletin “ahlaki-etik” gerekçelerle müdahalesini vermekte ise de politik gerekçelerle büyük ölçüde örtüşme bulunduğu görülmektedir.

suretiyle toplumun sorunsuz işleyişinin sağlanmasını hedeflemektedir.⁴¹ Politik bağlamda kamu düzeni kuralları, sosyal ilişkileri taşıdıkları anlam çerçevesinde şekillendiren, hukuki düzenlemelerle politika-toplum ilişkisini somut bir kavram haline getiren araçlardır.⁴²

Ekonomik kamu düzeni, temel hukuki ilkeler ve ahlaki değerleri esas alarak toplum içindeki ekonomik ilişkileri pozitif kurallarla düzenlemek suretiyle sözleşmelerin içeriğine müdahaleyi hedeflemektedir ve bu yönüyle daha değişkendir.⁴³ Rekabet hukuku da ekonomik kamu düzeni kaygılarıyla devletlerin ticari hayata müdahaleleriyle ortaya çıkmış bulunan ekonomi hukukunun bir parçasıdır.⁴⁴

Ne var ki, kamu düzeni kavramına ilişkin yukarıdaki sınıflandırmanın da çoğu zaman birbiriyle örtüşen ve iç içe geçmiş unsurlara dayandığı belirtilmelidir.⁴⁵ Politik-Ekonomik ayrımının net bir rehberlik sağlamadığı düşüncesinden hareketle Fransız yazınında geliştirilen “yönlendirici kamu düzeni” (*public policy of direction*), “koruyucu kamu düzeni” (*public policy of protection*) kavramları daha fonksiyonel bulunmaktadır.⁴⁶

⁴¹ Fauvarque-Cosson/Mazeaud, s. 142.

⁴² Lascoumes, Pierre/Le Galès, Patrick: *Introduction: Understanding Public Policy Through Its Instruments—From The Nature of Instruments to The Sociology of Public Policy Instrumentation*, 20 Governance 1 (2007), s. 4.

⁴³ Fauvarque-Cosson/Mazeaud, s. 142; Lascoumes/Le Galès, s. 13.

⁴⁴ Tiryakioğlu, Bilgin: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996, s.5; Akıncı, Müslüm: *Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu*, Rekabet Dergisi S. 5 (2001), s. 3-4.

⁴⁵ Kraft/Furlong, s.15; Huysal, s.95. Lascoumes/Le Galès, s. 12, kamu düzeni enstrümanlarına dayalı işlevsel bir tablo sunmaktadır.

⁴⁶ Fauvarque-Cosson/Mazeaud, s.143. Yeşilova, s.338. Ayrıca bkz.: Delvolvé, Jean-Louis/Rouche, Jean/Pointon, Gerald H.: *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s.39; Goicovici, Ana-Juanita: *Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence*, Transylvanian Review of Administrative Sciences, No. 38 (2013), s. 48-49;

Bu işlevsel ayrım bağlamında yönlendirici kamu düzeni, toplumun genel çıkarlarını korumak ve bireylerin hukuki işlem ve eylemlerinde sosyal, politik ve ekonomik yönelimi ortaya çıkarmak amacıyla özel anlaşmalardaki engelleyici unsurları ortadan kaldırmak suretiyle ulusal ekonomiyi belirli bir doğrultuda düzenleyen ve aykırılığın geçersizliğe bağlı tutulduğu kuralları bütünüdür.⁴⁷

Koruyucu kamu düzeni ise sözleşmenin korunmasız tarafına özel hak ve hukuki güvenceler yoluyla bir korunma hakkı vermektedir.⁴⁸ Bu çerçevede, koruyucu kamu düzeni kurallarının emredici niteliğinin yönlendirici nitelikte olanlara göre daha zayıf olduğu, kamu düzeni kuralından ziyade “lehe olan kuralın uygulanması” durumundan söz edilebileceği ileri sürülmektedir.⁴⁹ Nitekim doktrinde, kamu düzeni kavramının “emredici kural”⁵⁰ mefhumu ile ne derece örtüştüğü ve uluslararası, uluslararası ve Avrupa kamu düzeni anlayışıyla ilişkisi konusunda yoğun bir tartışma söz konusudur.⁵¹ Bu noktada öncelikle ele alınması gereken husus, tahkime elverişlilik kavramının kamu düzeni kavramıyla ve emredici hukuk kurallarıyla (müdahaleci veya münhasır yetki veren kuralları) arasındaki ilişkinin niteliğidir.

Husserl’e göre İsviçreli yazar Brocher’in iç hukuktaki emredici kuralları “iç kamu düzeni” (*ordre public interne*) olarak tanımlarken, uluslararası uyumsuzluklar bakımından “uluslararası kamu düzeni” kavramını ortaya atmasından bu yana

⁴⁷ Fauvarque-Cosson/Mazeaud, s. 143.

⁴⁸ Goicovici, s. 49.

⁴⁹ Fauvarque-Cosson/Mazeaud, s. 143. Krş.: Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku (1. Cilt), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 85.

⁵⁰ “Emredici kuralları, iç hukukta, hukuk kişilerinin sözleşme ile aksini kararlaştıramayacakları ve kesin olarak uygulamak zorunda oldukları hukuk kuralları” olarak tanımlanmaktadır. Bkz.: Karakoç, İrem: Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım, DEÜHFD, C.8, S.1, 2006, s. 88-89.

⁵¹ Ökçün, s. 9-10; Gürzumar, Aydanur: Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri, 14 MHB 21 (1994), s.24. Ayrıca bkz.: Geradin, s. 10; Barraclough, Andrew/Waincymer, Jeff: Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, 6 Melb. J. Int’l L. 205, (2005).

uluslararası kamu düzeni kavramı tahkim bakımından temel kavramlardan birisi haline gelmiştir.⁵² Bununla birlikte, Türk doktrinde ulusal-uluslararası kamu düzeni ayrımının anlam ve içerik bakımından değil yalnızca milletlerarası özel hukuk bakımından gösterdiği özellikler ve bu kavrama bağlanan sonuçların farklı olabileceği vurgulanmaktadır.⁵³

Devletlerin iç hukuklarında tahkime elverişlilik kavramı geleneksel olarak kamu düzeni ölçütleri çerçevesinde tanımlandığından tahkime elverişlilik ile kamu düzeni kavramsal çerçeveye oturtulmaktadır.⁵⁴ Diğer yandan, tahkime elverişlilik farklı bir kavramdır ve kamu düzeni kavramından kaynaklanan tahkime elverişsizlik tartışmaları emredici kurallardan veyahut belirli bir konuda münhasıran devlet mahkemelerinin yetkilendirilmesinden doğmaktadır.⁵⁵ Gerçekten Türk kamu düzeni kavramının milletlerarası yetki alanındaki en önemli müdahalesi belirli bir konuda yalnızca Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesini temin etmek amacıyla uluslararası münhasır yetki tesis eden kurallarla olmaktadır.⁵⁶ Emredici kurallar ise çoğu zaman kamu düzenine aykırılığı düzenlerken her emredici kuralın kamu düzeninden sayılması mümkün değildir.⁵⁷

Kamu düzeni kavramı, oldukça soyut, zamana ve ülkeye göre değişiklik gösteren dinamik bir kavramdır.⁵⁸ Avrupa’da ilk olarak Fransız hukukunda

⁵² **Husserl**, s. 38-39.

⁵³ **Gürzumar, A.**, s. 23.

⁵⁴ **Youssef**, Karim: *The Death of Inarbitrability*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s. 49; **Akıncı**, Ziya: *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure (Arbitration Law)*, Juris, New York, 2011, s. 39.

⁵⁵ **Huysal**, s. 95

⁵⁶ **Gürzumar, A.**, s. 26.

⁵⁷ **Gürzumar, A.**, s. 24.

⁵⁸ Yargıtay HGK, 30.09.2015 tarih, E.2013/1847, K.2015/2020. Ayrıca bkz.: **Gürzumar, A.**, s. 24-25; **Ruhi, A. Cemal/Kaplan**, Yavuz: *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni*, 22 MHB 643 (2002), s. 644.

düzenlenen kamu düzeni (*ordre public*) kavramı, tüm Kıta Avrupası ülkelerinin mevzuatında yer bulmuştur.⁵⁹ Ne var ki, Müşterek Hukuk'ta kullanılan *public policy* kavramının muğlak ve açık uçlu olduğunu düşünen Avrupalı hukukçuların *ordre public* kavramını belirli bir tanım temeline oturtma gayretleri sonuçsuz kalmıştır.⁶⁰

Rekabet kurallarının emredici niteliği haiz kurallar olarak ekonomik kamu düzeninin bir parçası olduğu ve bu nedenle özel hukuk kişisi olan hakemlerin yetki alanlarına terkedilemeyeceği görüşü ciddi bir tahkime elverişlilik engeli olarak yargı içtihadında ve doktrinde güçlü bir varlık göstermiştir.⁶¹ Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin tartışmalara kamu düzeni kavramının etkisi bakımından çeşitli hukuk sistemlerinde farklı gelişim ve yönelimler söz konusudur. Bu sistemlere ilişkin yargısal içtihat örnekleri ileride daha ayrıntılı incelenecektir.⁶²

Kamu düzeni kavramına ilişkin olarak mevcut sınıflandırma türleri arasında yapılan tercih ne olursa olsun kamu düzeni kavramının rekabet hukukunun tahkime elverişsizliği gerekçesi olarak görülmekten çıkmıştır.⁶³ Bu eğilimin gelişmesinde uluslararası tahkim kurullarının erken tarihlerde rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine dair verdikleri kararların lokomotif rolü üstlendiğini söylemek abartı olmayacaktır.⁶⁴ Rekabet hukukunu yalnızca yetkin kamu görevlileri ve hakimler tarafından uygulanması gereken kutsal bir kitap biçiminde gören muhafazakar anlayış, yerini rekabet hukukunun uygulanmasıyla görevli kamu otoritelerinin

⁵⁹ **Husserl**, Gerhart: Public Policy and Ordre Public, 25 Va. L. Rev. 37 (1938), s. 38.

⁶⁰ **Husserl**, s. 40; **Murphy**, s. 599.

⁶¹ **Pitofsky**, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s.1076; **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 232; **Huysal**, s. 97-98.

⁶² Bkz.: Aşağıda, İkinci Bölüm.

⁶³ **Born**, s. 448; **Youssef**, s. 52; **Stempel**, Jeffrey W.: *Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements (Public Policy)*, 22 St. Mary's L.J. 298 (1990), s. 296; **Speidel**, Richard E.: "Arbitration of Statutory Rights Under the Federal Arbitration Act: The Case for Reform", 4 J. Disp. Res. 157 (1989), s.183; **Steingruber**, Andrea M.: Consent in International Arbitration, Oxford International Arbitration Series, OUP, Oxford, 2012, para. 3.60 ve 3.71.

⁶⁴ Bkz.: **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s.349'da verilen 1966 tarihli ICC Tahkim Kurulu kararı.

rekabet uyuşmazlıklarını ele alan tahkim mahkemelerine yardım etmeleri ve onlarla eşgüdüm sağlamaları anlayışına bırakmaktadır.⁶⁵ Nitekim modern tahkim uygulamalarında tahkime elverişlilik bir kamu düzeni sorunu olmaktan çok yargı yetkisi (*jurisdiction*) sorunu olarak görülmektedir.⁶⁶

Dünyada hemen tüm ulusal hukuk sistemlerinde kamu düzenine ilişkin kuralların kendilerine aykırılık taşıyan sözleşmeleri geçersiz kılacağı düşüncesi genel bir kabul görmektedir.⁶⁷ Rekabet hukuku, toplum için belirli bir ekonomik sosyal ve siyasi hedefi düzenlediğinden bir hakem kararının bu temel anlayışın özünden ayrılmış olması durumunda kamu düzeninin ihlal edilmiş sayılması mümkündür.⁶⁸ Bu nedenle, uluslararası tahkim teorik olarak her ne kadar irade özerkliği ilkesi çerçevesinde konumlandırılmakta ise de, hakem kurulları giderek yaygın biçimde müdahaleci kamu düzeni kurallarını tarafların seçmiş oldukları hukuktan bağımsız olarak uygulamaktadır.⁶⁹

Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, bir uyuşmazlık konusunun kamu düzenini ilgilendirmesi, bu konunun kendiliğinden tahkime elverişli olmadığı anlamına gelmeyecektir. Tersine, hakem kurulu kamu düzenine ilişkin emredici kuralları uyuşmazlığı çözerken uygulamalı ve kararın tenfizinin reddedilmesi veya iptal edilmesi ihtimalini bertaraf edebilmek için her halükarda ilgili emredici

⁶⁵ **Baudenbacher**, Carl/**Higgins**, Imelda: *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, 8 Colum. J. Eur. L. 1, 18 (2002) s. 18.

⁶⁶ **Arfazadeh**, s. 77.

⁶⁷ **Brower**, Charles H., *Arbitration and Antitrust: Navigating the Contours of Mandatory Law*, 59 Buff. L. Rev. 1127, (2011), s. 1142.

⁶⁸ **Kühn**, Wolfgang: *Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany*, 3 Arb. Int'l 226 (1987), s. 232. Ayrıca bkz.: **Brown**, Willaim. J. T./**Houck**, Stephen. D.: *Arbitrating International Antitrust Disputes*, 7 Journal of International Arbitration 77 (1990), s. 83.

⁶⁹ **Brower**, s. 1128.

kurallarda vücut bulan kamu düzeni anlayışıyla çelişen bir karar vermemeye dikkat etmelidir.⁷⁰

Nitekim Mitsubishi kararı ile gelişen *second look*⁷¹ yaklaşımının etkisiyle uluslararası alanda değişen atmosfer, ekonomik kamu düzeniyle ilişkili emredici kurallara tahkime elverişsizlik perspektifinden bakılması alışkanlığını değiştirmiştir. Günümüzde, kamu düzeni kavramının tahkim yargılamasına etkisi tahkime elverişlilik kapsamında önceden (*a priori*) gerçekleşen önleyici bir müdahale olmaktan çıkmış, *second look* yaklaşımı ile somutlaşan, hakem kararlarının sonradan denetiminde ortaya çıkan (*a posteriori*) bir iptal gerekçesi haline dönüşmüştür.⁷² Doktrindeki ve yargı kararlarındaki tartışmalar da rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişli olup olmadığı noktasından uzaklaşmış, hakemlerin rekabet kurallarını re'sen uygulama yetkisi ve zorunluluğu bulunup bulunmadığı noktasına taşınmıştır.⁷³ Bu bağlamda özellikle ABD'deki *Mitsubishi* ve AB'deki *Eco Swiss*⁷⁴ kararları

⁷⁰ **Van Leyenhorst**, Max C./**Van den Nieuwendijk**, Isabelle P. M., *Characterization of Competition Law as Public Policy*, Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law, (Zuberbühler, Tobias/Oetiker Christian, Edlr.) Schulthess, Zürich, 2007, s. 39.

⁷¹ Rekabet kurallarına ilişkin kamu düzeni kaygılarının tahkime elverişlilik engeli biçiminde görülmeyp iptal veya tenfiz davalarında mahkemelerce kontrol edilmesi yaklaşımını içeren "*Second Look*" doktrinine ilişkin bkz.: **Baron**, Patrick M. ve **Liniger**, S.; "*A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany*", 19 *Arbitration International* 28, 54 (2003), s. 28; **Ragazzo**, Carlos/**Binder**, Mariana :*Antitrust and International Arbitration*, 15 U.C. Davis Bus. L.J. 173 2014-2015, s. 177; **Sopata**, Lisa: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims*, 7 Nw. J. Int'l L. & Bus. 595 (1985), s. 611; **Landi**, Niccolò/**Rogers**, Catherine A., *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe* (2007). Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01; Corcorrenza e Mercato, 2007. <https://ssrn.com/abstract=962334> (Son erişim:06.12.2017), s. 11-12. Krş.: **Uluç**, Didem: Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 17-19.

⁷² **Huysal**, s. 50-51.

⁷³ **Poudret**, Jean-François/**Besson**, Sébastien: *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2007, s. 296-299; **Lew**, Julian, D. M.: *Competition Laws-Limits to Arbitrators' Authority*, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s. 260.

⁷⁴ *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

sonrasında hakemlerin rekabet kurallarını uygulamakla yetkili ve görevli oldukları görüşü yaygınlaşmıştır.⁷⁵

Sonuç olarak, ekonomik kamu düzeni kurallarının bir parçası niteliğindeki rekabet hukukunda içkin bulunan kamusal çıkarların tahkim yargılamalarında korunmasını engelleyen somut bir olgu veyahut gerekçeden söz etmek mümkün olmadığı gibi, bu denetimin iptal ve tenfiz davalarında yapılması mümkün olduğundan rekabet kurallarının tahkime elverişliliği konusunda bir duraksamaya yer olmamalıdır.

Bu tartışmalarda, rekabet kurallarının doğrudan uygulanabilir niteliğine ilişkin olarak hakimin hukuku (*lex fori*) ve tahkim yeri hukukundaki (*lex loci arbitri*) yaklaşım belirleyici olmaktadır. Rekabet kurallarının hiç uygulanmaması veyahut tahkim yerinin ya da tahkim yargılamasını yöneten usul hukukunun ait olduğu ülkenin⁷⁶ temel rekabet hukuku esaslarına aykırı biçimde uygulanması, tanıma/tenfiz ve iptal davalarında kamu düzenine aykırılık gerekçesi olarak dikkate alınabilecek hususlardır.⁷⁷

II. Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

Bir sözleşmenin zayıf tarafının sömürülmesine izin verilmesi durumu, medeni topluma yönelmiş bir tehdit olarak algılanmakta ve bu nedenle kamu düzeninin bir parçası olarak genel sosyal çıkarlara ve sözleşme adaletine aykırı olduğu dile

⁷⁵ **Joelson**, Mark R.: *The Ex Officio Application of US Antitrust Law By Arbitrators*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 1390; **Dolmans**, Maurits/**Grierson**, Jacob: *Arbitration and the Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities*, 14 ICC International Court of Arbitration Bulletin 37, 51 (2003), s. 44.

⁷⁶ **Ataman-Figanmeşe**, İnci: *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri*, 31 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, 81 (2012), s. 44.

⁷⁷ **Van Leyenhorst/Van den Nieuwendijk**, s. 39, 41.

getirilmektedir.⁷⁸ 20. yy’da tüketiciler, işçiler, kiracılar, hastalar gibi sosyoekonomik açıdan dezavantajlı konumda bulunan kesimlerin sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanılarak sömürülmesinin engellenmesini hedefleyen ve *welfare state*, *contractual solidarity* ya da *contractual equality* olarak da adlandırılan zayıf tarafın korunması ilkesi giderek güç kazanmış, sözleşme hukukuna egemen olan irade özerkliği ilkesinin bu alandaki tekeli ortadan kalkmıştır.⁷⁹

Zayıf tarafın korunması ilkesi gelişimini tamamlamadığından bazı sınıflar önemini kaybederken mülteciler ve küçük işletmeler gibi yeni sınıflar ortaya çıkmış, tüketiciler de yaygın bir biçimde korunan bir toplumsal katman haline gelmiştir.⁸⁰ Küçük işletme (*small business*) kavramı sonradan önemini yitirmiş olsa da, özellikle ABD’de rekabet hukukunun gelişimi döneminde doktrinde ve mahkeme içtihadında değinilen önemli unsurlardan biri olarak görülmüştür.⁸¹

Bir tarafın ezici ekonomik gücü bağlamında kendini gösteren “eşit olmayan pazarlık gücü” (*unequal bargaining power*) nedeniyle özellikle standart form sözleşmesi (*contract of adhesion*) niteliğindeki sözleşmelerde zayıf tarafın genellikle tahkime istem dışı biçimde zorlanacağı inancı, tahkime elverişsizlik gerekçesi olarak

⁷⁸ **Van Bochove**, Laura Maria: *Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law*, 3 Erasmus L. Rev. 147 (2014), s. 150; **Pamboukis**, Charalambos: *The Arbitrator as a Problem Solver*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s. 138. Krş.: **Kocabaş**, Gediz: *Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar*, 20 MÜHFAD 104 (2014), s. 107-108.

⁷⁹ **Hondius**, Ewoud: *The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis*, J. Consum. Pol. Vol. 27 Issue 3, (2004) s. 245-246.

⁸⁰ **Hondius**, s. 245. Ayrıca Bkz.: **Atamer**, Yeşim: *Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması*, 55 İÜHFMD 421, 450 (1996), s. 422.

⁸¹ **Pitofsky**, Robert: *The Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa. L. Rev. 1051, (1979), s. 1058-1059, 1071. Öte yandan, rekabet yasalarının küçük işletmeleri korumayacağı gibi bunların tekellerden daha fazla yararlandığı yönündeki eleştiri için bkz.: **Posner**, Richard A.: *Antitrust Law* (Second Edition), University of Chicago Press, Chicago, 2009, s. 2, 34, 129.

sıklıkla kullanılmıştır.⁸² Tarafların pazarlık gücünün ciddi bir biçimde farklılaştığı durumlarda akdi mekanizmanın başarısız olacağı, güçlü tarafın zayıf taraf aleyhine hükümler dikte ettireceğinden zayıf tarafın “adalete erişiminin”⁸³ sekteye uğrayacağı ileri sürülmektedir.⁸⁴

Zayıf tarafın korunması ilkesinin gerek sosyo-politik gerekse etik-ahlaki bakımdan kamu düzeni kavramının bir parçası olarak değerlendirildiği düşünüldüğünde zayıf tarafın korunması ilkesinin kamu düzeni kavramı çerçevesinde yer aldığı sonucuna varılabilir.⁸⁵ Bununla birlikte, Borçlar Kanunu m. 28’de düzenlenen aşırı yararlanma örneğindeki gibi zayıf tarafın korunması ilkesine dayalı olarak sözleşme özgürlüğüne yönelik kamu müdahalesinin⁸⁶ uluslararası tahkim uygulamaları bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır.⁸⁷

Rekabet hukuku bakımından zayıf konumda bulunan taraf, tacir sıfatıyla medeni hukuk ve usul hukuku çerçevesinde sözleşme ehliyetine sahip ve hatta basiretli davranma yükümlülüğü altında bulunsa dahi örneğin dağıtıcı/bayi ilişkisinde standart form sözleşmesi (*contract of adhesion*) niteliğindeki sözleşmeler

⁸² **Stempel**, Jeffrey, W.: *A Better Approach To Arbitrability (Arbitrability)*, 65 Tul. L. Rev. 1377 (1990-1991), s.1395; **Aksen**, s.1102; **Lipner**, s.403; **Connolly**, Dennis, J.: *The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in The United States: Defenses to Arbitrability*, 37 S. C. L. Rev. 719 (1986), s.741; **Brafford**, s.341. Bu konuda en meşhur örnek, ABD 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesinin *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968) kararıdır. Davada mahkemece benimsenen standart form sözleşmelerindeki tahkim şartının zayıf tarafın adalete erişimini zayıflattığı görüşü rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliğine ilişkin önemli içtihadî engellerden birini oluşturmuştur.

⁸³ Bkz.: **Brafford**, s. 356.

⁸⁴ **Niedermaier**, s. 13.

⁸⁵ **Van Bochove**, s. 150; **Brafford**, Anne: *Arbitration Clauses in Consumer Contracts of Adhesion: Fair Play or Trap for the Weak and Unwary?* 21 J. Corp. L. 331 (1996), s. 348

⁸⁶ **Kocabaş**, s. 107.

⁸⁷ Borçlar Kanunu m. 20’de düzenlenen genel işlem şartlarıyla ABAD’ın tahkime yönelik *Mostaza Claro* kararına ilişkin tartışma için bkz.: **Büyüksagis**, Erdem: *İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro’nun Düşündürdükleri*, 8 Journal of Yaşar University 675, 712 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayı), (2013).

bakımından zayıf tarafın korunması ilkesinden hareketle tahkime elverişsizlik tartışması ortaya çıkmaktadır.⁸⁸ Ne var ki, zayıf tarafın tahkime “zorlanması” veya “ezici ekonomik güç” kavramlarının iinin nasıl doldurulacağı konusunda yargısal ya da akademik olarak üzerinde uzlaşılan net bir yaklaşım bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, herhangi bir sözleşmede gerçekçi bir biçimde tarafların tam olarak eşit olduğunu söyleyebilmek olanaksızdır ki, çoğu küçük işletme hayatta kalmak için büyük firmalarla iş yapmak zorunda olduğuna göre bunların diğer anlaşmaları geçerli kabul edilirken yalnızca tahkim şartlarının geçersizliğini ileri sürmek adaletsiz olacaktır.⁸⁹

Kimi durumlarda büyük firmalar görece küçük firmaların elinde bulunan önemli unsurlara ihtiyaç duyabileceği için ekonomik büyüklük her zaman doğrudan doğruya ezici pazarlık gücü ve anlaşma şartlarının dayatılması anlamına da gelmeyecektir.⁹⁰ Standart form sözleşmelerindeki tahkim şartları bakımından dönüm noktası niteliğinde olan ABD Yüksek Mahkemesinin *Gilmer*⁹¹ kararında standart form sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşme nedeniyle eşit olmayan pazarlık gücü bulunduğu, tahkimin yargısal süreçlere göre zayıf ve yetersiz bir yöntem olduğu biçimindeki gerekçelere dayalı tahkime elverişsizlik savunması reddedilmiştir.⁹²

AB hukukunda ABAD’ın yakın tarihli *CDC*⁹³ kararında rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğini değil fakat zayıf tarafın korunması ilkesi

⁸⁸ **McLaughlin**, Joseph, T.: *Arbitrability: Current Trends in The United States*, 59 Alb. L. Rev. 905 1995-1996, s. 922; **Viscasillas**, Pilar Perales: *The Good, the Bad, and the Ugly in Distribution Contracts: Limitation of Party Autonomy in Arbitration?* 4 Penn. St. J.L. & Int’l Aff. 213 (2015), s. 219; **Von Zumbusch**, s. 292, 308-309, 319.

⁸⁹ **Aksen**, s. 1102.

⁹⁰ **Stempel**, *Public Policy*, s. 299.

⁹¹ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

⁹² **Brafford**, s. 356

⁹³ *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Evonik Degussa GmbH and Others*, ECLI:EU:C:2015:335

çerçevesinde tahkim şartının geçerlilik koşulları tartışılmıştır. Kararda görüşü yer alan Savcı *Jääskinen*, sağlayıcı ile alıcı arasında alıcının kartelin varlığından habersiz olduğu bir zamanda akdedilen tahkim şartının ulusal mahkemelerce ancak kartelden etkilenen tarafın açıkça yargısal korumadan feragat ettiği durumlarda uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Bu husus *CDC* kararında *ABAD* tarafından karara bağlanmamış bir husus olarak kalmış ise de zayıf tarafın korunması ilkesinin AB’de ciddi bir karşılık bulduğunu göstermektedir. Nitekim *ABAD*, *Mostaza Claro*⁹⁵ ve *Asturcom*⁹⁶ ön karar davalarında cep telefonu hizmet sözleşmelerindeki tahkim şartının tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlardan sayılabileceğine, olayın özelliklerine göre haksız sayılan tahkim şartının geçersizliğine ulusal mahkemece karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bununla birlikte, zayıf tarafın korunması ilkesi, tahkimin tamamen göz ardı edilmesini gerektirmemektedir.⁹⁷ Zira, zayıf tarafın korunmasına yönelik hükümlerin hakemlerce uygulanması mümkündür.

Sonuç olarak, düşüncemize göre bayi-sağlayıcı ilişkilerinde zayıf tarafın korunması ilkesinin uygulanmasının zaman zaman gerekli olması, rekabet hukuku uyumsuzluklarını toptan kapsam dışı bırakan bir tahkime elverişsizlik gerekçesi olmamalıdır. Zayıf tarafın korunması ilkesi rekabet uyumsuzluklarının çözümü konusunda önemli seçeneklerden birisi olan tahkim yönteminin dışlanmasını gerektirmediği gibi bu tür bir olumsuz yaklaşımı haklı gösterecek bir yönü de bulunmamaktadır.⁹⁸

⁹⁴ *Geradin/Villano, Arbitrability*, s. 25.

⁹⁵ *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, ECLI:EU:C:2006:675.

⁹⁶ *Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira*, ECLI:EU:C:2009:615.

⁹⁷ Örneğin *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (2000) kararında California Yüksek Mahkemesi, zayıf tarafın korunması ilkesine dayalı olarak tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmederken anılan ilkenin tahkimi tamamen dışlamadığını vurgulamaktadır.

⁹⁸ *Niedermaier*, s. 21; *Arfazadeh*, s. 78-79.

§2. HAKEMLER VE TAHKİM USULÜNE İLİŞKİN ÇEKİNCELER

Hakemlere, hakem kararlarına ve tahkim usulüne ilişkin olarak tahkime elverişsizlik doktrini çerçevesinde ileri sürülen çekinceler, bunlara ilişkin değerlendirmeler ve önerilmesi mümkün olan çözümler aşağıda incelenmektedir.⁹⁹

I. Hakemlere İlişkin Çekinceler

Rekabet uyuşmazlıklarının genellikle, karmaşık, kapsamlı ve çeşitli olduğu, bunların analizinin uzmanlık ve özel kuralların varlığını gerekli kıldığı, dolayısıyla, bu uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin uygun bir yöntem olmadığı hususları, ABD’de rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişsizliğine ilişkin ünlü *American Safety* kararındaki tespitlerle örtüşen biçimde doktrinde sıkça dile getirilmiştir.¹⁰⁰ Bazı yazarlarca, özellikle kartel ve monopolizasyon (hakim durumun kötüye kullanılması) davalarında tahkimin uygun olmayacağı vurgulanmıştır.¹⁰¹

Hakemlerin rekabet hukukunu uygulamaktan kaçınacakları varsayımı temelinde iş dünyasından çıkan hakemlerin rekabet hukukuna düşmanca bir yaklaşım içinde olacağı ileri sürülmüş¹⁰² ise de bu düşüncenin somut bir dayanağı bulunmamaktadır.¹⁰³ Hatta konuya karar vericilerin rekabet hukukuna yönelik

⁹⁹ Tahkime elverişliliğe yönelik çekinceler bakımından ileri sürülen çözüm önerileriyle ilgili bir inceleme için bkz.: **Pitofsky**, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1081.

¹⁰⁰ **Loevinger**, s.1090; **Pitofsky**, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s.1078; **Brewer**, s. 91; **Brown/Houck**, s. 80. Ayrıca bkz.: **Allison**, *Arbitration of Private Antitrust Claims*, s. 402, d.n. 228.

¹⁰¹ **Lipner**, s. 425.

¹⁰² **Loevinger**, s.1090; *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968), para. 20.

¹⁰³ **Stempel**, *Public Policy*, s. 299; **Aksen**, s. 1102.

tutumları açısından yaklaşıldığında mahkemelerin de bilhassa özel hukuka dayanan tazminat davalarında soğuk bir tutum gösterdiği düşüncesi oldukça yaygındır.¹⁰⁴

Rekabet uyuşmazlıklarının iktisadi analizleri gerektirecek biçimde karmaşık, kapsamlı ve çeşitli olduğu, ayrıca özellikli hukuki kuralların teknik nitelikteki sorunlara uygulandığı bir süreci ilgilendirdiği konusunda genel bir kabul bulunmaktadır.¹⁰⁵ Ne var ki, bu durum yargı organlarının söz konusu uyuşmazlıkların çözümü konusunda hakemlerden daha nitelikli ve uygun olduğu sonucuna varmamız için bir gerekçe olamaz.¹⁰⁶ Gerçekten, iş dünyasından yöneticiler hukuki ve ekonomik bilgilerinden ziyade ticari tecrübelerinden dolayı hakem olarak seçilebilmektedirler. Bu kişilerden, kendi faaliyet alanlarını düzenlemek amacıyla çıkarılmış bulunan kuralları hakem sıfatıyla tavizsiz bir biçimde uygulamalarını beklemek gerçekçi görünmeyebilir. Bununla birlikte, dünyada tahkim olgusunun giderek etkin ve rafine bir hale geldiği, ‘iş adamlarının ticari anlaşmazlıklarını çözdükleri bir forum’ olmanın ötesine geçtiği açıktır.¹⁰⁷

Rekabet uyuşmazlıklarının teknik ve karmaşık olduğu itirazı herşeyden önce tahkim usulünün gerekli esnekliğe, hakemlerin de yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayacakları ön kabulünü içermektedir ki, günümüzde uluslararası alanda kurumsallaşmış tahkim merkezlerinin sayısı ve bunların giderek etkin ve profesyonel

¹⁰⁴ **Aksen**, s.1102, **Lee**, Mark R.: *Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis*, 62 St. John's L. Rev. 1, (1987), s. 19.

¹⁰⁵ Bkz.: **Pitofsky/Goldschmid/Wood**, s. 5-12; **Baye**, Michael R./**Wright**, Joshua D.: *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 54 J. L. & Econ. 1 (2011), s. 1-3. Öte yandan, bu yaygın kabulün aksine rekabet uyuşmazlıklarının sanıldığı gibi karmaşık değil gayet basit olgular üzerine kurulduğu da ileri sürülmektedir. Örn. bkz.: **Higginbotham**, Patrick E.: *Discovery Management Considerations in Antitrust Cases*, 51 Antitrust L.J. 231, 238 (1982), s. 232.

¹⁰⁶ **Aksen**, s. 1100.

¹⁰⁷ **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 244.

hale gelen usul kuralları göz önüne alındığında böyle bir ön kabulün temelsiz olduğu düşünülmektedir.¹⁰⁸

Hakemler, tahkim yargılamasının en can alıcı bileşeni olup hakemlerin yetenek, uzmanlık ve dürüstlükleri tahkim süreçlerinin temelinde tahkimin başarı ya da başarısızlığını belirleyen en önemli faktördür.¹⁰⁹ Önde gelen uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin çeşitli uyuşmazlıklara ilişkin teknik konularda uzmanlaşmış hakem listelerinin bulunduğu da göz önüne alınırsa,¹¹⁰ ilgili tarafların karmaşık rekabet uyuşmazlıklarını sıradan bir jüri/yargıç önüne götürmek yerine ticari tecrübeye sahip, işletme ya da rekabet hukuku alanlarında uzmanlaşmış hakemlere götürmeyi daha tercih edilebilir bir yöntem olarak görmeleri kaçınılmazdır.¹¹¹

Bu nedenle, tahkime elverişsizlik gerekçesiyle rekabet uyuşmazlıklarının karmaşıklığından söz edilirken ‘uzmanlık’ kavramının geleneksel olarak tahkim kurumunun bir parçası olduğu hususu göz önünde tutulmalıdır. Rekabet uyuşmazlıklarında hakem veyahut bilirkişi sıfatıyla tahkim süreçlerinde görev yapacak tecrübeli ve bilgili rekabet hukuku uzmanları görevlendirmek, mahkemelere rekabet hukukuyla ilgili ciddi yükler yüklemekten daha etkin bir çözüm yolu sunacaktır.¹¹²

¹⁰⁸ Önde gelen uluslararası kurumsal tahkim merkezleri: London Court of International Arbitration (LCIA), International Chamber of Commerce (ICC), American Arbitration Association (AAA), The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA), China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), ve Singapore International Arbitration Center (SIAC). Bu konuda genel olarak bkz.: **Chen**, Meng, *Emerging Internal Control in Institutional Arbitration*, 18 Cardozo J. Conflict Resol. 295 (2017).

¹⁰⁹ **Fuglsang**, s.783, dn.35.

¹¹⁰ **Karademir**, Ebru: Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 32(2), (2012), 73-104, s. 85-93.

¹¹¹ **Brewer**, s. 110.

¹¹² **Aksen**, s. 1100; **Connolly**, s. 737.

Rekabet uyuşmazlıklarının tahkimi için hakem kurulunun oluşturulması sırasında rekabet hukuku alanında yetişmiş hukukçular ve iktisatçıların hakem olarak görev almalarının sağlanması durumunda rekabet meselelerinin karmaşıklığından kaynaklanan çekincelerin aşılması mümkündür.¹¹³ Hakemlerin uyuşmazlık konusu ile ilgili uzmanlıklarının zaman zaman tarafsızlık şartından bile önemli olabileceği belirtilmektedir.¹¹⁴

Tahkim süreçlerinde rekabet kurallarının ihmal edilmesinin önlenmesi bakımından konunun uzmanı hakemlerin seçimi sırasında tarafların samimi çabaları yanında sınırlı da olsa bir yargı müdahalesi yararlı olabilecektir.¹¹⁵ Nitekim hakem kurulunun belirlenmesi sırasında yargı organlarının yardımına olumlu yaklaşımın giderek yaygınlık kazandığını gösteren uluslararası genel bir eğilimden söz edilmesi mümkündür.¹¹⁶

Bununla beraber, karmaşık analizleri içeren rekabet uyuşmazlığının çözülmesi konusunda yetkinliği bilinen hakemlerin taraflarca seçilmesi tahkim sürecinin etkinliği ve hakem kararlarının tenfiz edilebilirliği açısından son derece önemlidir.¹¹⁷ Bu konuda özellikle uluslararası tahkim merkezlerinin hakemlerin seçimi konusunda sıkı denetim ve seçici ölçütler uyguladıkları göz önüne alındığında tahkim kurumunun bir tür öz denetim yoluyla uyuşmazlık çözüm süreçlerinin kalite ve etkinliğini arttırdığı söylenebilir.¹¹⁸

¹¹³ **Connolly**, s. 737; **Aksen**, 1100. “Uyuşmazlığın konusuna göre hakem seçilebilir ve konusunda uzman kişilerin gerek taraflarca ve gerekse hakem kurulunca sürece katılımı sağlanabilir.” *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, (1985), s. 633.

¹¹⁴ **Kurkela**, Matti: Due Process in International Commercial Arbitration, Oceana Publications, New York, 2005, s. 102.

¹¹⁵ **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 270.

¹¹⁶ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 520.

¹¹⁷ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 232.

¹¹⁸ Örneğin ICC Tahkim Kuralları m.9’a göre taraflarca seçilen hakemler ICC Tahkim Divanı onayına tâbi olup hakemlerin nitelik ve bağımsızlıkları azami denetim altındadır. **Bühler**, Michael W./**Jarvin**,

Örneğin, Paris Mahkemesinin önüne gelen bir davada tahkim anlaşmasında hakemlerin seçimi için şu ölçütler öngörülmüştür:

*Tüm hakemler mükemmel İngilizce dil bilgisine ve ciddi derecede uluslararası inşaat uyuşmazlıkları tecrübesine sahip olacaktır. Tahkim Mahkemesinin başkanı hukukçu olacaktır.*¹¹⁹

Rekabet uyuşmazlıklarını kapsayacak bir tahkim şartında “inşaat” yerine rekabet yazılması durumunda hakemlerin rekabet uyuşmazlıklarıyla ilgili yeteneklerine dair pek çok soru işareti ortadan kalkmış olacaktır.¹²⁰ Bu çerçevede, özellikle kurumsal tahkim merkezleri bünyesinde oluşturulan tahkim kurullarının rekabet uyuşmazlıkları gibi uzmanlık gerektiren sorunların çözümü konusunda mahkemelerden daha fazla zorluk çekeceklerini düşünmek için bir neden yoktur.

II. Tahkim Usulüne İlişkin Çekinceler

Tahkim yargılamasında, izlenen prosedürlerin gizliliği, gerekçe yazılmasını zorunlu tutmayan usul kurallarının uygulanması nedeniyle içtihat birikimi oluşmaması ve bu çerçevede önceki kararların izlenmemesi nedeniyle öngörülebilirliğin zarar görmesi, delil toplama usulünün zayıflığı gibi nedenlerle rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim davalarında kamu menfaatinin

Sigvard, *The Arbitration Rules of International Chamber of Commerce (ICC)*, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, içinde, Oxford University Press, Oxford, (2010), s. 1221.

¹¹⁹ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 577, dn. 90.

¹²⁰ Rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin ayrıntılı bir tahkim şartı önerisi için bkz.: **Brewer**, s. 124-125.

gözetilmeyeceği biçiminde itirazlar bulunduğu hususu yazarlarca sıkça dile getirilmiştir.¹²¹

A. Tahkim Yargılamasının Gizliliği

Tahkimin tercih edilmesindeki en önemli nedenlerden birisi olarak gösterilen¹²² gizliliğin, kamunun rekabet ihlalleri konusunda bilgilendirilmesini ve savunmanın genişletilmesi yasağından ilerideki davacıların yararlanabilmesini engelleyeceği düşüncesi, rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliğine yönelik çekincelerden biridir.¹²³

Tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının gizliliğinin dayandığı hukuki temeller ve gizliliğin hangi düzeyde korunacağı hususu üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı konulardır.¹²⁴ Tahkim, bir sözleşme ürünü olarak devletin yargı ağı alanının dışında cereyan ettiğinden prensip olarak yargılama kamuya açık olmadığı gibi ve belgelerin kamuoyuyla paylaşılması da zorunlu değildir.¹²⁵ Ancak, “*ekonomik düzeni kuran ve amacına uygun işletilmesini sağlayan kurallardan oluşan*” ekonomi

¹²¹ Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1076-1080; Loevinger, s. 1091; Brown/Houck, s.78; Carbonneau, *The Exuberant Pathway*, s. 283; Allison, *Arbitration Agreements*, s. 240.

¹²² Lew/Mistelis/Kröll, s.660; Poudret/Besson, s.315; Brewer, s.111; Redfern, Alan/Hunter, Martin/Blackaby, Nigel/Partasides, Constantine: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 2005, s.27; Buys, Cindy Galway, *The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, 14 American Review of International Arbitration 121, (2003), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1330243,s.121>; Giray, Faruk Kerem: *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, UTDER, C.4, S. 2, 2015, 65-121, s.69; Şanlı, s. 294.

¹²³ Allison, *Arbitration of Private Antitrust Claims*, s.402; Lemley, Mark A./Leslie, Christopher R., *Antitrust Arbitration and Illinois Brick*, 100 Iowa L. Rev. 2115 (2015), s. 2129.

¹²⁴ Brown, Alexis C. "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration." 16.4 Am. U. Int'l L. Rev. 969, 1026 (2001), s. 970-971.

¹²⁵ Martinez-Fraga, Pedro J.: *Juridical Convergence in International Dispute Resolution: Developing a Substantive Principle of Transparency and Transnational Evidence Gathering*, 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 37 (2012), s. 42. New York Güney Bölgesi Federal Mahkemesi, *Global Reinsurance Corp.-U.S. Branch v. Argonaut Ins. Co.* (S.D.N.Y. Apr. 21, 2008) davasında, tahkimin lehindeki Federal politikanın gelişmesi için tahkimin başta gelen avantajlarından biri olan gizliliğin elde edilmesine imkan verilmesi gerektiği görüşündedir.

hukukunun bir parçası konumundaki rekabet hukukunun¹²⁶ bu niteliği nedeniyle, gizlilik hakkının dayandığı sözleşme özgürlüğü ilkesiyle şeffaflıktan beklenen kamu yararı kavramının çeliştiği görülür. Gerçekten de, tahkim yargılaması bakımından esas olan gizlilik, rekabete aykırı eylemlerin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararına dayanan şeffaflık gereksinimi ile zıt nitelik arz etmektedir.¹²⁷

Gizlilik konusunda ulusal yasal düzenlemelerde özel kurallara rastlanmamakla birlikte, kurumsal tahkim organlarınca kabul edilen usul kurallarında gizliliğin taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça korunması öngörülmektedir.¹²⁸ Bu bağlamda tahkim süreçlerinin gizliliği meselesi, temel olarak tarafların karşılıklı anlaşması çerçevesinde sınırları çizilecek bir olgudur.¹²⁹ Uyuşmazlığın taraflarının açıkça gizlilik konusunda anlaşması bulunmuyor ise tahkim anlaşmasının akdedilmiş olması başlı başına gizliliğin varlığına ve hakemlerce re'sen gözetilmesine gerekçe oluşturmayacaktır.¹³⁰

Gizlilikle ilgili değerlendirmeler bakımından duruşmalar ve nihai karar arasında bir ayırım yapılmakta, duruşmalar bakımından gizliliğin esas olduğu¹³¹ ancak özellikle iptal ya da tenfiz davası söz konusu olduğunda nihai karar bakımından mutlak bir gizlilikten söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.¹³²

¹²⁶ **Tiryakioğlu**, s. 5-6.

¹²⁷ **Bridgeman**, s. 152.

¹²⁸ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 660-661; **Bulst**, Friedrich Wenzel/**Hilbig**, Katharina/**Mäger**, Thorsten/**Paul**, Thomas/**Reher**, Tim: *Germany*, International Competition Litigation, KluwerLaw International (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr), Alphen aan den Rijn, 2012, s.345; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 750,773; **Martinez-Fraga**, s. 46.

¹²⁹ **Brown/Houck**, s. 90.

¹³⁰ **Giray**, s.75-76; **Schmitz**, s. 1214.

¹³¹ **Martinez-Fraga**, s. 43,45.

¹³² **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s.774; **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 28-29; **Brown**, Daniel/**O'Connor**, Eric, *United States of America*, International Competition Litigation (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 875; **Bulst/Hilbig/Mäger/Paul/Reher**, s. 345.

Hakem kararlarının gizliliğine ilişkin genel algıya ve kurumsal tahkim kurallarındaki gizlilik düzenlemelerine rağmen, kararların çeşitli yollarla ve özellikle de taraflarca açılan iptal veya tenfiz davalarıyla kamuoyuna ve basına yansımakta olduğu da yadsınamaz bir gerçektir.¹³³

Önde gelen uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında tahkim yargılamasının yabancı kişilerden gizli yürütüleceği kabul edilmekte ancak uluslararası antlaşmalarda ve Yeni Zelanda hariç ulusal düzenlemelerde gizliliğe ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.¹³⁴ Ancak yoğun tartışmalara neden olan gizlilik kavramına atfedilen değer, bu kavramın taraflar bakımından ne derece önemli olduğuna dair veyahut tahkim sürecinin etkinliğine ilişkin somut tespitlere dayalı değildir.¹³⁵

Gizlilik kavramının içeriğine ilişkin ikili bir ayrım yapmak gerekir. Birincisi, rekabet ihlaline ilişkin tahkim sürecinin varlığının gizli kalması, ikincisi ise rekabet ihlalinin ispatlanmasında işlevsel olacak bilgi ve belgelerin ticari sır kapsamında gizli kalmasıdır.¹³⁶ Genel olarak Avrupa ülkelerinde tahkim ile ilgili sıkı bir gizlilik anlayışı benimsenmektedir.¹³⁷ Örneğin İsviçre hukukunda ticari sır olarak değerlendirilen ve rekabet ihlallerinin tespitinde önem arz eden fiyatlama politikası, ihale teklifleri, mal/hizmet sunum şartları, borçlanma ve borç verme işlemleri,

¹³³ **Brown, Alexis C.:** *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, 16 Am. U. Int'l L. Rev. 969, 1026 (2001), s. 1013.

¹³⁴ **Brown, Alexis,** s. 991. Yeni Zelanda Tahkim Kanunu'nun (*Arbitration Act 1996*) 2. maddesinde gizli bilgi kavramı tanımlanmakta, 2007 yılında yapılan değişiklikle eklenen 14A maddesinde taraflarca yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılamasının gizli olacağı düzenlenmekte, 14B ila 14D maddelerinde tahkim kurulunca, 14E ila 14I maddelerinde mahkemece gizliliğe ilişkin olarak uygulanacak ayrıntılı kurallara yer verilmektedir. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/whole.html>

¹³⁵ **Buys,** s. 122.

¹³⁶ **Brown, Alexis,** s. 1001-1004.

¹³⁷ **Dessemontet, Francois:** *Arbitration and Confidentiality*, 7 Am. Rev. Int'l Arb. 299 (1996), s.299.

mal/hizmet sağlayıcılarına ilişkin veri ve fiyat analizleri ile müşteri listeleri gibi bilgiler tahkim yargılaması ve sonrasında gizli tutulmaktadır.¹³⁸

Gizliliğin, ihlal içinde olanların eylemlerine dair bilgi ve belgelerin kamuoyundan saklanması suretiyle ihlalin tekrarına imkan verilmesine yol açtığı, kararların yayımlanmaması nedeniyle de kamuoyunu ilgilendiren önemli alanlarda hukukun gelişmesini engellediği ileri sürülmektedir.¹³⁹ Bununla birlikte, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin olarak tahkim süreçlerindeki gizliliği eleştirenler, şeffaflığın kamusal açıdan ne gibi yararları olacağı konusunda açık ve net bir değerlendirmede bulunmamaktadır.

Tarafların belirli suçlamalara kamuoyu ve basın önünde maruz kalmamaları, çok sayıda benzer hukuki uyuşmazlıkları olan tarafın bu uyuşmazlıkları kamuoyuna açık biçimde kaybetmek zorunda kalmaması ve bununla bağlantılı olarak aslında mahrem ortamda takınacağı tavırdan farklı bir tavra yönelmesinin gerekmemesi, kamuoyuna açıklanmamasına özel önem atfedilen iş bilgileri ve ticari sırların korunması gibi hususlar tahkimde belirli bir gizlilik derecesinin mutlaka korunmasından elde edilebilecek faydalardır.¹⁴⁰

Tahkim bakımından gizlilik kavramı temelde mahremiyet (*privacy*) ve kişisel/ticari sır (*confidentiality*) olarak birbiriyle iç içe görünen iki farklı kavramı bünyesinde barındırmaktadır.¹⁴¹ Ancak, tahkim yargılamalarında gerçekleştirilen duruşmalardaki gizlilik ne derece sıkı olursa olsun, nihai kararın iptali, tanınması ve

¹³⁸ Dessemontet, s. 317

¹³⁹ Schmitz, Amy J.: *Untangling the Privacy Paradox in Arbitration*, 54 U. Kan. L. Rev. 1211 (2006), s. 1212.

¹⁴⁰ Buys, s. 122; Schmitz, s. 1223-1228.

¹⁴¹ Schmitz, s. 1214; Giray, s. 71.

tenfizi talebiyle açılacak davalarda bu gizlilik son derece sınırlı hale gelecektir.¹⁴²

Diğer yandan, tahkim süreçlerindeki gizlilik taleplerinin yalnızca soyut ve kamusal çıkarları örtme amaçlı olmadığı, ticari hayat bakımından somut ve haklı gerekçelerin de söz konusu olabileceği unutulmamalıdır.¹⁴³

Rekabet uyumsuzlukları bakımından kamuoyu farkındalığının artırılması suretiyle tekrarlanan ihllallerin önlenmesi gerekçesiyle şeffaflık ön plana çıkarken yukarıda sayılan faydaların elde edilebilmesi için makul ölçüler içerisinde bir mahremiyet ve ticari/kişisel sır korumasının sağlanması kaçınılmaz olmaktadır. Bu bağlamda gizlilik konusunda uyulması gereken makul sınırın dava konusu olayın özelliklerinin değerlendirilmesiyle tarafların uzlaşması ve hakemlerin takdiriyle bulunması uygun olacaktır.¹⁴⁴

B. Kararların Gerekçeli Yazılmaması

Rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliğine karşı çıkan yazarlar, hakemlerin ayrıntılı incelemelere dayalı gerekçeli kararlar yazmak zorunda olmamaları nedeniyle bu alanda bir içtihat birikimi oluşup gelişmeyeceğini, bu nedenle hukuk ve iş dünyasının önemli bir rehberden yoksun kalacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁴⁵

Tahkimin tarihçesine bakıldığında, hakem kararlarında gerekçeye yer verilmemesi uygulamasının İngiliz hukukunda hukuki hatalardan kaynaklı iptalleri önleme düşüncesiyle ortaya çıktığı ve daha sonra Amerikan hukukuna geçtiği

¹⁴² Brown/Houck, s. 90; Brown/O'Connor, s.875; Schmitz, s. 1218. Krş.: Giray, s.70.

¹⁴³ Brewer, s. 111, d.n. 87.

¹⁴⁴ Buys, s. 138; Schmitz, s. 1253; Dessementet, s. 308.

¹⁴⁵ Loevinger, s. 1091; Allison, *Arbitration Agreements*, s. 240.

görülmektedir.¹⁴⁶ Hakem kararlarının yazılı gerekçe içermemesi yoluyla esasa ilişkin yargı denetiminden kurtulması fikrine dayalı olarak gelişen gerekçesiz karar yaklaşımı daha sonra Amerikan hukukuna da geçmiş, Kıta Avrupası ve özellikle Fransız hukukundaki gerekçeli karar ilkesinin aksine uluslararası alanda yaygınlaşmıştır.¹⁴⁷ Ancak günümüzde bu anlayış tersine dönmüştür.

Tahkimin karakteristiğinden kaynaklanan temel hedefi özel olay bazında adalet tesis ederek taraflar arasındaki anlaşmazlığı çözüme kavuşturmaktır ve bu nedenle hakem kararları içtihat tutarlılığı veyahut geleceğe yönelik tahmin edilebilirlik gibi adli mahkemelerce gözetilen önceliklere sahip değildir.¹⁴⁸ Bununla birlikte, rekabet hukukunun gelişimini sürdürdüğü ve çeşitli davalarla düzenli biçimde yeni teorilerin ortaya konduğu 1960'lı yıllarda çokça dile getirilen bu iddiaların, rekabet hukukunun yaygın kurallara ve büyük oranda yerleşik içtihada dayandığı günümüzde artık geçerliliğini yitirdiği kabul edilmektedir.¹⁴⁹ Diğer yandan, Amerikan yazınında 'folklor tahkim' olarak adlandırılan iç hukuka tabi tahkim süreçleri için söz konusu olabilecek bu içtihat azalması iddiası aslında gerçek durumu da yansıtmamaktadır.¹⁵⁰ Zira tahkim, taraflarının genellikle gerekçeli karar beklediği ve bu kararlar genellikle kamuya açıldığı için gerek Amerikan gerek uluslararası tahkim sisteminin kendi içtihat birikimini oluşturmaya başladığı söylenebilir.¹⁵¹

¹⁴⁶ **Carbonneau**, Thomas E.: *Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions (Rendering Arbitral Awards)*, 23 Colum. J. Transnat'l L. 579 (1985), s. 581.

¹⁴⁷ **Carbonneau**, *Rendering Arbitral Awards*, s. 581-582.

¹⁴⁸ **Speidel**, s. 161; **Weidemaier**, Mark C.: *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1895 (1986), s. 1904.

¹⁴⁹ **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 241.

¹⁵⁰ **Weidemaier**, s. 1905.

¹⁵¹ **Weidemaier**, s. 1905-1906.

Tahkim sürecinde görev yapan hakemlerin, hukuku ve somut olayın özelliklerini dikkate almadan keyfi kararlar verecekleri önyargısına dayalı bu kaygıların günümüz koşullarında yersiz olduğu düşüncesindeyiz. Zira gerek *ad hoc* gerek kurumsal tahkim mahkemelerinde görev yapan hakemler, her şeyden önce kişisel nedenlerle ve tahkim kuruluşunun kurumsal itibarı nedeniyle akılcı bir karar verebilmek için en son hukuki gelişmeleri takip etme yükümlülüğü altındadır. Diğer yandan, hakemler hem kararın hukuki meşruiyeti konusunda uyuşmazlık taraflarını, hem iptal nedenlerinin bulunmadığı hususunda hakimleri ikna edecek düzeyde gerekçe ortaya konmuş olmasına özen göstermek durumundadır.¹⁵²

Nitekim uluslararası alanda hakem kararlarının gerekçeli biçimde hazırlanması ve karşı oyları da içermesi yönünde giderek ağırlık kazanan bir eğilimin varlığına da dikkat çekilmektedir.¹⁵³ Taraflar özellikle bir içtihat külliyatı oluşması amacıyla olmasa da, başta adil olduğu açıkça gösterilmiş bir karara gönüllü biçimde uyulması ve iptalden kaçınılması olmak üzere çeşitli mülahazalarla nitelikli gerekçeli kararlar için ödeme yapmakta olduğundan¹⁵⁴ gerekçeli karar eğiliminin *lex mercatoria* olarak adlandırılan yeni bir hukuk disiplininin vücut bulmasına olanak sağlayacağı belirtilmektedir.¹⁵⁵

Tarafların sözleşmesi ve tahkim sürecinde uygulanan usul kurallarında hakem kararlarının yayımlanması hususunda özel hükümler bulunmadığı sürece konu hukuken net değildir.¹⁵⁶ Bununla birlikte, içtihadın yayımlanmaması nedeniyle rekabet hukuku ile ilgili içtihadı azaltacağı önermesinin doğruluğu da tartışmalıdır.

¹⁵² Aksent, s. 1101; Weidemaier, s. 1917-1918.

¹⁵³ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 761-764; Lew/Mistelis/Kröll, s. 641-642.

¹⁵⁴ Weidemaier, s. 1917-1918.

¹⁵⁵ Carbonneau, *Rendering Arbitral Awards*, s. 614.

¹⁵⁶ Kurkela, s. 190.

Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime götürülmesinin hukuken engellenmesi durumunda taraflar açısından yine de yargılamaya göre daha ekonomik ve tahmin edilebilir görünen uzlaşma yolunun tercih edileceği, bu nedenle tahkime elverişliliğin kabul edilmesiyle devlet mahkemelerine yönelmeyecek olan dava sayısının ve dolayısıyla rekabet hukuku içtihadının anlamlı ölçüde değişmeyeceği ifade edilmektedir.¹⁵⁷

Kanımızca hakemler adli sistemin parçası durumunda olmadıklarından geçmiş içtihadın izlenmesi açısından mahkemeler gibi değerlendirilemez. Ne var ki, kararların gerekçesiz verilmesine dair geleneksel anlayışın yerini özellikle kurumsal tahkim bakımından bilimsel ve ayrıntılı olarak gerekçelendirilmiş hakem kararlarına bırakmaya başladığı görülmektedir. Bu durum, günümüzde hakemlerin *lex mercatoria* olarak adlandırılan bir hukuk disiplininin parçası olmaya başladıklarının habercisidir. Bu bağlamda, rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin yargılama yapan hakemlerin buna ilişkin kararlarının rekabet hukuku yazınından ve varsa kamuya açık kurumsal tahkim kararlarından etkilenmeyeceğinin varsayılması mümkün değildir. Kendini üreten bir süreç olarak gerekçeli karar-atıf-gerekçeli karar zincirinin uzun vadede bir rekabet tahkimi içtihadını oluşturması da kaçınılmaz görünmektedir. Hatta uluslararası ticari tahkimin uzun dönemde varlığını sürdürebilmesi bu yeni paradigmanın gelişimi ile ilişkilendirilmektedir.¹⁵⁸

Taraflarca aksi kararlaştırılabilirse de, hakem kararlarının mahkeme kararlarına benzer şekilde gerekçeli olarak hazırlanmasına yönelik eğilim uluslararası

¹⁵⁷ Lee, s. 16.

¹⁵⁸ Hayford, Stephen L.: *New Paradigm for Commercial Arbitration: Rethinking the Relationship Between Reasoned Awards and the Judicial Standards for Vacatur*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 443, 507 (1998), s. 507.

tahkimde giderek yaygınlaşmaktadır.¹⁵⁹ New York Sözleşmesi her ne kadar bu konuda bir düzenleme içermiyor ise de, Avrupa-Cenevre Sözleşmesi ve UNCITRAL Kuralları hakem kararlarının gerekçeli olmasını öngörmektedir.¹⁶⁰

Hakem kararlarının gerekçeli yazılması bunların ulusal mahkemelerce incelenmesini ve tenfizini kolaylaştıracak, belirli bir alandaki hukukun tekdüze ve uyumlu hale getirilmesine olanak sağlarken, karşılaştırmalı metodolojiden yararlanılarak uluslararası ticaret için uluslararası bir hukuk rejimi oluşmasını sağlayacaktır.¹⁶¹ Bu durum hakemlerin güvenilirliklerini yükselteceği gibi öngörülebilirlik açısından da faydalı olacaktır.¹⁶²

Diğer yandan, hakem kurulundan beklenenin hukuki bir tez ya da ders değil uyuşmazlık konusu olayı pratik bir biçimde çözecek bir karar olduğu unutulmamalı, bu çerçevede gerekçe somut olayın özelliklerine göre lüzumundan fazla uzun ve kapsamlı olmamalıdır.¹⁶³ Gerekçeli karar, hakemlerce eldeki delillerin kendi görüşlerine göre değerlendirilmesiyle somut uyuşmazlıkla ilgili ne olup ne olmadığını ve bu olaylar ışığında neden bu görüşe ulaşıldığını kısa ve öz biçimde açıklamalarından ibarettir.¹⁶⁴

Bu çerçevede, kararların gerekçeli yazılması önde gelen uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin standart uygulaması haline geldiği de dikkate alınarak gerekçeli karar yazılmamasına dayalı kaygıların da ortadan kalkacağı düşünülmektedir.

¹⁵⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 647-648; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 384.

¹⁶⁰ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s.383; Carbonneau, *Rendering Arbitral Awards*, s. 585.

¹⁶¹ Carbonneau, *Rendering Arbitral Awards*, s.598-599; Kaufmann-Kohler, Gabrielle: *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, 23 Arb. Int'l 357 (2007), s. 377.

¹⁶² Carbonneau, *Rendering Arbitral Awards*, s. 598-599

¹⁶³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 384.

¹⁶⁴ Born, s. 1007.

C. Hakemlerin Delil Toplama Yetkilerinin Kısıtlılığı

Tahkim yargılamasındaki en önemli yetersizliklerden birinin özellikle rekabet ihlallerinin tespitinde büyük önem taşıyan delil toplama faaliyetinin zayıflığı olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁵ *American Safety* kararı ertesinde, doktrinde ve Amerikan yargı kararlarında geliştirilen tahkime elverişsizlik doktrininin unsurları arasında sayılan hakemlerin delil toplama yetkilerinin sınırlılığı, modern tahkim kurallarında yer verilen düzenlemeler çerçevesinde giderek önemini yitirmiştir.

Bununla birlikte, rekabet ihlallerinin doğaları gereği gizli oluşundan kaynaklanan ispat sorununun aşılmasında kamusal yetki kullanan rekabet otoritelerinin dahi zaman zaman sıkıntı yaşadıkları bilinmektedir. Ceza ve idare hukuku davalarında (*public enforcement*) yaşanan ispat sıkıntısı, özel hukuk davalarında (*private enforcement*) daha ciddi bir sorun haline gelmektedir. Özel hukuka ilişkin davalar yoluyla gerçekleşen rekabet hukuku uygulamalarının en etkin olduğu ülke konumundaki ABD’de Federal Usul Kurallarının (*Federal Rules of Civil Procedure*)¹⁶⁶ sağladığı delil sunumu (*pretrial discovery* yahut yalnızca *discovery*) prosedürü yoluyla ihlal iddialarıyla ilgili bilgi içermesi muhtemel tüm kaynakların karşı taraf erişimine açılması söz konusudur.

Müşterek Hukuka özgü usul enstrümanlarından olan *discovery* prosedürünün, tarafların birbirlerinde mevcut delillere erişimini sağladığından rekabet uyuşmazlıklarında ihlalin varlığının ispatında önemli işlev taşımaktadır.¹⁶⁷ Nitekim

¹⁶⁵ Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1080; Lipner, s. 427; Loevinger, s. 1091.

¹⁶⁶ Federal Yargıya ilişkin yasal düzenleme (28 U.S.C. § 2072) uyarınca Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından 1938 yılında tek örnek hale getirilen Federal Usul Kuralları tüm Federal mahkemelerde uygulanmaktadır.

¹⁶⁷ Brown/Houck, s. 86; Lipner, s. 427; Sopata, s. 613. Özellikle ABD yargısında yoğun bir biçimde ve ülke dışını da kapsayacak nitelikte kullanılan bu usul aracı nedeniyle İngiltere, Fransa ve Almanya başta olmak üzere bazı ülkeler yabancı mahkemelerce emredilen belgelerin sunulmasını engelleyen

Amerikan rekabet davalarının *discovery* aşamasında kazanıldığı ya da kaybedildiği hususunda oldukça yaygın bir kanı bulunmaktadır.¹⁶⁸ *Discovery* usulü sayesinde gizlenmesi olası tüm belgeler taranmakta, kamusal otoritelerce yapılan yerinde incelemelerde adeta delil avı gerçekleştirilmektedir. Bu usuli araç sayesinde Amerikan hukukunda diğer gelişmiş hukuk sistemlerinden daha fazla bilgi ve belgenin rekabet davalarında kullanılabilmesi mümkün olmaktadır.¹⁶⁹

Bununla beraber, geniş kapsamlı bir biçimde gerçekleştirilen *discovery* sürecinin devasa boyutlarda bilgi ve belge toplanmasına neden olarak olağanüstü kaynak israfına yol açtığı, bunun da kaçınılmak istenen dava süreçlerinin uzunluğu ve maliyetli oluşunun başlıca nedenlerinden biri olduğu da savunulmaktadır.¹⁷⁰ Mahkemelerde yürütülen davalardaki en büyük harcama kaleminin *discovery* sürecinde ortaya çıktığı¹⁷¹ düşünüldüğünde, aynı usuli aracın aynı kapsamda tahkimde kullanılması halinde, tahkimden beklenen faydaları azaltacağı düşünülmektedir.

Gerçekten de tahkimin, gelişip yaygınlaştığı yirminci yüzyıl başlarında yargı süreçleriyle kıyaslanmayacak derecede etkin, az maliyetli, hızlı ve nihai çözüm sunan bir yöntem olarak görülmektedirken günümüzde, giderek yargı yoluyla benzeşmeye başladığı, resmi, pahalı ve uzun süren bir nitelik kazanarak bir tür “yeni dava” yöntemi haline geldiği yönünde bir kaygıdan söz edilmesi mümkündür.¹⁷² Bu bağlamda *discovery* usulünün uluslararası tahkim uygulamalarında yeri olmadığı

yasalar çıkarmışlardır. Bkz.: **Brown/Houck**, s. 87; **Allison**, *Arbitration of Private Antitrust Claims*, s. 395.

¹⁶⁸ **Pitofsky**, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1080.

¹⁶⁹ **Gerber**, David J.: *U.S. Anti-Trust Law and the Convergence of Competition Laws*, 50 Am. J. Comp. L. 263 (2002), s. 277.

¹⁷⁰ **Stipanowich**, s. 12-13; **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 246-247.

¹⁷¹ **Ho**, Wendy: “*Discovery in Commercial Arbitration Proceedings*”, 34 Hous. L. Rev. 199, 228 (1997), s. 203-204.

¹⁷² **Stipanowich**, s. 8.

görüşü de dile getirilmiştir.¹⁷³ *Discovery* usulünün Müşterek Hukuk ülkeleri ve özellikle ABD'deki rekabet davalarında aşırı zaman ve para israfına neden olabilen niteliği göz önüne alındığında, bu usul aracının kullanılmamasının rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişliliğine yönelik ciddi bir engel olduğunu ileri sürmek pek anlamlı değildir.¹⁷⁴

Öte yandan, tahkim süreçlerinde zaman ve maliyet tasarrufu gerekçesiyle delillerin elde edilmesine yönelik usul hukuku imkanlarının sınırlandırılması rekabet ihlallerinin tam olarak ortaya konamaması ihtimalini gündeme getirmektedir. Genellikle uzun bir süre isteyen ve ciddi maliyetler doğurabilen *discovery* usulü diğer yandan rekabet ihlallerine dayalı davaların kalbini oluşturduğundan tahkim sürecinde bunun ciddi bir biçimde sınırlandırılması durumunda rekabet hukukundan kaynaklanan hakların etkin bir biçimde kullanılması (*effective vindication*) ilkesine aykırılık ortaya çıkacaktır.¹⁷⁵

Tahkimden beklenen hız ve düşük maliyet unsurlarıyla rekabet ihlallerinin etkin bir biçimde ortaya konabilmesi ihtiyacı arasındaki denge noktasının bulunması etkin bir tahkim süreci için önemlidir.¹⁷⁶ Söz konusu denge noktasının bulunması tahkim anlaşması, hakem kurulunun uyguladığı tahkim kuralları, ulusal mahkemelerin yetkileri ve en önemlisi de hakemlerin takdiri gibi değişken unsurlara bağlı olup, bu optimum noktanın hakemler tarafından olay bazında tespit edilmesi en doğru çözüm olacaktır.¹⁷⁷ Amerikan yargısının bu konuda dengeli bir yaklaşımı

¹⁷³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 567.

¹⁷⁴ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 248.

¹⁷⁵ Brown/Houck, s.86; Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1080.

¹⁷⁶ Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1081.

¹⁷⁷ Born, s. 769; Carnathan, Sean T.: *Discovery In Arbitration*, 10 Bus. L. Today 22, 28 (2001), s. 22.

benimsediği, tahkim yargılamasında *discovery* usulünün ancak sınırlı bir biçimde kullanılabileceğini kabul ettiği görülmektedir.¹⁷⁸

Rekabet ihlali iddialarının gerektiği gibi araştırılabilmesi için hakem kurulunun elindeki delil toplama yöntem ve yetkilerinin varlığı önem arz etmektedir. Rekabet ihlallerine ilişkin iddiaların tahkim yargılamasında ortaya konabilmesi bakımından iddia sahibi tarafın diğer taraftan delil toplayabilmesi gerekli ise de bu gerekliliğin nasıl ve hangi çerçevede yerine getirileceği hususu net değildir. Tahkim yargılamasında delil toplanması hususunda devletlerin ulusal hukuklarında ve uluslararası düzenlemelerde yer alan usuli araçlar hakemlere önemli yetkiler sağlasa da, zorlayıcılık açısından genellikle mahkemelerin müdahalesi gündeme gelmektedir.¹⁷⁹

Hakem kurullarının delil toplamaya yönelik yetkilerine ilişkin düzenlemelerin kapsam ve içeriği tarafların belirlediği usul kurallarında veya bu kuralların yokluğunda hakemlerce tayin edilecek usul kuralları tarafından belirlenecektir.¹⁸⁰ Delillerin toplanması süreçleri Müşterek Hukuk ve Kıta Avrupası Hukuku sistemlerinde ve uluslararası tahkim uygulamalarında ciddi farklılıklar göstermektedir.¹⁸¹

Müşterek Hukuk ülkeleri ABD ve İngiltere’de *discovery* olarak adlandırılan karşılıklı delil sunumu aşamasında tarafların somut olayla ilgili ellerindeki tüm belgelerin sunulmasına rıza gösterme anlamına gelirken, Kıta Avrupası Hukuku ülkelerinde böyle bir usul tanınmamakta, davalar genellikle tarafların kendi elde ettikleri belgeler ve zaman zaman karşı taraftan sunulmasını istedikleri konuyla ilgili

¹⁷⁸ Ho, s. 208.

¹⁷⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 697.

¹⁸⁰ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 688; Born, s. 768.

¹⁸¹ Lew/Mistelis/Kröll, s.555; Kurkela, s. 138.

belgeler üzerine kurulmaktadır.¹⁸² Bununla birlikte, uluslararası tahkim yargılamasının gerçekleştiği ülkenin iç hukukundaki usul kurallarının uluslararası tahkimde uygulanmayacağı fikri genelde pek çok ülke tarafından kabul edilmektedir.¹⁸³

Uluslararası tahkimde sözü edilen sistemler bakımından uygulamada genellikle dengeli bir karışım söz konusu olup önde gelen uluslararası tahkim kuruluşlarının kurallarında bu dengeyi görmek mümkündür.¹⁸⁴ Uluslararası tahkimde temel olarak yazılı savunma ve dilekçeler delil sunumunun ana unsurunu oluştururken karşılıklı belge ve delillerin beyanı Müşterek Hukuk geleneğindeki zorunlu *discovery* prosedürü biçiminde değil Kıta Avrupası geleneğine benzer biçimde yalnızca hakem kurulunun emriyle söz konusu olmaktadır.¹⁸⁵ Bununla birlikte, mahkemelerin rekabet uyumsuzluklarından kaynaklanan taleplerin ancak mahkeme emrine dayanan delillerin sunulması prosedürüne dayanılarak yapılabileceğine kanaat getirmeden bu yola gitmemeleri gerektiği, bu yolun izlenmesi durumunda amacın rekabet hukukuna dayalı talebe ilişkin esas özün hakem kurulu önüne getirilmesinden ibaret olacağı savunulmaktadır.¹⁸⁶

Bu konuda Müşterek Hukuk ile Kıta Avrupası Hukuku sistemlerini buluşturma misyonu taşıyan¹⁸⁷ UNCITRAL Model Kanunu, taraflar aksine anlaşmış olmadıkça delil toplama konusunda hakem kuruluna geniş yetkiler vermekte iken

¹⁸² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 299-300.

¹⁸³ Born, s. 771.

¹⁸⁴ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 300; Lew/Mistelis/Kröll, s. 555. Örneğin IBA Uluslararası Tahkimde Delil Toplama Kurallarının “Giriş” bölümünde de ifade edildiği gibi anılan kurallarda farklı hukuk sistemlerini uzlaştıran bu dengeli yaklaşımı görmek mümkündür. Bkz.: IBA Milletlerarası Tahkimde Delil Toplama Kuralları, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Son Erişim: 30.12.2017)

¹⁸⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 556-557.

¹⁸⁶ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 271.

¹⁸⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 567.

Belçika gibi bazı ülkeler delil sunumu ve ifşası konusunda hakemlerin yetki kullanmasını yasaklamaktadır.¹⁸⁸ ABD Federal Tahkim Kanunu da delillerin elde edilmesi konusunda hakemlere geniş yetkiler tanımaktadır.¹⁸⁹

Etkin bir delil toplama yönteminin söz konusu sistemlerin makul bir noktada buluşmasıyla mümkün olacağı düşüncesi genel olarak milletlerarası alanda önde gelen kurumsal tahkim kuruluşlarının kurallarına yansımakta, hakemler delil toplama konusunda önemli yetkilerle donatılmaktadır.¹⁹⁰ Örneğin, Londra Uluslararası Tahkim Divanı [London Court of International Arbitration (LCIA)] Tahkim Kurallarının¹⁹¹ 22. maddesinin (iv),(v) ve (vi) numaralı bentlerinde, Amerikan Tahkim Birliğine [American Arbitration Association (AAA)] bağlı Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi [International Centre for Dispute Resolution (ICDR)], Tahkim Kurallarının¹⁹² 20 ve 21. maddelerinde, Uluslararası Barolar Birliği [International Bar Association (IBA)] Milletlerarası Tahkimde Delil Toplama Kurallarının¹⁹³ 3. maddesinde, Uluslararası Ticaret Odası [International Chamber of Commerce (ICC)] Tahkim Kurallarının¹⁹⁴ 25. maddesinde hakemlere tahkim konusuyla doğrudan ilgili bulunan belge yahut belge kategorilerinin tahkim kuruluna sunulmasını isteme yetkisi verilmektedir.

¹⁸⁸ **Born**, s. 772.

¹⁸⁹ **Brown/O'Connor**, s. 874; **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 228. Anılan yetkiler Federal Tahkim Kanunu'nun 7. Bölümünde düzenlenmektedir.

¹⁹⁰ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 300; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 567; **Conrad**, Nicole /**Çilingir**, Ömer /**Baumann**, Barbara: *UNCITRAL Rules*, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms: Commentary (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.), Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013, s. 49.

¹⁹¹ LCIA Tahkim Kuralları, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (Son Erişim: 30.12.2017)

¹⁹² ICDR Tahkim Kuralları, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_English.pdf (Son Erişim: 30.12.2017)

¹⁹³ IBA Milletlerarası Tahkimde Delil Toplama Kuralları, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Son Erişim: 30.12.2017)

¹⁹⁴ ICC Tahkim Kuralları, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf> (Son Erişim: 30.12.2017)

Rekabet uyuşmazlıklarının karara bağlanacağı tahkim davalarında ihlal iddialarının sağlıklı bir biçimde incelenebilmesi için hakem kurulunun delil elde etme yetkilerinin zaman ve para israfına yol açmayacak biçimde ancak delillere erişimi de zayıflatmayacak dengeli bir tarzda düzenlenmiş olması en makul çözüm olarak görünmektedir. Hakem kurulunun kararına rağmen delil ve belge sunmaktan kaçınan taraf hakkında dava konusu uyuşmazlığın olgularına ilişkin aleyhe çıkarımda bulunmanın da mahkeme emri çıkarılması kadar etkili bir yöntem olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁹⁵

Anılan kapsam çerçevesinde, örneğin IBA Tahkim Kurallarının 3. maddesinde düzenlenen “davanın sonucu ile ilgili ve esaslı belgelerin” hakem kurullarınca talep edilebilmesine yönelik yetkinin UNCITRAL kurallarının 27. maddesindeki sınırları belirsiz yekiye göre daha etkin ve anlamlı sonuçlar vermesi beklenebilir. Uluslararası tahkim uygulamaları geliştikçe farklı hukuk sistemlerinin delil toplama yaklaşımlarının makul bir noktada buluşması söz konusu olacaktır.¹⁹⁶ Bu bağlamda tahkim yargılamasında delil toplama zafiyeti bulunduğu düşüncesinin sağlam bir temeli bulunmamaktadır.

Usul kuralları bakımından Müşterek Hukuk ülkeleri ile Kıta Avrupası Ülkeleri arasındaki katı farklılıklar uluslararası tahkim yargılamasında önemini kaybetmekte olup, iki sistemin üzerinde uzlaşabileceği ortak noktalardan uluslararası düzeyde kabul gören standartlar geliştirilmesi çabaları dikkati çekmektedir.¹⁹⁷ Bu çerçevede, delil sunulması usulü, taraflara davanın temelini oluşturacak olguları

¹⁹⁵ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 249.

¹⁹⁶ McLean, s.1094. Örneğin, ICC Tahkim Kuralları Ek IV’de delil toplama faaliyetinin zaman ve para açısından maliyetini azaltarak tahkimin etkinliğini arttıracak Dava Yönetimi Teknikleri (Case Management Techniques) belirlenerek bunların hakemler ve taraflarca kullanılabileceği vurgulanmaktadır.

¹⁹⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 556-557.

tespit edip tamamlama fırsatı verirken, bunun kapsamının tahkim sürecinin hızını ve maliyet avantajını koruyacak biçimde sınırlandırılması en uygun çözüm olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁸ Zira hız ve adaletin dengelenmesi mutlak bir gerekliliktir.¹⁹⁹

Nihayet, hakemlerin yasal olarak tarafları delillerin sunulmasına zorlama yetkisi bulunmasa da, tarafların tahkimi gönüllü biçimde tercih ettikleri düşünüldüğünde, hakem kararının kısa zamanda en az masrafla ve sağlıklı bir biçimde verilebilmesi için gerekli olan bilgi ve delilleri sunmaya istekli olacakları gerçeği de göz ardı edilmemelidir.²⁰⁰

D. Etkin Bir Yargısal Denetim Eksikliği

Bir tahkim anlaşmasının yapılmış olması, tarafların aralarındaki anlaşmazlıkları hiçbir biçimde mahkemeye intikal ettirmeme iradelerinin göstergesidir.²⁰¹ Ancak, taraflar arasındaki uyuşmazlıkta tahkim sürecinin işlemesi mahkemelerin tamamen devre dışı bırakıldığı anlamına gelmeyecektir.²⁰² Taraflardan birisi tahkim sürecini tıkamaya çalıştığında sistemi kurtarabilecek güce sahip olan merci mahkemelerdir; çünkü mahkemeler tahkim olmadan da varolabilir fakat tahkim mahkemeler olmadan var olamaz.²⁰³

Mahkemeler, tahkim süreçlerinin değişik aşamalarında farklı işlevler vasıtasıyla sürecin sağlıklı işlemesine yardımcı olurlar. Ülkelerin milli hukuklarına bağlı olarak tahkim anlaşmasının uygulanması, hakem kurullarının teşkili, hakem

¹⁹⁸ **Brown/Houck**, s. 86. Ayrıca bkz.: **Kurkela**, s. 186.

¹⁹⁹ **Weigand/Baumann**, s. 29.

²⁰⁰ **Aksen**, s. 1101; **Brown/Houck**, s. 88, **Born**, s. 768.

²⁰¹ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 355; **Weigand/Baumann**, s. 52.

²⁰² **Weigand/Baumann**, s. 33.

²⁰³ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 328.

kararlarının tanınması ve tenfizi ve nihayet hakem kararlarının iptali konularında mahkemeler tahkim süreçlerine müdahil olabilirler.

Tahkim süreci öncesinde, taraflardan birisinin uyuşmazlığı doğrudan mahkemeye götürmesi durumunda mahkeme, şayet tüm unsurlar mevcut ise tarafları tahkim anlaşmasının uygulanmasına ve dolayısıyla tahkim sürecinin devamına zorlar.²⁰⁴ Tahkimin başlangıcı safhasında acilen geçici koruma ihtiyacı doğduğunda, herhangi bir nedenle hakem kurulunun oluşturulamaması durumunda veyahut hakem kurulunun yetkisine itiraz edilmesi halinde yine mahkemenin müdahalesine ihtiyaç vardır.²⁰⁵

Tahkim sürecinde, hakem kurulunun zorlayıcı yetkisini aşan durumlarda, özellikle delillerin sunulması ve toplanması safhasında ve ihtiyati tedbirlerin verilemediği yahut uygulanamadığı koşullarda mahkemelerden müdahale istenebilir.²⁰⁶ Ancak tahkim sürecinde hakem kurullarınca verilmiş olan ara kararların mahkemece gözden geçirilmesine soğuk bakılmaktadır.²⁰⁷

Hakem kurullarınca kararın verilmesinden sonra hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olduğu ve uyuşmazlığı kesin hüküm (*res judicata*) niteliğinde sonuca bağladığı kabul edilmektedir.²⁰⁸ Tahkim tarafların rızasına dayandığından kaybeden taraf genellikle gönüllü olarak kararın gereğini yerine getirmektedir.²⁰⁹ Ancak aleyhine karar verilen tarafta, kaybetmiş olma duygusu veyahut adaletin

²⁰⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 362.

²⁰⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 367-368; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 331-332; Weigand/Baumann, s. 52-53.

²⁰⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 335-342.

²⁰⁷ Born, s.736; Lew/Mistelis/Kröll, s. 629.

²⁰⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 779; Lew/Mistelis/Kröll, s. 628; Born, s. 1048; Black-Branch, Jonathan L.: *Introduction to Arbitration*, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms: Commentary (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.), Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013, s. 4.

²⁰⁹ Born, 1069; Ason, Agnieszka: *Antitrust Arbitration and Public Policy*, Queen Mary Law Journal, Vol. 3,(2013), s. 6.

sağlanmadığı düşüncesiyle de olsa hakem kararını yargı denetiminden geçirme isteği ortaya çıkabilmektedir.

Tahkim sürecinin bağımsızlığı ve yargısal müdahalenin sınırlı oluşu ilkelerinin karşı dengesi hakem kararlarının yargısal denetimidir.²¹⁰ Yargısal denetim çerçevesinde hakem kararlarının düzeltilmesi, yorumlanması ya da iptali söz konusu olabilir. Bununla beraber, hakem kararlarındaki yazım ya da hesaplama hatalarının düzeltilmesi istisnai hallerde mümkün olabilmektedir.²¹¹

Hakem kararlarının iptalini gerektirecek unsurlar ve yargısal incelemenin kapsamı devletlerin kendi iç hukuk düzenlemelerinde yer almaktadır.²¹² Hakem kararlarının verildiği ülkeyle olan bağının zayıflığı gerekçesiyle hiçbir biçimde yargısal denetime tabi olmaması gerektiğini ileri süren liberal görüş giderek ağırlığını kaybetmiş, doktrinde, mahkeme kararlarında ve yasama faaliyetlerinde mutlaka bir ülkenin hukuk sistemine tabi olunması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır.²¹³

Çeşitli ülkelerde iptal davalarına yaklaşım oldukça önemli farklılıklar göstermektedir. Başlıca iptal nedenleri; tahkim anlaşmasının geçersizliği, taraf anlaşması ile belirlenen hukukun ya da tahkim yerinin usul kurallarına riayetsizlik, hakem kurulunun hatalı oluşumu, savunma hakkının kısıtlanması, kamu düzenine aykırılık olarak ortaya çıkmaktadır.²¹⁴ Hakem kararlarının “yanlış” verilmiş olması

²¹⁰ Weigand/Baumann, s. 55. Sopata, s. 615, özellikle maksimalist anlayışta bir yargısal denetim ve hakem kararlarının gerekçeli hazırlanmasını önermektedir.

²¹¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 657-658.1

²¹² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 411.

²¹³ Weigand/Baumann, s. 57-58.

²¹⁴ Born, s. 1070; Kolkey, Daniel M.: *Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations*, 22 The International Lawyer 693 (1988), s. 714. Bununla birlikte, UNCITRAL Model Kanununun 34. maddesindeki iptal gerekçeleri pek çok ülke hukukunda iptal gerekçeleri olarak benimsenmiştir.

durumu ister delillerin ve olguların yanlış değerlendirilmesinden isterse hukukun hatalı uygulanmasından kaynaklansın bir iptal nedeni olmayacağı hususu genel olarak kabul edilmektedir.²¹⁵ Kamu düzenine aykırılık ölçütünün ise tüm ulusal tahkim düzenlemelerinde hakem kararının iptali sebebi olarak kabul edildiği görülmektedir.²¹⁶

Her ne kadar hakem kararlarının iptali ile ilgili bağlayıcı ve yeknesak bir uluslararası sözleşme bulunmuyorsa da, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York Sözleşmesi ile düzenlenmiş, ayrıca New York Sözleşmesinde yer alan kuralları esas alan, herhangi bir bağlayıcılığı bulunmasa da milli hukuklar üzerinde ciddi etkileri olan UNCITRAL Model Kanununda bazı standartlara yer verilmiştir.²¹⁷ Bunlara ilaveten, Avrupa ülkeleri için New York Sözleşmesinin tamamlayıcısı niteliğinde ve ona nazaran daha özgürlükçü düzenlemeler içeren Avrupa-Cenevre Sözleşmesi tanıma ve tenfiz engelleri bakımından benzer standartları kabul etmiştir.²¹⁸

Anılan uluslararası metinlerdeki ortak nedenler; tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem atanması ya da tahkim sürecinde savunma hakkının kısıtlanması, tahkim anlaşmasında öngörülmeven hususların karara bağlanması, hakem kurulunun ya da tahkim usulünün tarafların anlaşmasına veyahut tahkim yeri hukukuna aykırı biçimde belirlenmesi olarak dört başlıkta toplanmaktadır.²¹⁹

New York Sözleşmesinde yer alan objektif tahkime elverişsizlik ve kamu düzenine aykırılık unsurlarına Avrupa-Cenevre Sözleşmesinde yer verilmemiştir.

²¹⁵ Weigand/Baumann, s. 57; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 411.

²¹⁶ Weigand/Baumann, s. 63.

²¹⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 409-411. Benzer biçimde 1975 tarihli Inter Amerikan Sözleşmesi da New York Sözleşmesini temel almaktadır.

²¹⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 998, 999.

²¹⁹ New York Sözleşmesi, V. Madde, Avrupa-Cenevre Sözleşmesi, IX. Madde.

New York Sözleşmesinde tanıma ve tenfize engel bir durum olarak öngörülen kesinleşmeme veya ilgili ulusal makamlarca iptal edilmiş olma hallerine ise Avrupa-Cenevre Sözleşmesinde değinilmemiştir. Bu çerçevede, Avrupa-Cenevre Sözleşmesinde yer almayan iptal nedenlerinden dolayı iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz ülkesinde de icra edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesi tahkim kararının tahkim yeri mahkemesince iptal edilmiş olmasını tanıma ve tenfize engel bir durum olarak değerlendirmemiştir.²²⁰ Fransız Temyiz Mahkemesi, New York Sözleşmesinin VII. maddesi uyarınca Sözleşme hükümlerinin, hakem kararı lehinde olan kişiyi kararın tenfiz edileceği ülke yasalarına göre elde etmesi mümkün olan haklardan mahrum bırakacak şekilde yorumlanmasının doğru olmayacağını belirtmiştir.²²¹ Bu çerçevede, New York Sözleşmesinde yer alan ölçütler ulusal mahkemelerin iptal gerekçelerini sınırlandırmadığı gibi verildiği ülkede iptal edilmiş bulunan hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini de engellememektedir.²²²

Rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların kamu düzeni ile olan bağı kabul edildiğinde hakem kararının rekabete ilişkin emredici nitelikteki bu kuralları ihlal ettiği gerekçesiyle iptalinin istenmesi halinde nasıl bir inceleme yapılması gerektiği hususu önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

²²⁰ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 914.

²²¹ Fransız Norsolor ile Türk bayii Pabalk şirketleri arasındaki fesih anlaşmazlığı sonucunda Viyana’da yapılan tahkim yargılamasında olaya *lex mercatoria*’yı uygulayan hakem kurulu Fransız şirketi tazminata mahkum etmiştir. Norsolor Avusturya’da iptal davası açarak kısmen kazanmıştır. Fransa’da kararın tanınması ve tenfizini dava eden Türk şirketi Pabalk’ın talebi Paris İlk Derece Mahkemesince kabul edilmiş ise de Paris İstinaf Mahkemesince bu karar bozulmuştur. Pabalk’ın temyizi üzerine Fransız Temyiz Mahkemesince tanıma ve tenfiz talebi kabul edilmiştir. Bkz.: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118 (Son erişim: 04.04.2017)

²²² **Born**, s. 1093; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 978; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 718-719.

Her devletin kendine özgü toplumsal şartlar ve hukuk geleneği çerçevesinde oluşan bir kamu düzeni anlayışı vardır. Ancak bu farklı anlayışlar nedeniyle tahkim kararlarının bir ülkede iptal edilirken diğerinde tenfiz edilmesi durumu uluslararası ticaretin önemli hayat kaynaklarından birini oluşturan tahkimin güvenilirliğini tehlikeye düşürmesi söz konusudur.²²³ Tahkim süreçlerinde tartışma konusu olan kamu düzeni kavramının uluslararası bir anlam ve nitelik kazanması konusunda İsviçre ve Fransa başta olmak üzere ciddi bir eğilim gözlenmektedir.²²⁴ Buna göre kamu düzeni kavramı, bir ülkenin en temel ahlaki ve hukuki değerlerinin ihlal edilmesi durumunda bir iptal nedeni sayılacaktır.²²⁵

Bu noktada, tarafların hakemlerce verilebilecek keyfi kararlardan kaygı duyarak yargısal incelemenin kapsamını genişletme anlaşması yapmalarının mümkün olup olmadığı tartışılmakta²²⁶ ise de, ulusal mahkemelerin önlerine gelen hakem kararını incelerken hakem kurulunun takdirine önem vermesi, incelemenin dar tutulması ve tutarlı bir standarda bağlı olması gerektiği düşüncesi makul görünmektedir.²²⁷

Kamu düzenini ilgilendiren hakem kararlarına yönelik yargısal inceleme standartları bakımından olguların değerlendirilmesi ve hukukun uygulanması konusunda mahkemelerin hakem kurulunun takdiriyle bağlı olmaması gerektiği ileri

²²³ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 420.

²²⁴ **Weigand/Baumann**, s. 63. Ayrıca bkz.: **Booc**, Adam: *Observations on the Definition of Public Policy (Ordre Public) in Swiss Arbitration Law*, 53 Acta Juridica Hungarica 181, 192 (2012).

²²⁵ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 721-722

²²⁶ **Moses**, Margaret L. Can Parties Tell Court What to Do? Expanded Judicial Review of Arbitral Awards, 52 U. Kan. L. Rev. 429 (2004), s.429. Bkz.: *Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Services Inc.* 341 F.3d 987, (9th Cir. 2003). Aktaran: **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 427.

²²⁷ **Johnson**, Thomas E.; International Antitrust Litigation and Arbitration Clauses; 3 J.L. & Com. 91, 1983, s. 99. Bkz.: *Hawaii Teamsters & Allied Workers Union v. UPS*, 241 F.3d 1177, (9th Cir. 2001), s.1180. Aktaran: **Moses**, 441-442

sürülmektedir.²²⁸ Ne var ki, hakem kurulunun takdirine bırakılması gereken hukuki konularla kamu düzeni meselesi arasındaki sınırlar net değildir.²²⁹ Şayet mahkemelerce ikinci bir yargılamayı çağrıştıracak biçimde inceleme yapılırsa hakem kuruluna göre olayın gizli kalmış taraflarını ortaya çıkaracak konumda olmadıklarından rekabet hukuku daha etkin uygulanmayacağı gibi tahkimin etkinliğinin de zarar göreceği²³⁰ ileri sürülmektedir.²³¹ Diğer yandan, hakem kararlarına yüksek oranda gönüllü uyumun söz konusu olması nedeniyle doğal olarak sınırlı hale gelen yargısal denetimin tahkimin gelişimini engellemeyeceği, sayı bakımından tarafların iradesine kalan kamu düzeni kontrolünün en azından kalite bakımından etkin ve yeterli bir biçimde uygulanması gerektiği de savunulmaktadır.²³²

Her durumda, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin bir koşulu olarak ulusal mahkemelerin hakem kararlarını incelemeye yetkili oldukları hususu uluslararası genel kabul görmekte ise de, bu incelemenin kapsamı ile ilgili kuşku ve tartışmalar henüz bitmiş değildir.²³³

Hakem kararlarının gözden geçirilmesi konusunda ulusal hukuk sistemlerinin “sıfır kontrol” ile “sıfır tolerans” uçları arasında bir dağılım yelpazesinde yer alan oldukça farklı yaklaşımlara sahip oldukları görülmektedir.²³⁴

Dağılımın bir ucunda, *minimalist*²³⁵ modeli oluşturan Kıta Avrupası ülkeleri yer almakta, uluslararası tahkim için özel sözleşme yapılmadıkça yargı denetimini

²²⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s.924-925. Tartışma için bkz.: Born, s.1098-1099

²²⁹ Born, s. 1099.

²³⁰ Ragazzo/Binder, s. 186.

²³¹ Schubert, William R: *Reviewing Arbitration Awards for Competition Law Violations* (August 17, 2015). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2675611> (Son erişim: 05.04.2017), s. 63.

²³² Ason, s. 6.

²³³ Ragazzo/Binder, s. 186.

²³⁴ Ason, s. 2.

tamamen devre dışı bırakmayı esas alan (*opt-in*) Belçika²³⁶, yargısal denetimi sözleşmeyle bertaraf etmeye imkan veren (*opt-out*) İsviçre ve yargısal denetimi son derece sınırlı tutan Fransa bu grupta yer almaktadır.²³⁷ Yelpazenin diğer ucunda *maksimalist* modeli benimseyen İngiltere gibi uluslararası hakem kararlarını da esastan derin bir incelemeye tabi tutan Müşterek Hukuk ülkeleri bulunmaktadır.²³⁸ Ilımlı bir orta noktada yer alan ve çoğunluğu oluşturan diğer ülkeler ise dengeli bir yargısal inceleme modelini benimsemektedir.²³⁹

Mahkemelerin kamu düzeni ölçütü ışığında rekabet uyusmazlıklarına ilişkin hakem kararlarını incelerken ilgili uyusmazlığın niteliğine yönelik bir ayrıma gitmelerinin daha sağlıklı sonuçlar doğuracağı söylenebilir. Bu çerçevede, inceleme konusu olayda ağır ihlaller (*hard core/per se violations*) olarak adlandırılan kartellerle ve tekelleşmeye yönelik hakim durumun kötüye kullanılması olgularının ayrılarak²⁴⁰ yalnızca bunlara ilişkin incelemenin derinleştirilmesi, tahkim anlaşmalarının sıkça görüldüğü dikey nitelikteki dağıtım anlaşmaları bakımından tahkim süreçlerinin sağlıklı çalışmasına yardım edecektir.²⁴¹

²³⁵ Tahkim sürecinin etkinliğinin korunması bakımından yargısal denetimin dar bir kapsamda tutulması gerektiğini ileri süren yaklaşım *minimalist*, rekabet kurallarının etkin bir biçimde uygulandığının denetlenmesi bakımından esasa ilişkin derinlemesine inceleme yapılması gerektiğini ileri süren yaklaşım ise *maksimalist* olarak adlandırılmaktadır. Tartışma için bkz.: **Ragazzo/Binder**, s. 186; **Fuglsang**, E. J.: *The Arbitrability of Domestic Antitrust Disputes: Where Does the Law Stand*, 46 DePaul L. Rev. 779 (1996-1997), s. 821; **Ason**, s. 3; **Varga**, s. 121-122

²³⁶ Belçika'da 1985-1998 arasında hakem kararlarının Belçika vatandaşı olmayan taraflarca yargısal denetime götürülmesini engelleyen yasa hükmü yürürlükte kalmıştır. Bkz.: **Ason**, s. 8.

²³⁷ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 423.

²³⁸ **Black-Branch**, Jonathan: *England&Wales*, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms: Commentary, (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.) Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013, s. 413.

²³⁹ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 423.

²⁴⁰ **Johnson**, s. 99.

²⁴¹ **Schubert**, s. 65.

Sonuç olarak kamu düzeninin parçası olarak görülen rekabet kuralları ile hakem kararlarının kesinliği arasındaki dengenin nerede kurulması gerektiği oldukça zor bir mesele olarak kendini göstermektedir.²⁴²

Burada dengeli bir değerlendirme yapılarak kamu düzeni kavramı diğer iddialardan rahatça ayrılabilen²⁴³ rekabet uyuşmazlığının hakem kurulu tarafından açık ve ağır bir rekabet ihlaline göz yumulmasına neden olacak bir şekilde görmezden gelindiği veyahut ilgili rekabet kuralının hiç uygulanmadığı hususunun şüphenin ötesinde “açık, etkin ve somut olarak” ortaya konabildiği durumlarla sınırlı tutulmalıdır.²⁴⁴ Bu tür bir ihmal ve açık görmezden gelme durumunda ulusal mahkemelerin mümkün olduğunca müdahaleci olmayan ve kuralın doğru uygulanıp uygulanmadığı tartışmasıyla uyuşmazlığın esasına girmeyen bir inceleme yapmalarının uygun olacağı söylenebilir.²⁴⁵ Zira rekabet hukuku konusunda yargıçların her durumda hakemlerden daha yetkin ve daha tecrübeli olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir.²⁴⁶

E. Üç Kat Tazminat (Treble Damages) Tartışması

Üç kat tazminat (*treble damages*) düzenlemesi, ABD rekabet hukukunun ana gövdesini oluşturan özel davaların etkinliğini ve rekabet hukukunun caydırıcılığını sağlayan en önemli ve en etkili araçlar arasındadır.²⁴⁷ Tahkim yargılamasında bu riskten kaçınmak için Amerikan hukukunun uygulanacak hukuk olarak

²⁴² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 423.

²⁴³ Johnson, s. 100.

²⁴⁴ “*Flagrant, effectif et concret*”. Bkz.: *SNF v. Cytec industries BV*, Arrêt n° 680 du 4 juin 2008, Cour de cassation. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_11652.html

Fransız Temyiz Mahkemesi rekabet ihlali iddiasının kamu düzenine dayalı iptal gerekçesi olması için bu ölçütü ortaya koyarak hakem kararının iptali talebini reddetmiştir.

²⁴⁵ Kling, Edward: *Court Review of Antitrust International-Arbitral Awards*. N.Y.L.J. Vol. 238, No. 26, 2007.

²⁴⁶ Ragazzo/Binder, s. 187.

²⁴⁷ Brown/Houck, s.77; Finn, s. 415.

seçilmemesinin söz konusu olması, özel davaların etkinliğinin azalacağı gerekçesiyle tahkime elverişliliğe yönelik çekinceleri ortaya çıkarmaktadır.²⁴⁸

Zararı aşan miktarda tazminat olgusu Müşterek Hukuk sisteminde caydırma ve cezalandırma (*punitive/exemplary damages*) düşüncesine dayalı olarak kabul edilmekteyken Kıta Avrupası Hukuku sisteminde tazminatın zararı aşamayacağı ilkesi çerçevesinde zararı aşan nitelikteki cezalandırıcı tazminat kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir.²⁴⁹ Üç kat tazminat kuralının Kıta Avrupası Hukuku sistemine dahil bulunan Türk hukukuna 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (RKHK) 58. maddesiyle adapte edilmiş olduğu göz önüne alındığında konunun Türk hukuku bakımından önemi daha da artmaktadır.

Rekabet uyuşmazlıklarının çözümünde asıl hedefin caydırıcılık olması ile olaya özgü adaleti sağlamak olması arasındaki fark üç kat tazminata yönelik yaklaşımın çerçevesini de çizmektedir. Şayet caydırıcılık birinci planda ise üç kat tazminat rekabet hukukunun en önemli silahlarından biri olmaktadır. Olaya özgü adalet sağlanması öncelikli hedef ise, tazminatın zararı karşılayacak seviyede olması yeterli görülecektir.

Cezalandırıcı tazminat, kamu vicdanının belirli bir eyleme yönelik tepkisini ortaya koyarak tekrarının önlenmesini amaçladığından cezai niteliği bulunmakta olup kamu hukukunu ilgilendiren bu tür kararların özel uyuşmazlıkları çözen hakemlere bırakılmasının ne derece doğru olduğu ciddi bir tartışma konusudur.²⁵⁰ Buna ek

²⁴⁸ Finn, s. 415.

²⁴⁹ Rouhette, s. 321; Koziol, Helmut: *Punitive Damages - A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 (2008), s. 747-750.

²⁵⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 651; Ware, Stephen J.: *Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government's Role in Punishment and Federal Preemption of State Law*, 63 Fordham L. Rev. 529, (1994), s. 530; Gotanda, John Y.: *Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is The Tide Changing*, 45 Colum. J. Transnat'l L. 507, (2006), s. 511.

olarak, uluslararası tahkim uygulamaları bakımından en can alıcı konu cezalandırıcı tazminat kararlarının New York Sözleşmesi uyarınca tanınma ve tenfizinin yapıp yapılamayacağı sorunudur.²⁵¹ Şayet tanıma ve tenfiz istenecek ülkede cezalandırıcı tazminat kavramı kabul edilmiyor ise New York Sözleşmesi'nin V(2)(b) maddesi uyarınca kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanıma ve tenfiz talebinin reddedilmesi söz konusu olacaktır.²⁵²

Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Mitsubishi*²⁵³ kararı öncesinde üç kat tazminat kuralının yalnızca mahkemeler tarafından uygulanabileceği görüşü hakim bulunmakta iken²⁵⁴ *Mitsubishi* kararı ertesinde Amerikan hukukunda Federal Tahkim Kanunu uyarınca tarafların tahkim anlaşmasının olduğu gibi uygulanması gerektiği ve bu çerçevede cezalandırıcı tazminat öngören tahkim anlaşmaları gereğince hakemlerin bu tür tazminatlara hükmedebileceği kabul edilmektedir.²⁵⁵ Nitekim tarafların tahkim yolunu seçmiş olmalarının yasalarla tanınmış haklardan vazgeçmesi anlamına gelmeyeceği hususu Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Mitsubishi*, *McMahon*²⁵⁶, *Rodriguez de Quijas*²⁵⁷ ve *Gilmer*²⁵⁸ kararlarının ortak anlayışını yansıtmaktadır.²⁵⁹

Taraflarca esasa uygulanması kararlaştırılan hukuk şayet izin vermekte ise, örneğin Amerikan hukukuna uygun olarak verilmiş bir cezalandırıcı tazminat

²⁵¹ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 358.

²⁵² **Lew/Mistelis/Kröll**, s.651; **Gotanda**, s. 512.

²⁵³ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, (1985).

²⁵⁴ **Finn**, s. 415.

²⁵⁵ **Ware**, s.535-536; **Bridgeman**, s. 167; **Blechman**, Michael D./**Garvey**, Karin E.: *Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 1400. Ayrıca bkz.: *Pacificare Health Systems v. Book*, 538 US 401 (2003).

²⁵⁶ *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987).

²⁵⁷ *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

²⁵⁸ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

²⁵⁹ **Brewer**, s. 122.

kararının tanınması ve tenfizi istenirse Kıta Avrupası ülkeleri yargıçları kamu düzenine aykırılık gerekçesine dayanarak talebi reddedip etmeyeceği hususu büyük önem taşımaktadır.²⁶⁰ Uluslararası tahkimde esasa uygulanacak hukuk belirlenirken diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi, rekabet alanında da hakemlerin bir tür *lex mercatoria* sistemiği çerçevesinde ileri gelen ülkelerin rekabet düzenlemelerinin ortak yönlerini uygularken üç katı tazminat gibi tartışmalı yönlerini dikkate almaması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁶¹

Kıta Avrupası hukuk sistemindeki ülkelerde cezalandırıcı tazminat kavramı kabul edilmemekte ve Amerikan uygulamasına genellikle olumsuz bakılmakta²⁶² ise de uluslararası ticaret ve buradan kaynaklanan davalardaki hızlı artış nedeniyle giderek artan bir biçimde karşılaşılan cezalandırıcı tazminat, anılan ülkelerin de göremezden gelemeyeceği, önemli bir hukuki kavram haline gelmiştir.²⁶³ Birçok Avrupa ülkesinde cezalandırıcı tazminat kavramına yaklaşım giderek yumuşamış, belirli durumlarda bu tür tazminatları içeren hakem kararlarının tanınması ve tenfizine olumlu yaklaşılmaya başlanmıştır.²⁶⁴

Benzer biçimde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından da cezalandırıcı tazminat uygulamasının ilgili ülkenin iç hukuk düzenine bağlı olacağı, şayet üye devlet hukukunda zararı aşan tazminata hükmedilmesi mümkün ise bu

²⁶⁰ **Rouhette**, Thomas: The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept, 74 Def. Counsel J. 320, (2007), s. 329.

²⁶¹ **Brown/Houck**, s. 82.

²⁶² **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 358; **Rouhette**, s. 322,331; **Gotanda**, s. 508. Müşterek hukuk ülkesi olmasına rağmen İngiltere temelde zararın tazminata eşit olması düşüncesini benimsemekte, exemplary damages kavramı çerçevesinde sınırlı olarak zararı aşan tazminata cevaz vermektedir. Bkz.: **Rouhette**, s. 333. Krş.: **Ayhan**, Zeynep Feyza Eker, Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017, s. 121.

²⁶³ **Rouhette**, s. 321; **Koziol**, s. 750.

²⁶⁴ **Gotanda**, s. 508-509. Örneğin, Fransa'da cezalandırıcı tazminatın kabul edilmesine yönelik adımlar mevcut iken İspanyol Yüksek Mahkemesi, ABD'de verilen cezalandırıcı tazminat kararının tenfizine onay vermiştir. Bkz.: **Rouhette**, s. 331-332.

durumda AB rekabet kurallarının ihlali nedeniyle cezalandırıcı tazminat verilmesinin uygun olacağı hususu çeşitli davalarda karara bağlanmıştır.²⁶⁵ Ne var ki, ulusal bazda şimdilik İsviçre ve İspanya ile sınırlı görünen bu yaklaşım değişimi anlamlı bir sistemsal yakınlaşma olmaktan uzak olup anılan gelişmeler henüz üç kat tazminat kavramının rekabet uyumsuzluklarının tahkiminde etkili bir araç olarak kullanılabilmesine imkan tanıyan düzeyde değildir.²⁶⁶

Yukarıdaki hukuki çerçeve içinde özellikle uluslararası tahkim uygulamaları bakımından tartışmalı görünen üç kat tazminat kavramının rekabet hukukunun vazgeçilmez bir unsuru olup olmadığı ve bu çerçevede tahkim süreçlerinde hakemlerin yetki listesinde yer alıp almaması gerektiği konusuna hukuk ve ekonomi (*law&economics*) perspektifinden de bakılmalıdır.

Üç kat tazminat kavramını inceleyen hemen her yazar tarafından bu kavramın hedeflerinden en önemlisinin ve belkide tek hedefinin caydırıcılık olduğu ifade edilmektedir.²⁶⁷ Caydırıcılığın sağlanabilmesi için başkalarına verilen toplam zarar ve yakalanarak cezalandırılma riski parametrelerine bağlı olarak tazminatın belirli bir oranda çoğaltılması gereklidir. Rekabet yazınında yer alan verilere göre yakalanma oranı genellikle %20 ila %25 olduğundan tazminatın bu çerçevede katlanarak çoğaltılmasının uygun olacağı öne sürülmüştür.²⁶⁸

Mevcut zararın üç katı olması nedeniyle fazladan görülen tazminatların tazminat öncesi faiz, pazar gücünden kaynaklanan şemsiye etkisi veyahut tazminat arayışında geçen zamanın değeri gibi ölçülmesi mümkün olmayan veyahut son

²⁶⁵ Bkz.: **Rouhette**, s. 337, dn. 73'de verilen kararlar.

²⁶⁶ **Rouhette**, s. 342; **Gotanda**, s. 516.

²⁶⁷ **Connor**, John M./**Lande**, Robert H.: *Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less than Single Damages*, 100 Iowa L. Rev. 1997, (2015), s. 2015-2016, dn. 79,80,81; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 651; **Gotanda**, s. 510.

²⁶⁸ **Connor/Lande**, s. 2015.

derece zor görünen zararların giderimini hedeflediğinin, bu çerçevede aslında nominal olarak üç kat görünen tazminatın tek bir tazminat olduğunun söylenmesi mümkündür.²⁶⁹

Diğer yandan, üç kat tazminat kavramının caydırıcılık ya da zararın giderimi konusunda etkin bir çözüm sağlamadığı da vurgulanmaktadır.²⁷⁰ Ne var ki, **Connor/Lande** tarafından yapılan ampirik çalışmada, incelenen 71 kartel davasının yalnızca 14'ünde nominal zararların tam olarak karşılandığı, 57'sinde zarardan az tazminat alındığı, hatta bunlardan 12'sinde zararın %10'unun ancak karşılandığı, böylelikle zarar giderimi medyan²⁷¹ oranının %37'de kaldığı ortaya konmuştur.²⁷² Söz konusu çalışmadan da açıkça anlaşıldığı üzere üç kat tazminat fikri aslında ortaya çıkan gerçek zararın tazminini amaçlayan önemli bir teorik ve ekonomik temele dayanmaktadır.

Rasyonel temeli ve ekonomik gerekçeleri güçlü olsa da tazminatın zarara eşit olması gerektiği anlayışına dayalı giderim ilkesini sıkı sıkıya kabul eden Kıta Avrupası ülkeleri ve Müşterek Hukuk ülkeleri olmalarına rağmen rekabet uyuşmazlıklarında üç kat tazminata soğuk bakan İngiltere, Kanada ve Yeni Zelanda gibi ülkelerin yaklaşımı göz önüne alındığında, uluslararası tahkim uygulamaları bakımından üç kat tazminat kavramının hakem kurullarınca son derece dikkatli ve seçici biçimde uygulanması gerekecektir.

Bu çerçevede, şayet esasa uygulanan hukuk bu tür bir tazminata izin vermekte ve tanıma-tenfiz istenecek ülkenin cezalandırıcı tazminatlara yaklaşımı

²⁶⁹ **Connor/Lande**, s. 2015.

²⁷⁰ **Wheeler**, Malcolm E.: *Antitrust Treble-Damage Actions: Do They Work*, 61 Cal. L. Rev. 1319 (1973), s. 1337, 1340.

²⁷¹ Medyan (ortanca), küçükten büyüğe doğru sıralanmış bulunan bir veri serisinin tam ortasında yer alan, bu seriyi ortadan ikiye ayıran değerdir.

²⁷² **Connor/Lande**, s. 2015-2018.

yeterince esnek görünmekte ise üç kat tazminat kavramından önemli bir yasal araç olarak yararlanılması, aksi durumda üç kat tazminat taleplerine mesafeli yaklaşılması uygun olacaktır. Ancak her koşulda, hakemlerce tahkim kurumunun irade özerkliği ilkesine dayalı olduğu hiçbir zaman göz ardı edilmemeli, uyuşmazlığın çözümüne yönelik süreçte kararın sonradan iptal edilebilme ihtimali değil, tarafların tahkim anlaşmasına yansıyan iradeleri ön planda tutulmalıdır.²⁷³

III. Hakemler ve Tahkim Usulüne Dair Tartışmalara İlişkin Ara Sonuç

Rekabet kurallarını ilgilendiren bir uyuşmazlık hakemlerin önüne geldiğinde kaçınılmaz bir biçimde kamu düzeni kuralları ile irade özerkliği kurallarının çatışması meydana gelir.²⁷⁴ Tahkim yargılamasının kendine has özellikleri nedeniyle irade özerkliği ilkesiyle kamu düzeninin korunması kaygıları şemsiyesi altında ortaya çıkan çeşitli çekinceleri uzlaştırmak oldukça zahmetli bir girişimdir.

Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin yukarıda tartışılan çekince ve öneriler, kamu hukuku bağlamında devlet erkini temsil eden yargı organları ile özel hukuk çerçevesinde sözleşme özgürlüğünü kullanan tahkim paydaşlarının çatışan çıkarları en makul ve muhtemel uzlaşma noktalarının bulunması yolunda bir katkı amaçlamaktadır. Şüphesiz ki, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine dair kaygıların giderilmesinde yalnızca mahkemelerin konuya olumlu yaklaşımlarıyla değil yasama ve yürütme organlarının da gerekli kanuni ve idari düzenlemeler bağlamındaki katkıları önem taşımaktadır. Bu çerçevede, tahkim paydaşlarının da kamusal çıkarların korunması (örneğin tahkim yargılamasında şeffaflığın artırılması, kararların gerekçeli olması ve mümkün olduğunca

²⁷³ Mistelis, s. 7. Aynı yönde: Ayhan, s. 126.

²⁷⁴ Bridgeman, s. 148.

yayımlanması, hakemlerin seçimindeki ölçütlerin yükseltilmesi vb.) konusundaki eğilimleri de buluşma sürecine yardımcı olacaktır.

Yukarıda tartışılan değişiklik ve önerilerin bazıları tahkimin esnek ve etkin karakteristiğinin değişmesine ve böylelikle yargı karşısındaki avantajının kısmen de olsa yitirilmesine neden olma ihtimali bulunmaktadır. Ancak tahkim yine de devlet yargısından farklı ve tercih edilebilir bir çözüm yöntemi olmaya devam edecektir.²⁷⁵



²⁷⁵ Pitofsky, *Arbitration and Antitrust Enforcement*, s. 1081.

İKİNCİ BÖLÜM

ABD ve AB HUKUKLARINDA REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

İş dünyasını düzenleyen en önemli hukuk dallarından biri olan rekabet hukuku, son yıllarda özellikle gelişmekte olan ülkelerde hızlı bir benimsenme sürecine girmiştir. Rekabet yasası kabul eden ülke sayısının son yirmi yılda seksen ülkenin katılımıyla 110'un üzerine çıkması, rekabet hukukunun uluslararası alanda tahkimin gelişim hızına yakın bir gelişme hızı içinde bulunduğunu göstermektedir.²⁷⁶

Günümüzde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde tahkim, hızla yaygınlaşan ve en çok talep edilen yöntem haline gelmiştir.²⁷⁷ Hemen tüm gelişmiş ülkeler, özel kişilerin diğer özel kişilerle veya devletler/kamusal otoritelerle olan hukuki anlaşmazlıklarını tahkim yoluyla çözebilmesine olanak tanır ve hatta teşvik ederken bir yandan da tahkim anlaşmalarının konuları üzerinde bazı çekinceler koymaktadırlar. Tahkime konu olabilecek hususlar ve bu çekincelerin nedenleri ülkeden ülkeye değişirken rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği hususu ortak bir duraksama ve tartışma alanı görünümündedir.²⁷⁸

Gerek rekabet hukuku, gerek tahkim kurumu antik dönemlere kadar uzanan bir geçmişe sahiptir.²⁷⁹ Ne var ki, rekabet-tahkim ilişkisinin gündeme gelmesi oldukça yenidir.²⁸⁰ Tahkime elverişlilik yaklaşımının yaygınlaşma süreci Müşterek

²⁷⁶ Geradin, s. 2

²⁷⁷ QMU Survey, s. 5.

²⁷⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 342, dn. 447.

²⁷⁹ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 222. Ayrıca bkz: Kotsiris, L. E.: *An Antitrust Case in Ancient Greek Law*, The International Lawyer 22, Summer 1988, 451, s. 452.

²⁸⁰ Loevinger, s. 1085.

Hukuk ülkelerinde daha hızlı olmuş ise de Kıta Avrupası ülkelerinde de bu liberal eğilimi açıkça görmek mümkündür.²⁸¹

Dünyada rekabet hukukunun iki ana uygulama modelini temsil eden ABD ve AB hukuklarında rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği kavramının gelişimini incelemek Türk hukukuna ilişkin çıkarımlarda bulunabilmek açısından son derece yararlı olacaktır.

§1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

I. Mevzuat

Dünyada ulusal seviyedeki ilk²⁸² modern rekabet yasası olarak kabul edilen²⁸³ Sherman Kanunu 1890'da yürürlüğe girdiğinde, 42 eyaletin 17'sinde yürürlükte rekabet yasaları bulunan Amerika Birleşik Devletleri (ABD)²⁸⁴, içtihat ve uygulama birikimiyle rekabet hukukunda pek çok hukuk sistemine öncülük etmişlerdir. Ancak, ABD antitröst yasalarında tahkime ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

ABD'de tahkime ilişkin tekörnek kanun arayışlarının geçmişi 1915 yılındaki *Asphalt*²⁸⁵ davasına kadar uzanmaktadır.²⁸⁶ Amerikan Barolar Birliğinin çabalarıyla, Amerikan Kongresince kabul edilerek 1 Ocak 1926 tarihinde yürürlüğe giren

²⁸¹ Steingruber, para.3.74.

²⁸² Her ne kadar Kanada 1889'da ilk rekabet yasasını kabul etmiş ise de gerçek anlamda etkin bir yasa olarak kabul edilmemektedir. Bkz: Stigler, George, J.: *The Origin of the Sherman Act*, J. Legal Stud. 1 (1985), s. 8.

²⁸³ Gerber, s. 267.

²⁸⁴ Stigler, s. 6, Gerber, s. 267 dn. 3.

²⁸⁵ *U. S. Asphalt Refining Co. v. Petroleum Co.*, 222 Fed. 1006 (S.D.N.Y. 1915).

²⁸⁶ Sayre, Paul L: *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L. J. 595 (1928), s. 595.

Birleşik Devletler (Federal) Tahkim Kanunu²⁸⁷ [Federal Arbitration Act (FAA)] geniş ölçekte rekabet-tahkim etkileşiminin de başlangıcını meydana getirmiştir.

Tahkim anlaşmalarının istendiği an dönülebilir olduğu ve uygulanamayacağı yönündeki eskimiş anlayışı kaldırdığı için doktrinde sevinçle karşılandığı görülen²⁸⁸ FAA, bu yasayı yorumlayıp uygulayan mahkeme kararlarıyla birlikte ABD hukukunda ticari tahkim alanının ana kaynağı niteliğindedir.²⁸⁹

FAA'nın son dönemdeki Yüksek Mahkeme kararları çerçevesinde liberal bir biçimde rekabet hukuku dahil pek çok alanda liberal bir anlayışla uygulanması *Arbitration Fairness Act* adlı tepkisel yasa teklifine zemin hazırlamıştır.²⁹⁰ Henüz yasalaşmayan ve 2007'den bu yana Amerikan Kongresinde bekleyen bu teklif aralarında rekabet hukukunun da bulunduğu bazı uyuşmazlık türlerinde uyuşmazlık öncesi tahkim anlaşmalarını geçersiz kılmayı öngörmektedir.²⁹¹

II. Yargı Kararları

Günümüzde açık ve güçlü bir biçimde tahkim lehine olan modern yaklaşım söz konusu ise de geleneksel olarak Müşterek Hukukta mahkemelerin yetkisini kaldırdığı gerekçesiyle tahkim anlaşmalarının kamu düzenine aykırı olduğu düşüncesi hakim olduğundan mahkeme dışı çözümlere hiçbir biçimde sıcak bakılmamakta idi.²⁹² ABD'de bilinen en erken örneklerden biri, 1786 yılında New

²⁸⁷ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 1-14. Bu yasadaki önce New York Eyaleti 1920 tarihinde modern anlamda ilk tahkim yasasını kabul etmiştir. **Cohen**, Julius H./**Dayton**, Kenneth: 12 Virginia Law Review 265 (1926), s. 266.

²⁸⁸ **Cohen/Dayton**, s. 265.

²⁸⁹ **Rutledge**, Peter B./**Kent**, Rachael/**Henel**, Christian, *United States*, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration (Weigand, Frank-Bernd, Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 879.

²⁹⁰ **Ragazzo/Binder**, s. 174.

²⁹¹ **Ragazzo/Binder**, s. 174.

²⁹² **Allison**, *Arbitration of Private Antitrust Claims*, s. 369.

York Ticaret Odası'na kurulan tahkim divanına sunulan denizci maaşları uyuşmazlığıdır.²⁹³ Bununla birlikte, Amerikan toplumunun gelişimi sürecinde tahkim kurumunun görece daha hızlı ve güçlü gelişen profesyonel hukuk ve yargı mesleğinin gölgesinde kaldığı, 1927'de faaliyette olan binlerce ticaret birliğinden yalnızca birkaçının tahkim mahkemelerini kullandığı bilinmektedir.²⁹⁴

Kamu düzenine ilişkin konuların hakemlerin yetki alanına bırakılmasına ilişkin en erken örneklerden biri federal olağanüstü hal fiyat kontrol kanunu uyarınca üç kat tazminat talebine ilişkin toplu davada avukatlık ücretine ilişkin yapılan tahkim anlaşmasının incelendiği *Kingswood*²⁹⁵ davasıdır. New York (Eyalet) Temyiz Mahkemesi, avukatlık ücretinin davanın bir parçası olduğu ve kamu düzenine ilişkin bulunan bir kanundan kaynaklı uyuşmazlıkların hakemler tarafından çözülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle hakem kararını iptal eden mahkeme kararını onamıştır.²⁹⁶

Tarihsel olarak Amerikan mahkemelerinin tahkim anlaşmalarını uygulamayı reddederek uyuşmazlık çözümündeki tekel konumlarını korumaya çalıştıkları görülmektedir.²⁹⁷ Federal Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra Amerikan mahkemeleri kamu düzeni gerekçesine dayalı olarak rekabet hukuku başta olmak üzere pek çok istisna alanı oluşturmuş ancak zamanla bu istisnai alan listesi oldukça daralmıştır.²⁹⁸ Başlangıçta uyuşmazlık öncesi tahkim anlaşmaları geçersiz

²⁹³ **Kellor**, Frances: American Arbitration: Its History, Functions and Achievements (Harper & Brothers, 1948) Yeniden basım, Beard Books, Washington D.C., 2000, s. 4.

²⁹⁴ **Kellor**, s. 6-7.

²⁹⁵ *Kingswood Management Corp. v. Salzman*, 272 App. Div. 328 (N.Y. App. Div. 1947)

²⁹⁶ **Finn**, s. 411

²⁹⁷ **Stempel**, *Arbitrability*, s. 1380; **Von Zumbusch**, s. 292; **Finn**, s. 411.

²⁹⁸ **Stempel**, *Arbitrability*, s. 1392-1394; **Smutny A. C./Pham**, H. T.: Enforcing Foreign Arbitral Awards in the United States: The Non-Arbitrable Subject Matter Defense 25 J. Int'l. Arb. 657, 2008, s. 657

kabul edilirken FAA'nın yürürlüğe girmesiyle gerek ulusal gerek uluslararası tahkim bakımından yargısal husumetin azalmaya başladığı görülmektedir.²⁹⁹

A. Erken Dönem

Her ne kadar, *American Safety*³⁰⁰ kararı “kadim kural”³⁰¹ olarak adlandırılır ise de ABD’de rekabet hukukunun tahkime elverişliliği kavramı ilk olarak 1952’de *Paramount*³⁰² davasında hukuki tartışma konusu olmuştur.³⁰³ *Paramount Pictures Inc. (Paramount)* şirketi ile sinema salonu işletmek üzere *Paramount Hollywood Theatre Corporation (Paramount Theatre)* adlı bir ortak girişim kuran *Fanchon & Marco* şirketi, *Paramount*’un rekabet yasalarını ihlal ettiği iddiası ve üç kat tazminat (*treble damages*) talebiyle New York Güney Federal Bölge Mahkemesine³⁰⁴ başvurmuştur. Federal Bölge Mahkemesi dava ehliyeti yönünden davayı reddederken davalının tahkim şartı savunmasına da değinerek şu tespiti yapmıştır:

Bu bir sözleşme ihlali davası değildir. Bu, Paramount’un anti-tröst yasalarına aykırı olduğu ileri sürülen bazı fiilleri nedeniyle Paramount Theatre’in uğramış olduğu zararların giderilmesi için Federal anti-tröst yasaları uyarınca üç kat tazminat talebine ilişkin bir özel dava hakkıdır. Tahkim şartı, bu tür bir hak talebini kapsamamaktadır. Dahası, şayet tahkim şartı açıkça anti-tröst yasalarına dayalı bir hak talebini kapsamış olsaydı

²⁹⁹ Johnson, s. 92-93.

³⁰⁰ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)

³⁰¹ Brewer, s. 93; Brown, W. J. T./Houck, S. D.: *Arbitrating International Antitrust Disputes*, Journal of International Arbitration, Vol.7, Issue 1, 1990, s. 78

³⁰² *Fanchon & Marco, Inc. v. Paramount Pictures*, 107 F. Supp. 532 (S.D.N.Y. 1952)

³⁰³ Bkz: Finn, s. 409

³⁰⁴ Amerikan yargı sisteminde federal yasalardan kaynaklanan davalara bakmakla görevli ilk derece mahkemeleri U.S. District Court olarak adlandırılmakta olduğundan “U.S.” ifadesini karşılamak üzere Birleşik Devletler ifadesi yerine “Federal” ifadesi tercih edilmiştir.

*dahi, Federal anti-tröst yasalarında içkin bulunan kamu düzenine aykırı olacağından bunun infaz kabiliyeti tartışmalı olurdu.*³⁰⁵

Federal Bölge Mahkemesinin ret kararı anti-tröst davalarında dava ehliyetinin geniş yorumlanması gerektiği gerekçesiyle 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesince bozulmuş olsa da tahkime elverişliliğe ilişkin tespit geçerli kalmıştır.³⁰⁶

1967’de *Silvercup*³⁰⁷ davasında da aynı Federal Bölge Mahkemesi tahkime elverişliliğe ilişkin söz konusu içtihadını korumuştur. *Silvercup Bakers Inc.* (*Silvercup*) şirketinin, fırın çalışanları sendikası ve bazı diğer fırıncılar tarafından işçilerinin topluca işten çıkmaya teşvik edildikleri ve bu suretle ekmek dağıtım piyasası dışına itilmeye çalışıldıkları iddiasıyla federal anti-tröst yasaları uyarınca açtığı davada davalı taraf uyuşmazlığın sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğini savunmuştur. Federal Bölge Mahkemesi, tahkime ilişkin talebi tahkim şartına ilişkin maddede açık bir yetki verilmemesi gerekçesiyle reddetmiş ancak şu tespiti de yapmıştır:

Kongrenin tekel değil rekabetin ticari kural haline getirilmesi planının esaslı parçası diğer konularda uzman hakemler tarafından değil jüri tarafından yargılama yapılmasıdır. Üç katı tazminat caydırıcılığı adli uygulamanın ayrılmaz özelliği olduğundan Kongrenin bu asli hak ve tazminata ilişkin sorunların çoğunlukla yeniden incelenemeyen hakem

³⁰⁵ *Fanchon & Marco, Inc. v. Paramount Pictures*, 107 F. Supp. 532 (S.D.N.Y. 1952), s. 548

³⁰⁶ *Fanchon & Marco, Inc. v. Paramount Pictures*, 202 F.2d 731 (2d Cir. 1953)

³⁰⁷ *Silvercup Bakers, Inc. v. Fink Baking Corp.*, 273 F. Supp. 159 (S.D.N.Y. 1967)

*kararları yoluyla revizyona açık olmasını isteyip istemediği hususu en azından kuşkuludur.*³⁰⁸

Bununla birlikte, Federal Bölge Mahkemesinin gerekçesinde yer alan şu ifade, tahkime elverişlilik konusunda yumuşama işaretlerinin oluşmaya başladığını göstermiştir:

*Fakat, her ne kadar bu nokta ikna edici görünse de, bu davada, işveren ve sendikanın antitröst uyuşmazlıklarını bir hakem önünde yargılamak üzere kendilerini hiçbir zaman hukuken bağlayamayacaklarını genel olarak hüküm altına almaya gerek yoktur.*³⁰⁹

Ertesi yıl, *American Safety*³¹⁰ davasında tahkime elverişlilik konusu temyiz seviyesinde ele alınmış ve rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin negatif yaklaşım sistematik bir çerçeveye oturtularak uzun yıllar geçerli kalacak bir içtihat meydana getirilmiştir.

B. American Safety Doktrini

Temyiz incelemesine konu davada, davacı *American Safety Equipment Corp.*, güvenlik ekipmanları sağlayan *Hickok Manufacturing Corp.* ile marka lisansı içeren bir dağıtım anlaşması imzalamış, daha sonra bu anlaşmadaki bazı hükümlerin antitröst yasalarına aykırı olduğu iddiasıyla adı geçen şirket ve onun alacaklarını temlik eden *J. P. Maguire & Co.* aleyhine bir tespit davası açmıştır.³¹¹

³⁰⁸ *Silvercup Bakers, Inc. v. Fink Baking Corp.*, 273 F. Supp. 159 (S.D.N.Y. 1967), s. 163

³⁰⁹ *Silvercup Bakers, Inc. v. Fink Baking Corp.*, 273 F. Supp. 159 (S.D.N.Y. 1967), s. 163 para. 3

³¹⁰ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)

³¹¹ *American Safety Equipment Corp. v. Hickok Mfg. Co.* 271 F.Supp. 961 (S.D.N.Y. 1967)

Davalı taraflar anlaşmadan kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda tahkim yolunun öngörüldüğü iddiasını öne sürmüştür. Davanın görüldüğü New York Güney Bölgesi Federal Mahkemesi davalıların tahkim talebini kabul etmiştir. Federal Bölge Mahkemesi, aşağıdaki gerekçeyle *Paramount* davasındaki içtihadını izlememiştir:

*ASE tarafından dayanak olarak ileri sürülen Fanchon & Marco, Inc. v. Paramount Pictures, 107 F.Supp. 532 (S.D. N.Y.1952), davasında bu mahkeme sözleşmedeki tahkim maddesinin antitröst yasaları uyarınca ileri sürülen üç kat tazminat talebini kapsamadığına hükmetmiştir. Karardaki “şayet tahkim şartı açıkça anti-tröst yasalarına dayalı bir hak talebini kapsamış olsaydı dahi, bunun infaz kabiliyeti tartışmalı olurdu” ifadesi yalnızca bir mütalaa olup bu davayı kontrol edici nitelikte değildir.*³¹²

İlginç olan husus, aynı tarihlerde aynı mahkemede, New York Güney Bölgesi Federal Mahkemesinde yürüyen ve bundan iki ay sonra karara bağlanan *Silvercup* davasında yukarıda sözü edilen *Paramount* kararı doğrultusunda tahkime elverişliliğin kabul edilmemiş olmasıdır. Aynı mahkemece kısa aralıklarla verilen kararlarda dahi görülen söz konusu zıt yaklaşımlar, tahkime elverişlilik konusunda Amerikan yargısı içinde yaşanan mücadeleyi ortaya koymaktadır.

Kararı temyizen inceleyen İkinci Daire Federal Temyiz Mahkemesi, New York Güney Bölgesi Federal Mahkemesinin kararını bozarak geri çevirmiştir. İkinci Daire Federal Temyiz Mahkemesi, tahkim yöntemi ve hakemlere ilişkin olarak son derece dikkatli bir dil kullanmış ve tahkime elverişsizlik tespitinin yalnızca antitröst

³¹² *American Safety Equipment Corp. v. Hickok Mfg. Co.* 271 F.Supp. 961 (S.D.N.Y. 1967), s. 967.

uyuşmazlığına ilişkin dar bir çerçevede kalması gerektiğini, geri kalan tüm hususlarda tahkim heyetinin yetkili olacağını açıkça vurgulamıştır.³¹³

İkinci Daire Federal Temyiz Mahkemesi, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda genel bir kural oluştururken bu kuralın potansiyel etkilerinin de göz önüne alınması gerektiği düşüncesinde olduğundan, Kongrenin, rekabet uyuşmazlıklarının çözümleneceği yargı yerinin tekel konumunda olduğu iddia edilen firmalar ve onların müşterileri arasındaki standart form anlaşmalarıyla belirlenmesini amaçlamış olamayacağını vurgulamıştır.³¹⁴ Söz konusu bozma kararının gerekçesinde yer alan şu tespitler rekabet hukukunun kamu düzeniyle olan ilişkisini ortaya koyması bakımından önemlidir:

Antitröst yasalarına dayanan davalar yalnızca özel bir mesele değildir. Sherman Kanunu, ulusal çıkarları rekabetçi bir ekonomi içinde yükseltmek üzere tasarlanmıştır, yani bu kanuna göre haklarını arayan davacı, kamusal çıkarları koruyan özel bir başsavcıya³¹⁵ benzetilmiştir. Antitröst ihlalleri yüzbinlerce -belki milyonlarca- kişiyi etkileyebilir ve sarsıcı ekonomik zararlar verebilir.³¹⁶

³¹³ Nissen, s. 112

³¹⁴ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968), para.20 vd.

³¹⁵ ABD’de Adalet Bakanı’na karşılık gelen bu ifade dava süreçleri bakımından “Başsavcılık” olarak çevrilmiştir.

³¹⁶ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968), para.19. Mahkemenin tespitine göre yakın tarihli elektrik ekipmanları karteli olayında açılan 1.900 davada 25.000 farklı tazminat talebi ileri sürülmüştür. Mahkeme, tüm antitröst davalarının bu şişkin rakamlara ulaşması gerekmesi de Amerikan Kongresinin bu tür davaların mahkeme dışında bir yerlerde çözülmesini istediğinin söylenemeyeceği kanaatindedir.

Mahkemenin “*antitröst yasalarının uygulanmasına nüfuz etmiş bulunan kamu düzeni*”³¹⁷ biçimindeki ifadesi rekabet tahkimi yazınında sıkça kullanılan bir alıntı haline gelmiştir.³¹⁸

Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine soğuk bakan mahkemelerin gerekçelerinde dikkat çeken ortak yön Amerikan antitröst yasalarının ve özellikle Sherman Kanununun özünde üç kat tazminat ve dolayısıyla özel hukuk yaptırımları yoluyla Federal mahkemelerde açılan davaların olduğu düşüncesidir. Sherman Yasasının Amerikan yargısı tarafından neredeyse anayasal bir statüde görülmesi de bu düşüncüyü güçlendiren bir durumdur.³¹⁹

Rekabet yazınında, *American Safety* kararında inşa edilen doktrinin temelde kamu düzeni gerekçesine dayalı unsurları genel olarak şu dört başlık altında toplanmaktadır:³²⁰

(1) Özel davaların antitröst yasalarının uygulanmasındaki önemli rolü, kamu düzeni kaygıları nedeniyle antitröst uyuşmazlıklarının federal mahkemelerin yetki alanından hiçbir biçimde çıkarılmamasını gerektirmektedir.

(2) Antitröst uyuşmazlıklarına konu olan ticari sözleşmelerin genellikle standart form niteliğinde sözleşmeler olma ihtimalinin yüksekliği, ekonomik olarak güçsüz tarafın yasal korunmadan yoksun bırakılması sonucunu doğurabilecektir.

³¹⁷ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968), para. 23

³¹⁸ Örn: **Brown/Houck** s. 78; **Lew**, s. 251; **Blechman/Garvey**, s. 1394.

³¹⁹ **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 231

³²⁰ **Allison**, *Arbitration of Private Antitrust Claims*, s. 402; **Brewer**, s. 93; **Stempel**, *Arbitrability*, s. 1393; **Lipner**, s. 403-404; **Carbonneau**, Thomas E.: *The Reception of Arbitration in United States Law*, (The Reception of Arbitration) 40Me. L. Rev. 263 (1988), s. 275; **Connolly**, s. 733-734; **Fuglsang**, Eric J.: *The Arbitrability of Domestic Antitrust Disputes: Where Does the Law Stand*, 46 DePaul L. Rev. 779 (1996-1997), s. 798-799.

(3) Antitröst davalarının genellikle karmaşık sorunları, geniş çaplı ve çok çeşitli kanıtları içermesi, bu incelemenin kapsamlı bir biçimde yapılmasını sağlayan federal mahkemelerde görülmesini zorunlu kılmaktadır.

(4) Antitröst karar süreçlerinin antitröst yasalarıyla düzenlenen iş dünyasından gelen ve ticari uzmanlıkları nedeniyle seçilen ticari hakemlere emanet edilmesi, anılan yasaların bağımsız, tarafsız ve etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamayacaktır.

Amerikan yargısını kökten etkileyen ve bir içtihat sistemi yaratan bu karar ertesinde beş farklı Federal Temyiz Mahkemesi daha *American Safety* Doktrini'ni izlemiştir.³²¹ Çeşitli federal ve eyalet mahkemeleri bu içtihadı benimsememe yolunu tercih ederek rekabet uyumsuzluklarının tahkime elverişli olduğu yönünde kararlar³²² vermiş ise de, davaların taşındığı ilgili temyiz mahkemeleri *American Safety* Doktrini'ni izleyerek söz konusu kararları bozmuştur.³²³ Amerikan Yüksek Mahkemesinin³²⁴ konuya ilişkin bir müdahalesi söz konusu olmadığından zaman zaman farklı federal yargı otoritelerinin farklı içtihadı ortaya çıkmış ise de, temyiz aşamasında *American Safety* doktrininin mutlak hakimiyeti nedeniyle bu tür kararlar bozulmuştur.³²⁵

³²¹ Lipner, s. 404

³²² Örn: *Power Replacements, Inc. v. Air Preheater Co.* (Civil No. 68-213). Yayımlanmamış bu federal mahkeme kararını veren: **Loevinger**, s. 1087. Ayrıca bkz: *Cobb v. Network Cinema Corp.*, 339 F. Supp. 95 (N.D. Ga. 1972).

³²³ *Aimcee Wholesale Corp. v. Tomar Prods. Inc.*, 21 N.Y.2d 621 (1968); *Associated Milk Dealers, Inc. v. Milk Drivers Union* 422 F.2d 546 (7th Cir. 1970); *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41 (5th Cir. 1974); *A. & E. Plastik Pak Co., Inc. v. Monsanto Company*, 396 F.2d 710 (9th Cir. 1968); *Power Replacements Inc v. Air Preheater Co. Inc.*, 426 F.2d 980 (9th Cir. 1970). California'daki bu dava öncesinde Pennsylvania Doğu Bölgesi Federal Mahkemesinde görülen davada Davalı Air Preheater tarafından ileri sürülen tahkime izin verilmesi talebi de reddedilmiştir.

³²⁴ Supreme Court of the United States

³²⁵ Örn: Tahkim talebini kabul eden *Cobb v. Network Cinema Corp.*, 339 F. Supp. 95 (1972), kararı 5. Daire Federal Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur: *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41 (1974).

New York Sözleşmesi ABD tarafından 1970’de kabul edilerek Federal Tahkim Yasasının ikinci bölümünde federal mevzuata dahil edilmiştir.³²⁶ Ne var ki, bu düzenleme hakem kararlarının tanınması ve tenfizini olumlu etkileyerek genel olarak tahkim süreçlerini güçlendirmiş ise de, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği tartışmalarını sonlandırmamıştır.

American Safety kararı ertesinde Amerikan Federal Mahkemeleri tahkime elverişlilik sorununu ele almaya ve antitröst yasalarına ilişkin talepleri konu alan davalarda tahkimin hangi şartlarda söz konusu olabileceğini değerlendirmeye devam etmişlerdir.³²⁷ Özellikle antitröst yasalarının ihlali iddialarının, sözleşmesel yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla kötüye kullanılmasının engellenmesi bakımından mahkemeler bir sistematik geliştirmiştir. Buna göre, antitröst yasalarına dayalı iddialar makul bir kanıtlanabilirlik düzeyinde görünmüyorsa mahkeme dava öncesinde tahkime izin verecek,³²⁸ şayet iddialar ciddi ise yahut bu iddiaların diğer sözleşmesel uyuşmazlıklardan ayrılması mümkün görünmüyorsa mahkeme tahkimden önce konuyu karara bağlayacaktır.³²⁹

Amerikan iç hukukunun tartışma konusu olduğu tüm bu kararlara ek olarak, uluslararası ticareti ilgilendiren ve yabancı tahkim şartı bulunan *Overseas*³³⁰ davasında da benzer bir gerekçe ortaya konmuştur. Audi ve *Volkswagen* markalarının dağıtıcılığını yapan *Overseas Motors Inc.* tarafından anılan firmaların antitröst yasalarına aykırı davrandığı iddiasıyla açılan davada Michigan Doğu Bölgesi Federal Mahkemesi İsviçre’de başlatılan tahkim sürecine yapılan tahkime

³²⁶ 9 U.S.C. § 201. Bkz: **Connolly**, 1986, s. 722.

³²⁷ **Nissen**, s. 112

³²⁸ *Helpfenbein v. International Industries Inc.* 438 F.2d 1068(8th Cir. 1971); **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 262

³²⁹ *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41(5th Cir. 1974), s. 50; **Allison**, *Arbitration Agreements*, s. 263

³³⁰ *Overseas Motors, Inc. v. Import Motors Limited, Inc.* 375 F. Supp. 499 (E.D. Mich. 1974)

elverişlilik itirazını *Helpfenbein*³³¹ kararı ışığında reddetmiştir. Ancak, anılan federal mahkeme, *American Safety* Doktrini doğrultusunda yabancı hakem kararının antitröst ihlali iddialarına ilişkin kısımlarının ABD mahkemelerinde yeniden yargılama konusu yapılabileceğine karar vermiştir. Nihai olarak antitröst ihlali iddialarının inandırıcı ve yeterli bir biçimde kanıtlanmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiş, karar temyiz incelemesinde 6. Daire Federal Temyiz Mahkemesi tarafından onanmıştır.³³²

Overseas kararının dikkat çeken özelliği, Amerikan mahkemelerinin antitröst yasalarına ilişkin korumacı tavrını net bir biçimde ortaya çıkarmasıdır. Bu kararla, *American Safety* Doktrini'nin etki sahası genişletilerek antitröst uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı kuralının yalnızca ulusal değil uluslararası alanda da uygulanması sonucunu doğurmuştur.³³³

Diğer yandan, *American Safety* doktrinini kuran İkinci Daire Federal Temyiz Mahkemesi, birkaç yıl sonra *Coenen*³³⁴ davasında bu doktrine ilişkin bir istisna da yaratmıştır. Buna göre, antitröst yasalarına dayalı uyuşmazlığın çıkışından sonra yapılan tahkim sözleşmelerinin geçerli ve uygulanabilir olduğu kabul edilmiştir.³³⁵

Federal bölge ve temyiz mahkemelerince çeşitli modifikasyonlara uğramış olsa da, *American Safety* doktrini eşit derecedeki temyiz mahkemelerince istikrarlı bir biçimde izlenerek uzun yıllar boyunca antitröst yasalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin önünde kuvvetli bir engel oluşturmuştur. Bu durum, 1985 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesinin antitröst

³³¹ *Helpfenbein v. International Industries Inc.* 438 F.2d 1068(8th Cir. 1971)

³³² *Overseas Motors, Inc. v. Import Motors Limited, Inc.* 519 F.2d 119(6th Cir. 1975)

³³³ *Nissen*, s. 114

³³⁴ *Coenen v. Pressprich Co.*, 453 F.2d 1209 (2d Cir. 1972)

³³⁵ *Coenen v. Pressprich Co.* s. 1215. *Allison*, *Arbitration Agreements*, s. 259 vd. bu yaklaşımı çelişkili bularak ciddi biçimde eleştirmektedir.

uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği ile ilgili olarak konuya doğrudan doğruya müdahil olmasına değin devam etmiştir.

C. Mitsubishi Doktrini

ABD Yüksek Mahkemesinin antitröst yasalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ile ilgili olarak beklenen müdahalesi 1985 yılında *Mitsubishi*³³⁶ kararı ile gelmiştir. Bu kararın ardından rekabet uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim kurumu hızlı bir yükseliş eğilimine girmiştir.³³⁷

ABD Yüksek Mahkemesinin *Mitsubishi* kararına değin geçilen süreçte alt derece mahkemelerinin izledikleri yollara yukarıda değinilmiştir. Yüksek Mahkemenin kendi içtihadı açısından bakıldığında, kamu düzenine dayalı tahkime elverişlilik itirazlarının temelini, menkul kıymetler yasasına dayalı uyuşmazlıklarda tahkimin mümkün olmadığını hükme bağlayan *Wilko*³³⁸ davası oluşturmuştur. Yine menkul kıymetler hukukuna dayalı bulunan *Scherk*³³⁹ davası ile uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından tahkim yoluna gidilebileceği hususunun kabul edildiği, *McMahon*³⁴⁰ davası ile de ulusal nitelikteki uyuşmazlıklarda tahkimin önündeki engellerin kaldırıldığı görülmektedir. *Mitsubishi* davası incelenmeden önce anılan davalara değinilmesi, tahkime ilişkin olarak kamu düzeni kaygılarına dayalı itirazların giderek nasıl güç kaybettiğinin anlaşılmasında yararlı olacaktır.

Wilko davasının başlangıcında, davacı, gerçekleşeceği söylenen fakat gerçekleşmeyen bir devralma işlemi nedeniyle yanlış ve yanıltıcı bilgiye dayalı

³³⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, (1985).

³³⁷ *Brown/Houck*, s. 77.

³³⁸ *Wilko v. Swan* 346 U.S. 427 (1953)

³³⁹ *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S. 506 (1974)

³⁴⁰ *Shearson/American Express v. McMahon* 482 U.S. 220 (1987)

olarak kendisine hisse senedi satıldığını ileri sürerek Menkul Kıymetler Yasası uyarınca zararının tazmini için New York Güney Bölgesi Federal Mahkemesinde dava açmıştır. Davalı *Hayden, Stone & Co.* Sözleşmede yer alan tahkim şartı çerçevesinde tahkim kararının beklenmesini talep etmiş ancak Federal Bölge Mahkemesi bu talebi reddetmiştir.³⁴¹ Kararı temyizen inceleyen 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesi, Federal Tahkim Yasasının menkul kıymetler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin bir düzenlemesi bulunmadığı ve tahkim anlaşmasının Menkul Kıymetler Yasasının 14. Bölümündeki feragat yasağını ihlal etmediği gerekçeleriyle tahkime izin verilmesi gerektiğini belirterek Federal Bölge Mahkemesinin ret kararını bozmuştur.³⁴²

Yapılan başvuru üzerine Amerikan Yüksek Mahkemesi davayı incelemeyi kabul etmiş, Federal Tahkim Yasası ve geleneksel tahkim hukuku çerçevesinde hakem kararlarının yargısal denetiminin Federal Bölge Mahkemeleri açısından öngörülen düzeye göre çok daha sınırlı olduğundan davacının Menkul Kıymetler Yasasından doğan haklarının zarar görebileceği gerekçesiyle 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesinin bozma kararını kaldırmıştır.³⁴³ Yüksek Mahkeme, menkul kıymetler hukukunun davacıya sağlamış olduğu korumanın yargılama yerini seçme özgürlüğünü de kapsadığını, bunun tahkim şartı getirilerek etkisiz kılınmasının yasal haklardan feragat anlamına geleceğini vurgulamış³⁴⁴ ve şu tespiti yapmıştır:

Bu davada, kolaylıkla uzlaştırılamayan iki politika yer almaktadır.

Kongre, tarafların yasal açıdan doğruluğundan daha az emin olmayı kabul etmesi durumunda, yasama yetkisine tabi olan hukuki işlemlere katılan

³⁴¹ *Wilko v. Swan* 107 F. Supp. 75 (S.D.N.Y. 1952)

³⁴² *Wilko v. Swan* 201 F.2d 439(2d Cir. 1953)

³⁴³ *Wilko v. Swan* 346 U.S. 427 (1953)

³⁴⁴ *Wilko v. Swan*, s. 435

tarafllara uyuşmazlıkların tahkim yoluyla hızlı, ekonomik ve yeterli bir şekilde çözümleri için bir imkan vermiştir. Öte yandan, Menkul Kıymetler Kanunu'nu yatırımcıların haklarını korumak için yürürlüğe koymuş ve bu haklardan herhangi birinden feragati yasaklamıştır. Tahkim konusunda önceden yapılmış anlaşmaların ticari uyuşmazlıkların çözümü için sağlayabileceği avantajları dikkate alarak, kongrenin menkul kıymetlerin satışı ile ilgili iradesinin, [Menkul Kıymetler] Kanun'dan kaynaklanan meselelerin tahkimine yönelik anlaşmaların geçersiz sayılmasıyla yerine getirilebileceğine karar veriyoruz.³⁴⁵

Bu tespit, *American Safety* kararında yer alan “Kongrenin, rekabet uyuşmazlıklarının çözümleneceği yargı yerinin tekel konumunda olduğu iddia edilen firmalar ve onların müşterileri arasındaki standart form anlaşmalarıyla belirlenmesini amaçlamış olamayacağı”³⁴⁶ biçimindeki ifadeyle benzerlik taşıyan aşırı korumacı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin tahkime yönelik şüpheciliği uluslararası nitelikteki işlemlerle ilgili davalarda yerini farklı değerlendirmelere ve dolayısıyla pozitif bir yaklaşıma bırakmıştır. *Wilko* kararındaki tahkim yasağının uluslararası uyuşmazlıklarda uygulanmayacağını hükme bağlayan *Scherk* davasında Alman vatandaşı *Fritz Scherk*'e ait şirketler ve bunların ticari markalarının Amerikan *Alberto-Culver Co.* şirketine devrini öngören anlaşmada yer alan uluslararası tahkim şartının geçerliliği incelenmiştir. *Alberto-Culver Co.* devre konu ticari markaların ciddi takyidat altında olduğunu, bu durumun Menkul Kıymetler Borsası Yasasına

³⁴⁵ *Wilko v. Swan*, s. 438

³⁴⁶ *American Safety Equip. Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968), para. 20

aykırı olduğu iddiasıyla Illinois Federal Bölge Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Anılan mahkeme, yukarıda yer verilen *Wilko* kararına dayanarak *Scherk* tarafından yapılan yargılamanın tahkim süreci için durdurulması başvurusu reddedilmiş, tahkimi yasaklayan bir tedbir kararına hükmedilmiştir. Kararı temyizen inceleyen 7. Daire Federal Temyiz Mahkemesi aynı gerekçelerle kararı onamıştır.³⁴⁷

Amerikan Yüksek Mahkemesi, iki gerekçeyle *Wilko* kararının uluslararası uyuşmazlıklarda geçerli olmadığını belirtmiştir: Birincisi, Menkul Kıymetler Borsası Yasasında zorunlu tutulan yargısal tedbir bulunmamaktadır. İkincisi ve daha önemlisi, dava konusu anlaşmanın gerçek bir uluslararası anlaşma niteliği göstermesi nedeniyle ulusal hukukta geçerli olan menkul kıymetlere ilişkin tahkim yasağı uluslararası uyuşmazlıklara tevsi edilemez.³⁴⁸ Yüksek Mahkeme, *Zapata*³⁴⁹ davasında yer verilen şu çarpıcı ifadeyi de gerekçesinde atfen kullanmıştır:

*Tüm uyuşmazlıkların kendi hukukumuzla göre kendi mahkemelerimizde çözülmesi gerektiği dar görüşünde ısrar ettiğimiz takdirde Amerikan ticaret ve sanayisinin büyümesini teşvik etmiş olmayız...Dünya pazarlarında ve uluslararası sularda yalnızca kendi şartlarımıza uygun, kendi yasalarımıza tabi ve kendi mahkemelerimizde çözülen bir ticarete sahip olamayız.*³⁵⁰

Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Mitsubishi*³⁵¹ kararı tüm bu tartışmaların ortasında verilmiştir. Tıpkı menkul kıymetler hukukuna tabi uyuşmazlıkların öncelikle uluslararası işlemler bakımından tahkime elverişli sayılmasında olduğu gibi

³⁴⁷ *Alberto-Culver Company v. Scherk* 484 F. 2d 611(7th Cir. 1973)

³⁴⁸ *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974). Bkz.: **Carbonneau**, *The Reception of Arbitration*, s. 273-274

³⁴⁹ *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 407 U.S. 1 (1972)

³⁵⁰ *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* s. 9'dan alıntılan *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S. 506 (1974), s. 519

³⁵¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985)

Amerikan Yüksek Mahkemesi rekabet hukukuna dayalı uyuşmazlıklar bakımından da benzer bir yol izlemiştir. *Mitsubishi* kararı, tahkimi destekleyen ve New York Sözleşmesi üzerindeki kamu düzeni sınırlamasının dar yorumlanması gerektiğini savunan akımla tahkimin antitröst yasalarının sağladığı hukuki koruma maksadına aykırı olduğunu savunan akımı uzlaştıran bir yol izlemiştir.³⁵²

Dava konusu olayda, Amerikan *Chrysler* firması ile 1970 yılında bir ortak girişim kuran Japon *Mitsubishi* firması, 1979'da Puerto Rico'da bayilik anlaşması yapmış olduğu *Soler* firmasının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasıyla Puerto Rico Federal Bölge Mahkemesinde dava açarak *Soler*'in Federal Tahkim Yasası ve New York Sözleşmesi uyarınca Japonya'da uluslararası tahkime zorlanmasını talep etmiştir. Federal Bölge Mahkemesi bu talebi kabul etmiştir. Anılan kararı temyizen inceleyen 1. Daire Federal Temyiz Mahkemesi rekabet kurallarının tahkime elverişli olup olmadığı sorununu çözmek için birbiriyle bağlantılı üç konuyu incelemiştir: (1) Ulusal tahkimdeki antitröst istisnasının uluslararası uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı ve bunun New York Sözleşmesi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı, (2) *Scherk* kararının antitröst istisnasını ortadan kaldırıp kaldırmadığı, (3) Antitröste ilişkin iddiaların tahkime elverişli olmadığına karar verilirse Federal Bölge Mahkemesinin davayı [antitröst talepleri yönünden] ayırıp ayıramayacağı.³⁵³

1. Daire Federal Temyiz Mahkemesi gerekçesinde öncelikle New York Sözleşmesinin birinci fıkrasının sözleşen devletlere önemli iç politika konularını tahkim dışı tutma konusunda bir yetki verdiğinin göstergesi olduğu görüşünü benimsemiştir. Mahkeme, ikinci nokta bakımından menkul kıymetler hukukuyla

³⁵² Connolly, 731-732

³⁵³ *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*, 723 F.2d 155, para.32.

antitröst hukukunun toplum üzerindeki etkilerinin farklı olduğu ve New York Sözleşmesinin özellikle II. maddesinin yeterince incelenmediği gerekçesiyle *Scherk* kararının somut olayda uygulanamayacağı, pek çok ulus kendi antitröst politikasının uygulanmasını desteklerken ABD'nin de uluslararası alanda *American Safety* doktrinine sahip çıkmasının yerinde olduğu sonucuna varmıştır.³⁵⁴

Davayı incelemeye karar veren Amerikan Yüksek Mahkemesi, *American Safety* doktrininin uzun süren egemenliğine son vererek uluslararası nitelikteki sözleşmelerden doğan antitröst uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülebilmesinin yolunu açmıştır. Ne var ki, Yüksek Mahkeme, *American Safety* doktrininin uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklara uygulanmasını gerektirecek bir yönünün bulunmadığı gerekçesiyle anılan kararı tartışma konusu yapmamıştır.³⁵⁵ Bu yaklaşım nedeniyle Amerikan iç hukukundaki uyuşmazlıklar bakımından kuralın ne olacağı sorunu tartışmaya açık biçimde ortada bırakılmış³⁵⁶ görünümü arz etmekte ise de, *Mitsubishi* kararında *American Safety* doktrininin dayandığı tüm unsurlar açık bir biçimde boşa çıkarılarak *American Safety* kararı adeta üstü örtülü biçimde ilga edilmiştir.³⁵⁷

Mitsubishi kararındaki analizinde Yüksek Mahkeme, antitröst uyuşmazlıklarının karmaşık oluşu gerekçesiyle hakem kararlarının antitröst kurallarıyla sınırlandırılmış bulunan iş dünyasının işleyişine bir tehdit oluşturacağı sonucuna varılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.³⁵⁸ Buna göre, özel tazminat

³⁵⁴ *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 723 F.2d 155, para.60-61.

³⁵⁵ *Lipner*, s. 407

³⁵⁶ *McLaughlin*, s. 936, *Carbonneau*, *The Reception of Arbitration*, s. 279

³⁵⁷ *Von Zumbusch*, s. 299-300, Bkz: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, s.632-635

³⁵⁸ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, s. 634

davalarının antitröst politikasındaki önemi, bu tazminatların Amerikan mahkemeleri dışında bir yerde talep edilmesini zorunlu kılmamaktadır.³⁵⁹

Yüksek Mahkemeye göre, Federal Tahkim Yasasının çıkarılması ve New York Sözleşmesinin kabul edilmesiyle Amerikan Kongresinin tahkimi güçlü bir biçimde desteklediği açık iken antiröst gibi bazı istisnai alanlar yaratılmasının kanunda ya da yasama tarihçesinde bir karşılığı bulunmamaktadır.³⁶⁰ Yüksek Mahkemeye göre Amerikan mahkemeleri tahkime yönelik tutucu yaklaşımlarını bırakmalıdır:

*[...]Ulusal mahkemeler[...]iç hukuktan kaynaklanan talepler bakımından yetkiyi bir yabancı ya da uluslararası mahkemeye bırakma konusundaki anlaşılabilir isteksizliklerinden silkinip kurtulmalıdır. Bu meyanda, ulusal mahkemeler için en azından iç hukuktaki tahkime elverişlilik kavramını ticari tahkimi öne çıkaran uluslararası politikaya tabi kılmak gerekli olacaktır.*³⁶¹

Mitsubishi kararıyla Yüksek Mahkeme, iki önemli doktrin geliştirmiştir. Bunlardan ilki *second look*, ikincisi ise *effective vindication* olarak adlandırılmaktadır.³⁶² *Mitsubishi* kararından önce bütün tartışma antitröst uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği üzerinde yoğunlaşmış iken, tahkim yolunun açılmasıyla birlikte Yüksek Mahkeme, antitröst yasalarının sağladığı korumanın tahkim süreçlerinde yeterince hayata geçip geçmeyeceğine ilişkin kaygılara *second look* doktrini ile yanıt vermiştir.

³⁵⁹ Sopata, s. 608

³⁶⁰ Von Zumbusch, s. 299

³⁶¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, s. 638-639

³⁶² *Ragazzo/Binder*, s. 177-178.

Yüksek mahkemenin bu kararını (a) Antitröst yasalarının ülke dışı (*extra-territorial*) uygulanmasının uluslararası ticareti olumsuz etkileyip etkilemeyeceği (b) Tahkim anlaşmasının New York Sözleşmesi ve Federal Tahkim Kanununa uygun olup olmadığı biçiminde iki aşamalı bir analiz yöntemiyle ulaşılmış olması durumunda ayni sonucun hukuken daha tutarlı bir temele oturacağı ileri sürülmüştür.³⁶³ Ancak biz Yüksek Mahkemenin bu iki parçalı testi üstü örtülü biçimde uyguladığı düşüncesindeyiz.

Second look doktrininin temelini oluşturan analizinde Yüksek Mahkeme, Amerikan antitröst mevzuatının uygulanmama ihtimalinin tanıma/tenfiz aşamasında gözetilmesi gerektiğini vurgulamış, New York Sözleşmesinin V(2)(b) maddesine atıfta bulunarak kamu düzeni bakımından tanıma/tenfizin reddedilebileceğini belirtmiştir.³⁶⁴ Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, gerekçeli kararında şu tespiti yapmıştır:

*Tahkimin devam etmesine izin veren Birleşik Devletler ulusal mahkemelerinin, kararın infazı aşamasında antitröst yasalarının uygulanmasındaki meşru menfaatin korunduğundan emin olma fırsatı olacaktır. Konvansiyon, her bir imzacı ülkeye tanıma ya da tenfizin o ülkenin kamu düzenine aykırı olması durumunda kararın tenfizini reddetme hakkı vermektedir.*³⁶⁵

Yüksek Mahkeme, uluslararası tahkimin uyuşmazlığın çözümünde uygunsuz bir mekanizma olduğunu baştan varsaymayı gerektirecek bir neden bulunmadığını,

³⁶³ **Smith**, Laurence M.; Determining the Arbitrability of International Antitrust Disputes; 8 J. Comp. Bus. & Cap. Market L. 197,218 (1986), s. 207-208.

³⁶⁴ **Kröll**, Stephan: *Arbitrability of Disputes Arising from Commercial Representation*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives (Mistelis, L. A./Brekoulakis S. L., Edlr.) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s. 343

³⁶⁵ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, s. 638

hakem kurulunun peşinen herhangi bir devletin hukuk sistemine bağlılığının olmayacağı gibi tarafların iradelerini hayata geçirmekle yükümlü olduğunu, hakemlerin Amerikan antitröst hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları yine bu hukuku uygulayarak çözmesi gerektiğini söylemektedir.³⁶⁶ Yüksek Mahkeme, hakem kararlarının tanınması/tenfizi aşamasında hakemlerce emredici antitröst kurallarının uygulanıp uygulanmadığının mahkemelerce kontrol edilmesi durumunda yasal hakların güvence altına alınacağı düşüncesindedir.

Diğer yandan, Yüksek Mahkeme, FAA tarafından öngörülen tahkim yanlısı politikanın hayata geçirilmesi, antitröst yasaları dahil diğer federal yasalarda vücut bulan önemli politikaların hiçe sayılması anlamına gelmeyeceğini *effective vindication* olarak adlandırılan doktrin çerçevesinde ortaya koymuştur.³⁶⁷ Buna göre, şayet tarafların yasal haklarını etkin bir biçimde savunması engellenmiş ise, örneğin tahkim süreci tarafın mahkemeye erişimini engelleyecek biçimde zor ve zahmetli ise hakem kararının iptal edilmesi gündeme gelecektir.³⁶⁸ Gerek Yüksek Mahkeme gerek Federal Temyiz Mahkemelerince oluşturulan içtihadı göre tahkim anlaşmasının federal yasalardan kaynaklanan hakların etkin biçimde kullanılmasını engellediğini kanıtlama yükü tahkimden kaçınan tarafa aittir.³⁶⁹

Mitsubishi kararı ertesinde Amerikan iç hukuku bakımından tereddütlü bir durumun ortaya çıktığı tartışılmış³⁷⁰ ise de, Yüksek Mahkemenin yukarıda değerlendirilen gerekçeli kararı, iç hukuk bakımından da antitröst uyuşmazlıklarının

³⁶⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, s. 638

³⁶⁷ **Meriwether**, Ellen: *Class Action Waiver and the Effective Vindication Doctrine at the Antitrust/Arbitration Crossroads*, 26 Antitrust 67 (2011-2012), s. 67

³⁶⁸ **Ragazzo/Binder**, s. 178, **Ward**, R.: *Divide & Conquer: How The Supreme Court Used The Federal Arbitration Act To Threaten Statutory Rights And The Need To Codify The Effective Vindication Rule*, 39 Seton Hall Legis. J. 149 (2015), s. 155

³⁶⁹ **Meriwether**, s. 69

³⁷⁰ **Kolasky**, William: *Antitrust Litigation: What's Changed in Twenty-Five Years?* 27 Antitrust 9, 2012-2013, s. 15

tahkime elverişliliğinin kabulüne dair güçlü bir mesaj olmuş ve kısa zaman içinde alt derece mahkemelerince de benimsenmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Mitsubishi* kararıyla geliştirmiş olduğu her iki doktrin yoluyla tahkime elverişlilik konusundaki katı, *per se* yasak yaklaşımını, olay özelinde bir tür *rule of reason* analizi yaklaşımıyla değiştirmiştir.³⁷¹

D. Mitsubishi Ertesinde Durum

Amerikan hukukunda dönüm noktası niteliği taşıyan *Mitsubishi* kararı sonrasında Federal Bölge ve Federal Temyiz mahkemelerinin de hızla içtihat değişikliğine giderek *American Safety* doktrininin etkinliğine son verdikleri, bu bağlamda tahkime ilişkin ulusal-uluslararası ayrımının ortadan kalktığı görülmektedir.³⁷² *American Safety* kararıyla ünlü 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesi, *Mitsubishi* kararıyla yüzleştiği *McMahon*³⁷³ davasında tahkime elverişliliğe ilişkin muhafazakar konumunda direnç göstermiştir.

McMahon kararında 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesi, *Mitsubishi* kararının uluslararası bağlamda hüküm ifade ettiği görüşünü savunarak *American Safety* kararının *Mitsubishi* kararında tartışma konusu yapılmaması nedeniyle iç hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuken uygulanabilir ve geçerli bir içtihat olduğu sonucuna varmış, bu nedenle Menkul Kıymetler Borsası Yasası³⁷⁴ ile Dolandırıcı Etkisindeki ve Yozlaşmış Organizasyonlar (RICO) Yasası³⁷⁵ çerçevesindeki taleplerin tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir.

³⁷¹ Bkz: **Ward**, s. 156

³⁷² **Brown/Houck**, s. 79-80; **Brewer**, 1997, s. 101; **Sopata**, s. 616; **Kolasky**, s. 15; **McLaughlin**, s. 937. [McLaughlin şu kararları örnek vermektedir: *Coors Brewing Co. v. Molson Brewerie*, 51 F.3d 1511 (10th Cir. 1995), *Nghiem v. NEC Electronic, Inc.*, 25 F.3d 1437 (9th Cir. 1994)]

³⁷³ *McMahon v. Shearson/American Express, Inc.*, 788 F.2d 94 (2d Cir. 1986)

³⁷⁴ Securities Exchange Act, 15 U.S.C. § 78

³⁷⁵ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 18 U.S.C. § 1961

Davayı incelemeye alan Amerikan Yüksek Mahkemesi, *McMahon*³⁷⁶ kararında 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesinin *American Safety* doktrinini yeniden reddederek *Mitsubishi* kararının bu tür tartışmaları sona erdirdiğinin altını çizmiştir:

*Örneğin, Mitsubishi kararında, yargısal talimat ve denetim yokluğuna rağmen tahkim mahkemelerinin antitröst davalarının olgusal ve hukuki karmaşıklığının altından kolayca kalkabileceğini kabul etmiştik.*³⁷⁷

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *McMahon* kararıyla tahkime ilişkin ulusal-uluslararası ayırımını açıkça ortadan kaldırmış, *Mitsubishi* kararındaki hüküm uluslararası bağlam ile sınırlı ise de, karardaki gerekçenin önemli bir kısmının inceleme konusu RICO uyuşmazlığı için geçerli olduğunu, Federal Tahkim Yasasında öngörülen tahkim taraftarı Federal politikanın ancak Amerikan Kongresinin açık istisna öngörmesiyle ortadan kalkacağını belirtmiştir.³⁷⁸ 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesi, *McMahon* kararı sonrasında direncini bitirmiş, tahkime onay veren alt derece mahkeme kararlarını onamaya başlamıştır.³⁷⁹

11. Daire Federal Temyiz Mahkemesinde görülen *Kotam*³⁸⁰ davası, *Mitsubishi* sonrasında antitröst uyuşmazlıklarına ilişkin oluşan yargısal iklimi ortaya koyması bakımından önemlidir. JBL adlı elektronik şirketinin dağıtıcısı durumundaki *Kotam* şirketinin JBL aleyhine Robinson-Patman³⁸¹ antitröst yasası uyarınca açtığı

³⁷⁶ *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987)

³⁷⁷ *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987), s. 232

³⁷⁸ **Brewer**, s. 100

³⁷⁹ Bkz: *Hough v. Merrill Lynch*, 757 F.Supp. 283, (S.D.N.Y. 1991), kararı görüş yazılmaksızın onanmıştır: 946 F.2d 883 (2d Cir.1991).

³⁸⁰ *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, davası, 11. Daire Federal Temyiz Mahkemesinin 28.07.1995 tarihli ilk onama kararına (59 F.3d 1155) karşı yeniden yargılama talebinin tam heyetle görüşülmesi kabul edilmiş (69 F.3d 1097), 19.08.1996 tarihinde verilen bozma kararı (93 F.3d 724) ile süreç sona ermiştir.

³⁸¹ 15 U.S.C. §13

davada tahkim şartının işletilmesini savunan JBL'nin talebini geri çeviren yerel mahkeme kararını onayan 11. Daire Federal Temyiz Mahkemesi, *Mitsubishi* kararının *American Safety* doktrinini ve 5. Daire Federal Temyiz Mahkemesinin buna dayanan *Cobb*³⁸² kararını ortadan kaldırmadığı görüşünü benimsemiştir.³⁸³ Üç hakimli heyetle alınan bu karara karşı yapılan yeniden yargılama talebi uygun bulunarak davanın tam heyetle (*en banc*) dinlenmesi kabul edilmiştir.³⁸⁴

11. Daire Federal Temyiz Mahkemesinde on bir hakimli tam heyet tarafından yapılan yeni yargılamada önceki onama kararı kaldırılmış, *Mitsubishi* ve onu takip eden içtihatla birlikte diğer Federal Temyiz Mahkemelerinin ikna edici kararlarının ışığında iç hukuktaki antitröst uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim anlaşmalarının infaz edilebilir olduğuna karar verilmiştir.³⁸⁵ Davanın Amerikan iç hukukundaki tahkime elverişlilik tartışmaları bakımından asıl etkisi, Amerikan Yüksek Mahkemesine yapılan temyiz başvurusunun incelemeye almaması ile ortaya çıkmıştır.³⁸⁶ Amerikan Yüksek Mahkemesi, gerekçeli bir karar yazmaksızın davayı incelemeyi reddederek antitröst yasalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların iç hukukta da tahkime elverişli olduğunun altını bir kez daha çizmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Mitsubishi* kararından sonra istikrarlı biçimde tahkime elverişlilik lehinde içtihat oluşturmaya devam etmiştir. Örneğin, 1989 yılına ait *Rodriguez*³⁸⁷ kararıyla menkul kıymetler yasasından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tahkimi yasaklayan *Wilko* kararı açıkça ilga edilmiştir.

³⁸² *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41(5th Cir. 1974)

³⁸³ *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 59 F.3d 1155 (11th Cir. 1995)

³⁸⁴ *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 69 F.3d 1097 (11th Cir. 1995)

³⁸⁵ *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 93 F.3d 724 (11th Cir. 1996), s. 724

³⁸⁶ *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.*, 519 U.S. 1110 (1996)

³⁸⁷ *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989). Kararda *Scherk*, *Mitsubishi* ve *McMahon* kararlarına atıfta bulunularak *Wilko* kararı ortadan kaldırılmıştır.

1991 yılında verilen *Gilmer*³⁸⁸ kararında Yüksek Mahkeme *Mitsubishi* kararına atıfta bulunarak antitröst yasalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini açık ve kesin bir biçimde ortaya koymuştur:

*Sherman Yasası, Menkul Kıymetler Borsa Yasası, RICO Yasası ve Menkul Kıymetler Yasası önemli kamusal politikaları geliştirmeye yönelik olarak tasarlanmıştır, ancak, yukarıda belirtildiği gibi, bu yasalara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir.*³⁸⁹

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1996 tarihli *Matsushita*³⁹⁰ kararında, *McMahon* kararına atıfta bulunarak federal yasalardan doğan hakların mutlak suretle federal mahkemelerde çözümlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varmış ve tahkime elverişliliğe ilişkin kuvvetli desteğini devam ettirmiştir. Öyle ki, artık Yüksek Mahkeme, tahkime elverişlilik tartışmasını tamamen bir kenara bırakıp hakların etkin kullanımının engellenmesi ölçütü³⁹¹, sınıf tahkiminin durumu³⁹² gibi tahkim süreçlerine ilişkin önemli tartışmaları çözüme kavuşturmaya odaklanmıştır.

Amerikan mahkemelerinin tutumunun oldukça liberal bir çizgiye kaydığı, 9. Daire Federal Temyiz Mahkemesinin *Richards v. Lloyd's of London*³⁹³ ve *Simula v. Autoliv*³⁹⁴ kararlarında da görülebilmektedir. 9. Daire Federal Temyiz Mahkemesine göre; uluslararası tahkimde hakemler ABD rekabet yasalarını uygulamamış olsalar dahi, şayet uygulanan yabancı rekabet yasası davacıya makul bir yasal koruma sağlamayacak kadar eksik ya da kusurlu değilse bu yabancı yasa ABD yasalarına

³⁸⁸ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991)

³⁸⁹ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, (1991), s. 28

³⁹⁰ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein*, 516 U.S. 367 (1996)

³⁹¹ *Green Tree Financial Corp.-Ala. v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000)

³⁹² *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*, 559 U.S. 662 (2010); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).

³⁹³ *Richards v. Lloyd's of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998)

³⁹⁴ *Simula Inc. v. Autoliv Inc.*, 175 F.3d 716 (9th Cir. 1999)

uygun bir ikame teşkil edecektir.³⁹⁵ Öte yandan, 7. Daire Federal Temyiz Mahkemesi, *Baxter v. Abbot*³⁹⁶ kararında hakemlerin rekabet ihlalinin varlığı konusunda hataya düşmüş olsalar dahi hakem kararının bozulmasının gerekmeyeceğini vurgulamıştır.³⁹⁷

Amerikan Yüksek Mahkemesinin 2012 tarihli *CompuCredit*³⁹⁸ kararı, emredici kanun hükümlerine tabi hakların da tahkime konu edilebileceğine yönelik anlayışı sağlamlaştırmış ve tahkime elverişliliğin sınırlarını oldukça genişletmiştir. Yasama organı Amerikan Kongresinin ilgili yasayı çıkarma gerekçesinin tahkime izin verip vermediği hususunun da tartışıldığı karar tahkime yönelik liberal eğilimin giderek güçlendiğini göstermesi bakımından önemlidir.

2008 yılında *CompuCredit* adlı şirket tarafından reklamı yapılan ve *Columbus Bank* adlı finans kuruluşu tarafından düzenlenen 300 USD limitli kredi kartlarından 257 USD açılış ücreti alınması nedeniyle *Credit Repair Organization Act*'in³⁹⁹ (CROA) ihlal edildiğini ileri süren müşteriler tarafından Kuzey Kaliforniya Federal Bölge Mahkemesine dava açılmıştır. Kredi kartı anlaşmasında, söz konusu anlaşmadan doğacak uyuşmazlıklara ilişkin olarak tahkim şartı öngörülmüştür. Tahkim şartına dayanan davalı şirketlerce mahkemenin yetkisizliğine ilişkin yapılan itiraz karşısında davacılar tarafından CROA kapsamında bulunan uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olduğu savunularak tahkim şartının geçersiz olduğu ileri sürülmüştür.

³⁹⁵ **Zekos**, Georgios I.: *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law*, (*Competition Arbitration*) 25 J. Int'l Arb. 1 (2008), s.19.

³⁹⁶ *Baxter International Inc. v. Abbott Laboratories*, 325 F.3d 954 (7th Cir. 2003)

³⁹⁷ **Ragazzo/Binder**, s.187.

³⁹⁸ *CompuCredit Corp. v. Greenwood*, 132 U.S. 665 (2012).

³⁹⁹ *Credit Repair Organizations Act*, 15 U.S.C. § 402.

Kuzey Kaliforniya Federal Bölge Mahkemesi CROA'dan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.⁴⁰⁰ Davayı temyizen inceleyen Dokuzuncu Daire Federal Temyiz Mahkemesi söz konusu ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.⁴⁰¹ Davayı ele alan Amerikan Yüksek Mahkemesi, CROA'da tahkim yolunu engelleyen bir düzenleme bulunmaması nedeniyle Federal Tahkim Kanunu uyarınca tahkim şartının uygulanması gerektiği gerekçesiyle onama kararını kaldırmıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 2013 yılında verdiği *Italian Colors*⁴⁰² kararında Sherman Kanunu'ndan kaynaklanan rekabet hukuku taleplerinin sınıf tahkimi (*class arbitration*) halinde birleştirilmiş şekilde ileri sürülmesinden feragat edilmesine dair tahkim şartının geçerli olduğuna hükmederek tahkim konusundaki liberal çizgisini bir aşama daha ileri götürmüştür. Bu karar sonucunda sınıf tahkimi imkanının ortadan kaldırılması nedeniyle rekabet davalarının yerini etkin ve caydırıcı olmayan bireysel tahkim davalarına bırakacağı, tahkimde üç kat tazminat ve avukat ücreti kazanımı olmadığından rekabet kanunlarının tanıdığı hakların güçlü bir biçimde korunamayacağı hususlarına dikkat çekilerek ciddi bir biçimde eleştirmektedir.⁴⁰³

⁴⁰⁰ “Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin zorunlu tutulması CROA'nın feragat edilemeyen dava hakkı düzenlemesine aykırıdır. Bu nedenle mahkememiz tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir.” *Greenwood v. CompuCredit Corp.*, 617 F. Supp. 2d 980 (N.D. Cal. 2009), s. 988.

⁴⁰¹ *Greenwood v. CompuCredit Corp.*, 615 F.3d 1204, (9th Cir. 2010)

⁴⁰² *American Express Company v. Italian Colors Restaurant*, 570 U. S. __ (2013). (Karar henüz Amerikan Yüksek Mahkemesi Raporu'nda yayımlanmadığından sayfa numarası almamıştır.)

⁴⁰³ **Lemley/Leslie**, s.2128. Ayrıca bkz.: **Elhauge**, Einer: *How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement by Replacing It with Ineffective Forms of Arbitration*, 38 Fordham Int'l L.J. 771, 778 (2015), s. 771; **Glover**, J. Maria: *Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 124 Yale L. J. 3052, 3093 (2015), s.3076. Karşı görüşte bkz.: **Feldman**, Steven W.: *Italian Colors and Freedom of Contract under the Federal Arbitration Act: Has the Supreme Court Enabled Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 2016 Mich. St. L. Rev. 109, 160 (2016).

Sonuç olarak Amerikan hukuku bakımından antitröst uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda herhangi bir tereddüdün kalmadığının söylenmesi mümkündür. Hatta Amerikan mahkemelerinin tanıma ve tenfiz aşamasında tahkim kararlarının yargısal denetiminin dar kapsamlı olması gerektiği ve bu anlamda *minimalist* yaklaşımı benimsediği söylenebilir.⁴⁰⁴

§2. AVRUPA BİRLİĞİ

I. Mevzuat

Avrupa Birliği (AB) hukuk sisteminin kendine özgü karakteri nedeniyle, AB mevzuatından doğan haklar, AB kurumlarının hareket alanıyla ilgili olsa dahi genellikle AB mahkemelerinde dava edilememektedir.⁴⁰⁵ Diğer yandan, Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma⁴⁰⁶ [Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)] rekabet ihlalleri için herhangi bir tazminat hükmü de içermemekte olduğundan rekabet ihlallerinden doğan özel hukuk davaları bakımından egemen niteliğini koruyan AB üyesi ülkelerin mahkemeleri yetkilidir.⁴⁰⁷

Hal böyle iken, AB öyküsünün başından beri rekabet hukukunun lokomotif konumunda bulunan uluslarüstü AB kurumlarının özel hukuk uygulamaları

⁴⁰⁴ **Di Brozolo**, Luca G. Radicati: *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, OECD, Competition Committee, Working Party N. 3, Arbitration and Competition DAF/COMP(2010)40,2011, s.31-50 <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> (Son Erişim:08.05.2017), s.38. Bkz: **Di Brozolo**, s. 35’de değinilen bazı kararlar: *Baxter Int’l v. Abbott Laboratories*, 315 F. 3d 716 (7th Cir. 2003); *American Central Eastern Texas Gas Company v. Union Pacific Resources Group* (5th Cir. 2004) (yayımlanmamış karar) <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cunpub%5C02/02-41010.0.wpd.pdf> (Son erişim: 06.03.2017)

⁴⁰⁵ **Landolt**, Phillip: *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, (Modernised) Kluwer Law International, The Hague, 2006, s. 34.

⁴⁰⁶ The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ C 326, 26.10.2012. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (Son Erişim: 20.01.2018)

⁴⁰⁷ **Von Zumbusch**, s. 313.

bakımından yetkisiz konumuyla üye devlet mahkeme ve kurumlarının yetkili ve fakat izleyen niteliğindeki konumları, rekabet kurallarının özel hukuk alanındaki uygulaması açısından ciddi bir asimetri yaratmıştır. AB otoriteleri, bu asimetrik durumun aşılması ve özel hukuk uygulamalarının yaygın ve etkin bir düzeye ulaşması için üye ülkeleri teşvik etmeye çalışmaktadır.

Nitekim AB Komisyonunun (Komisyon) 2005 yılında *Green Paper*, 2008 yılında *White Paper* yayınlaması sonrasında kabul edilen AB Antitröst Tazminat Davaları Direktifi⁴⁰⁸ yoluyla rekabet ihlallerine dayalı özel hukuk davaları teşvik edilmeye çalışılmasına rağmen, bu tür davaların genellikle İngiltere, Almanya ve Hollanda'da açılanlarla sınırlı kalması ve 20 AB üyesi ülkede hiçbir dava açılmamış olması, AB bünyesinde özel hukuk yaptırımı kavramının büyük oranda akademik düzeyde kaldığına işaret etmektedir.⁴⁰⁹

Özel hukuk yaptırımlarının belkemiğini oluşturan tazminat davalarının görece etkin ve yaygın bir nitelik kazanmamış olmasına ve AB hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda doğrudan doğruya yapılmış bir hukuki düzenleme bulunmamasına rağmen, öncelikle Komisyonun olumlu yaklaşımı, ardından da Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından oluşturulan içtihat çerçevesinde, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği düşüncesi dolaylı⁴¹⁰

⁴⁰⁸The Directive on Antitrust Damages Actions (Directive of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union), OJ L 349, 05.12.2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=RO> (Son Erişim: 20.01.2018)

⁴⁰⁹Goldsmith, Aren.: *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, 34 ASA Bull. 10 (2016), s. 14

⁴¹⁰ABAD, AB rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine doğrudan doğruya değinmemiştir. Bkz.: **Landi/Rogers**, s. 4.

olarak da olsa geniş kabul görmüştür.⁴¹¹ AB Antitröst Tazminat Davaları Direktifinde⁴¹² de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları teşvik edilmektedir.⁴¹³

II. Komisyon Uygulamaları

Komisyon tarafından erken tarihlerde tahkime ilişkin şüpheli bir yaklaşım ortaya konularak hemen hiçbir düzenlemede tahkime değinilmemesinin temelinde tahkimin rakipler arası gizli işbirliklerine yasal bir örtü amacıyla kullanılmakta olduğu inancı bulunmaktadır.⁴¹⁴

Aslında daha 1970’li yıllarda Komisyon tarafından bazı muafiyet kararlarına konuyla ilgili tahkim süreçlerinden haberdar edilme yükümlülüğü eklendiği de bilinmektedir.⁴¹⁵ Komisyonun bu yaklaşımının söz konusu şüpheye dayalı olarak tahkim süreçlerinde rekabet kurallarının gözetilmesi amacına yönelik olduğu düşünülebilir ise de, üstü örtülü bir benimseme içerdiği kabul edilmektedir.⁴¹⁶

Komisyonun tahkime yönelik şüpheli yaklaşımının 1990’lardan itibaren değiştiği, 1992’de hakkında yapılan şikâyet nedeniyle soruşturma açılması düşünülen bir konuda aynı zamanda yürümekte olan bir tahkim süreci nedeniyle tahkimin sonucunun beklenmesine karar verdiği görülmektedir.⁴¹⁷

⁴¹¹ **Gospodinov**, P. P.: *The Application of European Competition Law in Arbitration Proceedings*, European Doctorate in Law & Economics, (Doktora Tezi) Erasmus University of Rotterdam, (2014), s. 47, **Geradin/Villano**, s. 4; **Yeşilova**, s. 345.

⁴¹² Bkz.: “Consensual Dispute Resolution” başlıklı Chapter VI’da yer alan 18 ve 19. maddeler.

⁴¹³ **Goldsmith**, s. 16

⁴¹⁴ **Dolmans/Grierson**, s. 38.

⁴¹⁵ Bkz.: Komisyonun 72/41/EEC-Henkel/Colgate, OJ L14/14 (1972); 75/494/EEC-Kabelmetal-Luchaire, OJ L 222/34 (1975), 74/16/EEC-Transocean Marine Paint Association, OJ L 19(1974) kararları.

⁴¹⁶ **Gospodinov**, s. 47-48; **Gharavi**, H. G.: *The Proper Scope of Arbitration in European Community Competition Law*, 11 Tul. Eur. & Civ. L.F. 185 (1996), s. 189

⁴¹⁷ **Dolmans/Grierson**, s. 38.

Komisyon, çeşitli kararlarında muafiyet ve/veya menfi tespit başvuruları çerçevesinde ilgili anlaşmalarda yer alan tahkim düzenlemelerinin kendisine bildirimini şart koşturmuştur.⁴¹⁸ Komisyonun açıkça tahkime elverişlilik hususunu tartışmadan tahkim şartı içeren anlaşmaları erken dönem kararlarının bazılarında incelediği, inceleme konusu sözleşmelerde yer alan tahkim hükümlerinin amaç ya da etki bakımından rekabetin kısıtlanmasına yol açıp açmadığı yönünden analiz yaptığı görülmektedir.

*Stoves and Heaters*⁴¹⁹ kararında Komisyon, bölge paylaşımı anlaşması yapan rakiplerin yazılı olarak kaleme aldıkları anlaşma ile ilgili olarak ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkim heyeti oluşturulması ve bu heyetin uygulamalarını rekabet ihlalini güçlendiren bir unsur olarak kabul etmiştir. Komisyon, anlaşmanın “sözde” tahkime ilişkin 38 ila 54. maddelerinin amaç ve etki bakımından rekabeti kısıtlayan ve bozan bir niteliğe sahip olduğunu, bu hükümlerin asıl amacının pazardaki firmaların rekabet ederek pazarda yer edinme güdüsünü engellemek suretiyle rekabet kurallarının etrafından dolanmak olduğunu belirtmiştir.⁴²⁰

Öte yandan, *Davidson Rubber Co.*⁴²¹ Kararında lisans anlaşmasında yer alan bölgesel münhasırlık uygulamalarının Roma Antlaşmasının (RA) 85. maddesinin ihlal ettiğini tespit etmiş ancak anlaşmada yer alan tahkime ilişkin hükümlerin başlı

⁴¹⁸ Gharavi, s. 189.

⁴¹⁹ 75/358/EEC- Stoves and Heaters, OJ L 159 (1975)

⁴²⁰ 75/358/EEC - Stoves and Heaters, OJ L 159 (1975) s. 26. Bkz.: Von Zumbusch, s. 315

⁴²¹ 72/237/EEC- Davidson Rubber Co., OJ L 143 (1972)

başına ihlal oluşturmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir.⁴²²

Komisyonun bu üstü örtülü kabul yaklaşımı, daha sonra bazı grup muafiyeti tüzükleriyle açık hukuki düzenlemeye dönüşmüştür. Komisyon, bazı tüzüklerde grup muafiyeti tanınan anlaşmalara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebilmesine imkan tanınması gerektiği,⁴²³ bazı tüzüklerde de rekabeti olumsuz etkileyebilecek hakem kararlarının muafiyetin geri alınmasına yol açacağı hususlarını⁴²⁴ vurgulamıştır.

Komisyonun daha ileriki tarihlerde bazı muafiyet kararlarında sözleşmedeki tahkim şartına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaksızın zımni bir onay verdiği⁴²⁵, bazı muafiyet kararlarında ise tarafların ilgili anlaşmaya tahkim şartı koymaları koşulunu eklediği anlaşılmaktadır. Örneğin, Komisyonun 1989 tarihli *UIP*⁴²⁶ kararında, bazı Amerikan film şirketlerinin oluşturduğu ortak girişim ile üye ülkelerdeki sinema gösterimcileri arasında gelecekte meydana gelmesi muhtemel uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak verilen tahkim taahhüdü sonrasında muafiyet tanınmış, tahkim taahhüdüne ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemelere karar ekinde yer verilmiştir.

⁴²² **Hrle**, J.: *International Arbitration and Competition Law* (Yüksek Lisans Tezi), Institute of Comparative Law, Faculty of Law, McGill University, (1999), s. 37

⁴²³ Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector. Komisyon daha sonra yayımladığı yeni tüzükte tahkim düzenlemesine yer vermemiştir. Bkz.: Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector,

⁴²⁴ Commission Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements, OJ L113 (1985); Commission Regulation (EEC) No 556/89 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of know-how licensing agreements, OJ L 061 (1989)

⁴²⁵ Bkz.: 91/38/EEC-KSB/Goulds/Lowara/ITT, OJ L 19 (1991)

⁴²⁶ 89/467/EEC-UIP, OJ L 226 (1989)

AB rekabet hukukunda Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmalara ilişkin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nün (Yoğunlaşma Tüzüğü)⁴²⁷ 6(2) ve 8(2) maddeleri uyarınca AB Komisyonu, bildirilen yoğunlaşma işlemi rekabetçi endişe yaratıyor ise taraflarca önerilecek değişiklikler sonrasında izin verebilmektedir. Bu değişiklikler, Yoğunlaşma Çözümleri Rehberinde⁴²⁸ 'çözümler'(*remedies*) olarak anılmaktadır.⁴²⁹

Yoğunlaşma Çözümleri Rehberinin 130. paragrafında, rekabetçi açıdan sorun bulunan yoğunlaşma işlemlerine izin verilebilmesi için AB Komisyonunca kabul edilebilir bulunacak davranışsal çözümlere (*behavioral remedies*) ilişkin taahhütlerin uygulanmasına yönelik uyuşmazlıkların hızlı bir biçimde çözülebilmesi için tahkim anlaşmasının genellikle zorunlu tutulabileceği ifade edilmektedir.⁴³⁰

Tahkim taahhüdü, yoğunlaşma işleminin yarattığı rekabetçi kaygıları gidermek üzere işlemi gerçekleştiren teşebbüsün AB Komisyonunca kabul edilen davranışsal çözümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde üçüncü kişilere tek taraflı olarak sunduğu bir taahhüttür.⁴³¹

Tahkim taahhütlerinin rekabetçi kaygıları etkin ve hızlı bir biçimde gidereceği düşüncesinin temelinde, söz konusu yoğunlaşma işleminden etkilenen rakipler, tedarikçiler ve dağıtıcıların davranışsal taahhütlerin gerçekte uygulanıp

⁴²⁷ **Yoğunlaşma Tüzüğü**, Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ L 24, 29.01.2004, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32004R0139> (Son Erişim: 27.12.2017)

⁴²⁸ **Yoğunlaşma Çözümleri Rehberi**, Commission Notice on Remedies Acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, 22.10.2008, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008XC1022\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008XC1022(01)) , Giriş para. 2.

⁴²⁹ Yoğunlaşma Tüzüğü'nün giriş bölümünün 30. paragrafında da bu ifadeye yer verilmiştir.

⁴³⁰ AB Komisyonu, geleneksel olarak yapısal çözümleri (*structural remedies*) tercih etmekte, ancak rekabetçi endişelerin giderilmesini aynı etkinlikte sağlayacak davranışsal çözümleri belirli koşullarla kabul edebilmektedir. Davranışsal çözümlerin etkinliğini sağlayacak koşullar arasında tahkim önemli bir yer tutmaktadır. Bkz.: **Fons**, Manuel P.: *Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control*, 49 CMLR 1915 (2012), s. 1916-1917.

⁴³¹ **Fons**, s. 1917.

uygulanmadığını en iyi tespit edecek konumda olmaları ve Komisyonun aksine, hakem kurullarının belirli bir ifaya zorlama da dahil olmak üzere geçici hukuki tedbirlerle pazardaki aksaklığa doğrudan müdahale edebilme gücünün bulunması yatmaktadır.⁴³²

Bunlara ek olarak, yoğunlaşan teşebbüsler açısından rekabete aykırı davranışları caydırıcı etkisi, mahkeme kararlarının aksine hakem kararlarının süratli biçimde verilebilmesi, hakem kararlarına karşı hukuk yollarının oldukça dar tutulması, uzman hakemlerin seçilebilmesi ve New York Sözleşmesi uyarınca küresel çapta uygulanabilir niteliği gibi genel avantajlar da bu taahhütlerin etkinliği bakımından önemli unsurlar olarak görülmektedir.⁴³³

Bu çerçevede, son yıllarda AB Komisyonuna sunulan çözüm önerilerinde tahkim taahhütleri yaygın bir biçimde yer almaktadır.⁴³⁴ Tahkim taahhütlerinin kabulü AB Komisyonunun 2001 yılındaki *Shell*⁴³⁵ kararından itibaren özellikle hava yolu ve medya sektörlerinde yaygınlaşmıştır.⁴³⁶

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde AB Komisyonunun rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda örtülü nitelikte görülse de olumlu bir tutum içinde olduğunu söylemek mümkündür.⁴³⁷

⁴³² Emanuele/Molfa/D'Elia, s. 446.

⁴³³ Fons, s. 1920; Emanuele/Molfa/D'Elia, s. 460.

⁴³⁴ Emanuele, Ferdinando/Molfa, Milo/D'Elia, Pierantonio: *EU Merger Remedy Arbitration: Key Features And Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award*, 2013 Int'l Bus. L.J. 445 (2013), s. 446.

⁴³⁵ Case No COMP/M.2389 – Shell/DEA, OJ L 15, 21.01.2003.

⁴³⁶ Zekos, *Competition Arbitration*, s. 24, dn. 110.

⁴³⁷ Gospodinov, s. 47-48; Gharavi, s. 186,188. Ayrıca Bkz.: Baudenbacher/Higgins, s. 2

III. Yargı Kararları

ABAD içtihadına bakıldığında, rekabet kurallarının tahkime elverişliliği kavramının açıkça tartışılarak hükme bağlandığı bir dava göze çarpmamaktadır. ABAD'ın konuya yaklaşımı, *Nordsee*,⁴³⁸ *Almelo*,⁴³⁹ *Eco Swiss*⁴⁴⁰ ve *CDC*⁴⁴¹ davalarından üstü örtülü bir biçimde dolaylı olarak çıkarılabilmektedir.⁴⁴² Bu içtihadı *Genentech*⁴⁴³ kararının eklenmesiyle AB Hukukunda rekabet kurallarının tahkime elverişliliği konusunda önemli bir yargısal birikim meydana geldiği söylenebilir.

Rekabet uyuşmazlığı ile ilgili olmayan *Nordsee* davasında ABAD, tahkim heyeti tarafından AB mevzuatına uygunluk tartışmasının çözümlenmesini teminen bir ön karar (*preliminary ruling*) verilmesi için yapılan başvuruyu reddetmiştir. Her ne kadar 1966 tarihli *Vaasen*⁴⁴⁴ kararında, Hollanda'da kurulu bulunan daimi tahkim divanının ön karar başvurusunu kabul etmiş olsa da, ABAD, şu gerekçeye dayanarak *Nordsee* davasında farklı karar vermiştir:

Bu olaydaki tahkim süreciyle ilgili üye devlet mahkemeleri vasıtasıyla ortaya çıkan hukuki yaptırım sistemi arasındaki bağ, hakemlerin 177. madde anlamında Üye Devlet mahkemesi olarak kabul edilmesine yetecek derecede yakın değildir. Eğer sözleşmede öngörülen bir tahkim sürecinde Topluluk hukukuna ilişkin tartışmalar ileri sürülmüş ise, hukuk mahkemelerine, ya

⁴³⁸ *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, ECLI:EU:C:1982:107.

⁴³⁹ *Gemeente Almelo et al. v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, ECLI:EU:C:1994:171.

⁴⁴⁰ *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

⁴⁴¹ *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Evonik Degussa GmbH and Others*, ECLI:EU:C:2015:335

⁴⁴² *Zekos*, *Competition Arbitration*, s. 20.

⁴⁴³ *Genentech Inc. v. Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2016:526.

⁴⁴⁴ *Vaasen v. Bearmbtenfonds Mijnbetrlif*, ECLI:EU:C:1966:39. Bkz.: **Gharavi**, s. 191

*tahkim mahkemeleriyle olan işbirliği bağlamında, özellikle de belirli usuli konularda yardım etmek veya uygulanacak hukuku yorumlamak için veyahut tahkim kararının hukuki denetimi sürecinde bu hususları incelemesi için başvurulabilir.*⁴⁴⁵

ABAD'ın bu kararında, AB mevzuatının tahkim yargılamasında uygulanması sorununun *second look* doktrini çerçevesinde tahkim kararlarının ilgili yargı yerlerince gözden geçirilmesi sırasında çözümlenmesi gerektiği düşüncesi öne çıkmaktadır.

Almelo kararı, Hollanda'daki bölgesel elektrik dağıtıcıları ile aralarında Almelo Belediyesinin de bulunduğu yerel dağıtıcılar arasındaki uyuşmazlığın rekabet kuralları çerçevesinde çözülmesini isteyen yerel dağıtıcıların talebini reddeden hakem kararının Arnhem Bölgesel Temyiz Mahkemesinde itirazen incelenmesi sırasında mahkemece ABAD'a yapılan ön karar başvurusu üzerine alınmıştır. Söz konusu karar, tahkim süreci ile Komisyon tarafından yürütülen idari soruşturmanın eş zamanlı yürümüş olması bakımından da ilgi çekicidir.

Hollanda'daki Yerel dağıtıcılar, tahkim sürecini başlatmadan önce Komisyona şikayet başvurusunda bulunmuştur. Komisyon tarafından yerel dağıtıcıların ithalat ve ihracat yapmalarını yasaklayan anlaşmanın 21. maddesinin RA'nın 85.maddesini (TFEU 101 m.) ihlal ettiğine ilişkin bir karar verilmiş,⁴⁴⁶ ABAD İlk Derece Mahkemesince⁴⁴⁷ Komisyon kararının iptali talebi reddedilmiş ise de ABAD tarafınan bu karar bozulmuş⁴⁴⁸, bozma üzerine verilen ikinci kararda

⁴⁴⁵ *Nordsee v Reederei*, para.13-14

⁴⁴⁶ 91/50/EEC-IJsselcentrale and others, OJ L 028 (1991), s. 32

⁴⁴⁷ *Rendo and Others v Commission* ECLI:EU:T:1992:109.

⁴⁴⁸ *Rendo and Others v Commission*, ECLI:EU:C:1995:339.

Komisyon kararı iptal edilmiştir.⁴⁴⁹ Tüm bu dava sürecinde Komisyon ya da ABAD tarafından tahkim sürecine ilişkin olarak aksi yönde herhangi bir görüş belirtilmemiştir.

İncelemeye konu ön karar davasında verdiği kararda ABAD, üretici şirketler arasındaki anlaşmaların yığılmalı etkisiyle yerel dağıtıcıların diğer Üye Ülkelerden elektrik temin etmesini engellemek suretiyle Hollanda ulusal pazarını bölünmüş hale getirdiğini belirterek bu durumun RA'nın 85. maddesinde belirtilen türde bir rekabet kısıtlaması teşkil ettiğini hükme bağlamıştır.⁴⁵⁰ ABAD, RA'nın 177. maddesi uyarınca ön karar için başvuru yetkisi bakımından yukarıda değinilmiş bulunan *Vaasen* ve *Nordsee* kararlarına atıfla tahkim kararlarını inceleyen ulusal mahkemelerin bu yetkiyi kullanabileceğini vurguladıktan sonra şu tespiti yapmıştır:

*Bir tahkim kararına karşı ulusal hukuk uyarınca itirazda bulunulan bir Üye Devlet mahkemesi, kararını tahkim anlaşması gereği hakkaniyet ilkesi çerçevesinde veriyor olsa da Topluluk hukukunun kurallarını, özellikle de rekabetle ilgili olanları uygulamalıdır.*⁴⁵¹

Bu tespit, ABAD'ın daha 1990'lı yıllarda rekabet kurallarının tahkime elverişliliği konusuna üstü kapalı olsa da olumlu yaklaştığını, hatta ulusal mahkemelere tahkim kararlarında Topluluk rekabet kurallarının uygulanıp uygulanmadığını re'sen denetleme görevi verdiğini ortaya koymaktadır.

⁴⁴⁹ *Rendo and Others v Commission*, ECLI:EU:T:1996:189.

⁴⁵⁰ *Gemeente Almelo et al. v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, ECLI:EU:C:1994:171, para.36-39. Mahkeme, somut olayda karşılaşılan türde anlaşmaların hakim durumun kötüye kullanılması halini oluşturacağına işaret etmiş ancak bölgesel dağıtıcıların benzer davranışları bağlamında birlikte hakim durum oluşup oluşmadığına ilgili ulusal mahkemenin karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.

⁴⁵¹ *Gemeente Almelo et al. v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, para.23

AB hukuku bakımından kilometre taşı niteliğindeki *Eco Swiss*⁴⁵² kararında ABAD, yukarıda yer verilen içtihadı ışığında tahkim yargılamalarında rekabet kurallarının uygulanması sorununu ele almıştır. Dava, 1986 yılında İtalyan orijinli Benetton Group SpA'nın Hollanda iştiraki olan *Benetton International NV* (*Benetton*) ve Amerikan *Bulova Corp. (Bulova)* ile Hong Kong merkezli saat üreticisi *Eco Swiss China Time Ltd. (Eco Swiss)* arasında imzalanan ve tahkim şartı ile birlikte *Eco Swiss* ile *Bulova* arasında pazar paylaşımı öngören bir hüküm de içeren marka lisansı anlaşmasının 1991 yılında Benetton tarafından bitirilmesi üzerine meydana gelmiştir.

Uyuşmazlık, Hollanda Tahkim Enstitüsü (*Nederlands Arbitrage Instituut*) tarafından yapılan tahkim yargılaması sonucunda çözüme bağlanmış, ancak RA 81. maddesine açıkça aykırı olan pazar paylaşımı maddesi ne uyuşmazlık tarafları ne de tahkim heyetince gündeme getirilmiştir. *Benetton* aleyhine tazminata hükmedilen tahkim süreci sonunda *Benetton*, hakem kararına itirazını Gravenhage mahkemesine yapmış, rekabet kurallarına aykırılık iddiası ilk kez bu mahkemede ileri sürülmüştür.

Gravenhage mahkemesinin red kararı üzerine kararın taşındığı Lahey Bölge Mahkemesinin tahkim kararının icrasının durdurulmasını kabul etmesi üzerine *Eco Swiss* tarafından Hollanda Yüksek Mahkemesinde temyize başvurulmuş, konu Hollanda Yüksek Mahkemesince ön karar için ABAD'a sunulmuştur.⁴⁵³

ABAD, her ne kadar etkin bir tahkim süreci için tahkim kararlarının yargısal denetiminin dar kapsamda olması ve iptal ya da tanımanın reddi durumunun istisnai hallerde mümkün olması gerekir ise de, tüm Üye Devletler tarafından kabul edilen

⁴⁵² *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

⁴⁵³ Bkz. **Zekos**, G. I.; *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV: Court's Intervention in Arbitration (Eco Swiss)*, 17 J. Int'l Arb. 91 (2000), s. 91-92

New York Sözleşmesinin V(1)(c) ve (e) maddeleri uyarınca kamu düzenine aykırı tahkim kararlarının tanınması ve tenfizinin reddedilebileceğini, RA'nın 85. maddesinin de Topluluğun işleyişini etkileyen türde bir kamu düzeni kuralı olduğunu, Topluluk kurallarının yeknesak uygulanmasının sağlanması bakımından ulusal mahkemelerin RA'nın 85. maddesini uygulayabilmesi gerektiğini vurgulayarak şu önemli tespiti yapmıştır:

*İç hukuktaki usul kurallarının ulusal kamu düzeni kurallarına aykırılık nedeniyle iptali emrettiği durumlarda tahkim kararının iptali için başvuru ulusal mahkeme, ilgili karar gerçekten RA'nın 85. maddesine aykırı ise iptal kararı vermelidir.*⁴⁵⁴

Önceki içtihatla birlikte *Eco Swiss* kararının, tamamen sözleşmeye dayalı olarak kurulan tahkim mahkemelerinin ABAD'a ön karar için başvurularını engellediğinden dolayı hakemleri güç durumda bıraktığı ileri sürülmekte⁴⁵⁵ ise de, ABAD'ın kararında yer alan tespit ve gerekçeler rekabet kurallarının tahkim yargılamasındaki yeri ve uygulanma biçimine dair bazı sorunlara yanıt vermektedir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, ABAD, *Eco Swiss* kararıyla prensip olarak rekabet kurallarının tahkime elverişliliğini açıkça tartışmaksızın dolaylı bir biçimde kabul etmektedir.⁴⁵⁶

Diğer yandan, *Eco Swiss* kararıyla tahkim kararlarının yargısal denetimini yapan ulusal mahkemelere tahkim kararlarında AB rekabet kurallarının uygulanıp uygulanmadığını denetleme görevi de verildiğinden hakemlerin AB rekabet

⁴⁵⁴ *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, para.41

⁴⁵⁵ *Baudenbacher/Higgins*, s. 3

⁴⁵⁶ *Ragazzo/Binder*, s. 179; *Gospodinov*, s. 50, *Zekos, Competition Arbitration*, s. 20

kurallarını uygulama hakkı bulunduğu teyit edildiği gibi, re'sen uygulama zorunluluğu dolaylı bir biçimde ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁷

Eco Swiss kararını önemli kılan hususlardan birisi de, tahkim kararlarının yargısal denetiminin dar kapsamlı tutulması anlayışına dayanan *minimalist* inceleme yaklaşımının ABD yargısında olduğu gibi ABAD tarafından da büyük oranda benimsemiş olmasıdır.⁴⁵⁸ Bununla birlikte, kararın dili ve kompozisyonu göz önüne alındığında ABAD tarafından kesin ve tartışmasız biçimde *minimalist* yaklaşımın uygulanmasını desteklediği sonucu da çıkarılmamalıdır. *Eco Swiss* kararıyla tahkim kararlarının yargısal incelemesinde somut olayın özelliklerini ve rekabet uyumsuzluğunun karmaşıklığını göz önüne alan dengeli bir yaklaşımın işaret edildiği sonucuna ulaşmak mümkündür.⁴⁵⁹

Eco Swiss kararı ertesinde ABAD tarafından rekabet uyumsuzluklarının tahkimine ilişkin başkaca bir karar vermemiştir.⁴⁶⁰ Bu sessizlik süreci, *CDC*⁴⁶¹ kararı ile son bulmuştur. *CDC* kararı, taraflardan birinin doğrudan doğruya rekabet kurallarını ihlal ettiği sözleşmelerden doğan tazminat taleplerinin çözümünde tahkim yönteminin uygulanıp uygulanamayacağı konusunun tartışıldığı bir karar olmuştur.⁴⁶² Hangi tür rekabet kurallarının tahkime elverişli olduğu tartışmasının incelendiği bir dava olan *CDC* davası, Komisyonun hidrojen peroksit karteline

⁴⁵⁷ Devine, M. B.: *The Arbitrability of US Antitrust and EU Competition Law Matters*, 2 Y.B. on Int'l Arb. 209 (2012), s. 219; OECD Secretariat, Key Findings, OECD, Competition Committee, Working Party N. 3, Arbitration and Competition DAF/COMP(2010)40, 2011, içinde, s. 7-17 <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> (Son Erişim:08.05.2017) s. 12; Zekos, *Eco Swiss*, s. 93; Ragazzo/Binder, s. 179.

⁴⁵⁸ Gospodinov, s. 160

⁴⁵⁹ Geradin, s. 18

⁴⁶⁰ Ason, s. 3, dn.9

⁴⁶¹ *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Evonik Degussa GmbH and Others*, ECLI:EU:C:2015:335.

⁴⁶² Geradin/Villano, s. 4

yönelik kararı⁴⁶³ ertesinde Almanya'nın Dortmund Bölge Mahkemesinde açılan tazminat davası sırasında bu mahkeme tarafından ABAD'a ön karar için yapılan başvuru ile ortaya çıkmıştır.⁴⁶⁴

Dortmund Bölge Mahkemesi, ön karar başvurusunda ABAD'a Komisyon kararı ertesinde açılan bir tazminat davasında diğer türlü uygulanması gereken yetki kurallarından kaçınmak üzere forum seçimi şartı ve tahkim anlaşmalarının uygulanmasına izin verilip verilemeyeceği sorusunu yöneltmiştir.⁴⁶⁵

ABAD, zarara uğrayan ilgili teşebbüs yetki kuralını kabul ettiği anda bu tür bir tazminat davasını öngöremeyeceğinden tüm uyuşmazlıkları kapsayacak biçimde geniş bir ifade ile düzenlenen forum seçimi şartının kartel olayları sonrası tazminat taleplerini kapsamayacağını hüküm altına almıştır. Bununla birlikte, ABAD'a göre:

*[Forum seçimine ilişkin] şart bir rekabet hukuku ihlali sonucunda ortaya çıkacak uyuşmazlıklara atıf yapıyor ve [ön karar için] başvuran Üye Devlet mahkemesi dışında başka bir Üye Devlet mahkemesini belirliyor ise 44/2001 sayılı Tüzüğün 5 ve 6. maddelerindeki özel yetki kurallarının göz ardı edilmesi sonucunu doğursa dahi [ön karar için] başvuran mahkeme yetkisizlik kararı vermelidir.*⁴⁶⁶

CDC kararının belki de en önemli yansıması, rekabet ihlallerine ve özellikle de kartellere bağlı olarak gündeme gelebilecek tazminat taleplerinin ilgili sözleşmede seçilen bir yerde görülebilmesi için konuyu düzenleyen forum seçimi şartının açıkça

⁴⁶³ 2006/903/EC, Hydrogen Peroxide and perborate, OJ 2006 L 353.

⁴⁶⁴ Davacı konumundaki Cartel Damage Claims (CDC) AB rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarını etkin bir biçimde yürütmek üzere kurulmuş bir şirket olup, tazminat talebi haklarını nominal ücret karşılığı satın alıp birleştirerek bireysel davalarda karşılaşılabilecek finansman sorunun ortadan kaldırmakta, davanın kazanılması durumunda kazanılan oranda ödeme yapmaktadır. Bkz.: **Goldsmith**, s. 17

⁴⁶⁵ CDC v. Evonik, para.14

⁴⁶⁶ CDC v. Evonik, para.71; **Goldsmith**, s. 21

rekabet ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara atıf yapması gerekliliğinin ABAD tarafından kabul edilmesidir. ABAD, her ne kadar CDC kararında tahkime elverişlilik konusunda yine açık bir yargıda bulunmamış ise de forum seçimi şartına ilişkin bu sınırlayıcı yaklaşımın rekabet uyuşmazlıklarında tahkimin gelişimini olumsuz etkileyip etkilemeyeceği tartışılmaktadır.⁴⁶⁷ Diğer yandan, anlaşmalarda yer alan forum seçimi şartıyla tahkim şartının aynı kefeye konmuş olması da yazarlarca eleştirilmektedir.⁴⁶⁸

Gerçekten, CDC kararındaki muğlak ifadeler, kartel kaynaklı uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği bakımından ulusal mahkemelerce aslında uygulanacak ulusal hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi gereken “konu bakımından yetki” (*ratione materiae*) tartışmasının Brüksel I Tüzüğü’nün⁴⁶⁹ 23. maddesi kapsamında yorumlanmasına yol açması ihtimali bulunmaktadır.⁴⁷⁰ Nitekim *Kemira*⁴⁷¹ davasında Amsterdam Temyiz Mahkemesinin bu eğilimi hayata geçirdiği görülmektedir.

AB hukuku bakımından en yeni içtihat niteliğindeki *Genentech*⁴⁷² kararında ABAD, Paris Temyiz Mahkemesince ön karar başvurusuyla sunulan davada patent lisansı kullanıcısı *Genentech*’in patent sahibi Hoechst’e tazminat ödemesini öngören tahkim kararının TFEU’nun 101. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmemesi gerektiği yönünde bir hüküm vermiştir. ABAD, ön karar sürecinde tek hakemin lisans anlaşmasını Alman hukuku ışığında yorumlayarak vardığı sonucu incelemek gibi bir görevi bulunmadığını belirttikten sonra TFEU 101(1) maddesinin

⁴⁶⁷ **Nazzini**, s. 79

⁴⁶⁸ Bkz.: **Goldsmith**, s. 22 dn. 52

⁴⁶⁹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, (2001). Tüzüğü’nün “Kapsam” başlıklı 1. maddesinde tahkimin kapsam dışında olduğu açıkça belirtilmiştir.

⁴⁷⁰ **Nazzini**, s. 72,79.

⁴⁷¹ *Kemira Chemicals v CDC Project*, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006

⁴⁷² *Genentech Inc. v. Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2016:526.

yürürlükteki bir lisans anlaşması uyarınca anlaşmanın geçerlilik süresi boyunca prim ödeme zorunluluğunu engelleyecek biçimde yorumlanamayacağını kararlaştırmıştır.⁴⁷³



⁴⁷³ *Genentech v. Hoechst*, para.38, 43

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK)⁴⁷⁴ kabul edilmesinden önceki dönemde iç hukuktaki tahkime ilişkin düzenlemeler, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK)⁴⁷⁵ yer almakta idi. İç hukuktaki tahkimi düzenleyen mülga HUMK hükümleri ile uluslararası tahkimi düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁴⁷⁶ hükümleri arasında önemli farklılıklar bulunmakta iken HMK'nın kabul edilmesiyle bu asimetri önemli ölçüde giderilmiştir.⁴⁷⁷

Uluslararası ticaretin hızlı gelişimi ve bu alanda tahkimin yaygınlaşması ile birlikte uluslararası alanda yoğunlaşan uyumlaştırma çabalarını dikkate alan kanun koyucu HMK'daki hükümleri UNCITRAL Model Kanunu ve bu model kanunu esas alan MTK ile uyumlu hale getirmeye yönelmiştir. Söz konusu uyumlaştırma çabası doğrultusunda HMK'da tahkime ilişkin hükümler düzenlenirken, UNCITRAL Model Kanununu büyük oranda Türk hukukuna adapte eden MTK'daki düzenlemeler esas alınmıştır.⁴⁷⁸ Böylelikle Türk hukukunda sadece milletlerarası tahkim değil, iç tahkim hükümleri de gelişen milletlerarası tahkim ihtiyaçlarına uygun hale gelmiştir.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ RG: 04.02.2011, 27836.

⁴⁷⁵ RG: 02, 03, 04.07.1927, 622, 623, 624.

⁴⁷⁶ RG: 05.07.2001, 24453.

⁴⁷⁷ **Özbay/Korucu**, s. 6; **Yeşilirmak**, Ali: *Legal Framework, Arbitration in Turkey*, (Yeşilirmak, Ali/Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s. 3.

⁴⁷⁸ **Özbay/Korucu**, s. 21; **Yeşilirmak**, s. 3.

⁴⁷⁹ **Akıncı**, Ziya: *Neden İstanbul Tahkim Merkezi? (Neden İstanbul)* 8 Journal of Yaşar University, 79 (Özel Sayı), (2013), s. 86.

Tahkime elverişlilik konusunda çeşitli ülkelerin mevzuatında belirli bir gruptaki/nitelikteki konular için tahkime izin verilmesi ya da belirli konular bakımından tahkimin yasaklanması biçiminde iki tür temel yaklaşım bulunduğu, bazı ülkelerin ise ya bu konuda hiçbir tanımlama yapmadığı yahut belirsiz bir çerçeve çizdiği görülmektedir.⁴⁸⁰

Tahkime elverişliliğe ilişkin tutarlı ve belirgin bir hukuki çerçeve çizilememesinin nedeni, yargısal içtihadın yetersizliği değil, tahkime elverişlilik kavramının uyuşmazlık kategorileri bazında ve yer yer tahkimin geliştirilmesi amacına yönelik istisnalar çerçevesinde ele alınmasıdır.⁴⁸¹ Bu yüzden tahkim uygulamasının muhtemel zayıflıkları ve kararların olası isabetsizliği penceresinden bakılmaksızın öncelikle uyuşmazlığın konusunun devlet yargısı dışında çözülmesinin kavramsal olarak mümkün olup olmadığı irdelenmelidir.⁴⁸²

Bu bölümde, ilk olarak Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği kavramının sınırlarını çizen yasal düzenlemeler, uluslararası antlaşmalar ve ilgili yargı kararları incelenerek, tahkime elverişliliğe ilişkin hukuki çerçeve ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır. Daha sonra, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine yönelik çekinceler Türk hukuku bakımından ele alınacak ve tahkime elverişlilik bakımından ileri sürülen olumsuz tezlerin geçerliliği değerlendirilecektir. Son olarak tahkime elverişliliğin tespit edilmesi çeşitli alternatifler bakımından ele alınarak tahkim yargılamasında, uyuşmazlığın esasına ilişkin davalarda, iptal, tanıma ve tenfiz davalarında tahkime elverişlilik tartışmaları ele alınacaktır.

⁴⁸⁰ Weigand/Baumann, s. 44-45.

⁴⁸¹ Morgan, Edward, *Contract Theory and the Sources of Rights: An Approach to the Arbitrability Question*, 60 S. Cal. L. Rev. 1059, (1987), s. 1062. Krş.: Balssen, Eda Cerrahoğlu/Kınıkoğlu, Efe: *Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability*, Arbitration in Turkey (Yeşilırmak, Ali /Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s. 45.

⁴⁸² Morgan, s. 1067.

§1. MEVZUAT VE YARGI KARARLARI

Türk hukukunda ulusal ve uluslararası ticari tahkime ilişkin iki ayrı kanunda özel düzenlemeler bulunduğundan kanun koyucu tarafından düalist⁴⁸³ bir model tercih edildiği görülmektedir.⁴⁸⁴ Ne var ki, tahkime elverişlilik kavramını düzenleyen MTK'da ya da HMK'da söz konusu kavramı somutlaştırmaya yardım edecek herhangi bir tanım bulunmamaktadır.

Doktrinde, genel olarak tahkime elverişliliğe ilişkin “geçerli mevzuat uyarınca bir uyuşmazlığın usule uygun ve nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenebilmesi”⁴⁸⁵, “ tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime taşıma konusundaki irade özerkliğinin bittiği ve hassas kamusal çıkarların başladığı alan”⁴⁸⁶, “bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenemeyeceği”⁴⁸⁷, “hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceğini hangilerinin tahkime tabi olmadığını belirleyen bir kavram”⁴⁸⁸ biçiminde tanımlar verilmektedir.

Yukarıdaki tanımların ortak unsurları uyuşmazlık taraflarının bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkime ilişkin ortak iradeleri ve bu iradeleri sınırlayan kamu düzeni müdahalesidir.⁴⁸⁹ Bu çerçevede tahkime elverişlilik, uyuşmazlıkların çözümünü devlet yargısından tahkim yargısına taşımaya yönelik sözleşme

⁴⁸³ Monizm ve düalizm temel olarak bir hukuk sisteminde uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi tanımlayan kavramlardır. Monizm yaklaşımı, özellikle uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğu anlayışıyla uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında bir ayrım olmadığı, yargıçların dilediklerinde uluslararası hukuka dayanabilecekleri görüşünü kabul ederken dualizm yaklaşımı uluslararası hukukla iç hukukun doğaları gereği ayrı oldukları anlayışıyla uluslararası kuralların ulusal hukukta kabul/onay mekanizması çerçevesinde hüküm ifade edeceği görüşünü kabul etmektedir. Bkz.: **Strong**, Stacie, I.: *Monism and Dualism in International Commercial Arbitration: Overcoming Barriers to Consistent Application of Principles of Public International Law*, University of Missouri Legal Studies Research Paper Series, No. 2012-39 <http://ssrn.com/abstract=2189905> s. 3.

⁴⁸⁴ **Akıncı**, *Arbitration Law*, s. 15; **Balssen/Kınıkoğlu**, s. 37.

⁴⁸⁵ **Balssen/Kınıkoğlu**, s. 43.

⁴⁸⁶ **Özbay/Korucu**, s. 7.

⁴⁸⁷ **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 261; **Huysal**, s. 12.

⁴⁸⁸ **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 38.

⁴⁸⁹ **Huysal**, s. 13. Krş.: **Weigand/Baumann**, s. 44.

özgürlüğünün tahkim yerinin kamu düzeni kurallarınca sınırlanmasıyla ilgili bir kavram olarak nitelendirilebilir.

Anayasanın 90(5) maddesi uyarınca Türkiye tarafından “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir.*” Ayrıca kanunlardan farklı olarak milletlerarası antlaşmaların Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz. Bu anayasal düzenlemeler nedeniyle Türkiye’nin taraf olduğu New York ve Avrupa Sözleşmeleri Türk hukukunun bir parçası durumunda olduğu gibi, herhangi bir tereddüt ortaya çıktığında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴⁹⁰ (MÖHUK) m. 1 uyarınca öncelikli olarak uygulanacaktır.⁴⁹¹

Nitekim Yargıtaya göre de, “*milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan düzenledikleri alan içinde özel hüküm niteliğinde sayılacağından... yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi konusunda New York sözleşmesinin uygulanması gerekmektedir.*”⁴⁹²

Buna ek olarak, Yargıtay, 2015 tarihli bir kararında:

“...sözleşmede ihtilaf halinde uyuşmazlığın Londra’da tahkim yolu ile çözüleceği ve İngiliz Hukuku’nun uygulanacağına dair tahkim şartının bulunduğu... uyuşmazlığa Bakanlar Kurulu’nun 15/08/1991 tarih 91/2151 sayılı kararı ile onaylanarak 25/09/1991 tarih 21002 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve bu suretle Anayasa’nın 90/5. fıkra 1.cümle, HMK’nın 33 ve

⁴⁹⁰ 27.11.2007 tarih, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG: T. 12.12.2007 tarih, S. 26728.

⁴⁹¹ **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 320. “Uygulanması MÖHUK’nun 1. maddesinin 2. fıkrası ile saklı tutulan New-York sözleşmesi Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, kanun hükmünde olup, derdest davalara uygulanmalıdır.” Yargıtay HGK, 15.04.1998, E.1998/19–256 K.1998/279. **Büyükalp**, s. 2026.

⁴⁹² Yargıtay HGK, 05.05.1999, E.1999/15–235 K.1999/273

5718 sayılı MÖHUK'nın 1/2.fıkrası gereğince iç mevzuatımıza dahil edilmiş olan ve öncelikle uygulanması gereken Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Konvansiyonu hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği...”⁴⁹³

gerekçesini benimseyerek yabancılık unsuru taşıyan ancak MÖHUK kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda New York Sözleşmesinin öncelikle uygulanacağını açık bir biçimde ortaya koymuştur.

I. Kanuni Düzenlemeler ve Kanun Hükümlerinin Yorumlanması

A. HMK ve MTK’da Yer Alan Düzenlemeler

HMK’nın tahkime ilişkin hükümleri, ilgili tahkim anlaşmasında tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen ve MTK’ya tabi olmayı gerektirecek bir yabancılık unsuru barındırmayan uyuşmazlıklarda uygulanır.⁴⁹⁴

HMK’nın 408. maddesinde, “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede, yabancılık unsuru barındırmaması nedeniyle iç hukuka tabi bulunan uyuşmazlıklar bakımından taşınmazlara ilişkin aynı haklar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konular tahkime elverişli olmadığından bu kapsamdaki tahkim anlaşmaları geçersiz olacaktır.

Benzer biçimde MTK’nın 1. maddesinde yer alan “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın*

⁴⁹³ Yargıtay 11. HD, E.2015/7064, K.2015/9348.

⁴⁹⁴ Özbay/Korucu, s. 5; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 23.

iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz” hükmü uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar açısından tahkime elverişliliğin sınırlarını çizmektedir.⁴⁹⁵

Yukarıda yer verilen her iki hükümde de rekabet hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin olarak açık bir yasaklama söz konusu olmadığından rekabet hukukuna dayalı uyuşmazlıkların ilgili taraflarca üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir nitelik taşıyıp taşımadığının tartışılarak sonuca ulaşılması gerekir.

HMK ve MTK’da yer alan “*iki tarafın iradelerine tabi olmayan*” ifadesi lafzen yeterince açık görünmekle birlikte irade özerkliği ilkesinin sınırlarının belirlenmesi ve bu bağlamda rekabete ilişkin uyuşmazlıklarda da geçerli olup olmayacağı anılan ifadenin doğru bir biçimde yorumlanmasıyla mümkün olacaktır.⁴⁹⁶

B. HMK ve MTK’daki Ortak Düzenlemenin Yorumlanması

Türk hukukunda irade özerkliği ilkesine sınırlama getiren “*iki tarafın iradelerine tabi olmayan*” düzenlemesinin rekabet uyuşmazlıkları bakımından tahkime elverişliliğe engel teşkil edip etmediği sorusuna, kanunun özü/ruhu bulunarak amaçsal yorum çerçevesinde yanıt aranmalıdır.

Kanunun bir hükmü yorumlanırken ilgili norm bağımsız olarak değil kanunun genel sistematiği dikkate alınarak mantıksal ilişki ve anlam bütünlüğü içinde bir değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁹⁷ Zira tüm hukuki kurumlar içsel bir bağlamda “*hukuk düzeninin birliği*” olarak da adlandırılan bir bütünlüğün parçası durumundadır.⁴⁹⁸ Bu

⁴⁹⁵ **Kalpsüz**, (s. 28), MTK m.1(4)’de yer alan bu hükmün taşınmazlar bakımından yalnızca kanunun uygulama alanını düzenlediğini ve bu cihetle tahkime elverişlilikle ilgili olmadığını ancak iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar ifadesinin tahkime elverişlilik ölçütü olduğunu savunmaktadır. **Akıncı**, (*Milletlerarası Tahkim*, s. 77) ise her iki kavramın tahkime elverişlilik ölçütü olduğu görüşündedir.

⁴⁹⁶ **Uluç**, s. 47.

⁴⁹⁷ **Oğuzman/Barlas**, s. 72.

⁴⁹⁸ **Heper**, Altan: *Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler*, Ankara Barosu Dergisi, 2012-1, s. 77.

çerçevede, HMK ve MTK'nın yasama süreçlerine, hükmün konuluş amacına (*ratio legis*) ve yorumun yapıldığı zamana ilişkin koşul ve ihtiyaçlara bakılması uygun olacaktır.⁴⁹⁹

1. Yasama Süreçleri

Her iki temel yasa bakımından yasama süreçleri incelendiğinde, yasa koyucunun iradesinin tahkimin etkin bir biçimde işletilmesi yönünde olduğu, uluslararası metinler ve güncel gelişmelerin yasa koyucu tarafından öncelikli referans olarak kabul edildiği, milli-milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farklılıkların önlenmek istendiği görülmektedir.

MTK'nın genel gerekçesinde küreselleşen dünya ticaret ve yatırım ortamının tahkimi uluslararası alanda en cazip ve vazgeçilmez bir uyuşmazlık çözüm yolu haline getirdiği ifade edilmiş, taraf olunan uluslararası antlaşmalara rağmen Türk hukukunda eksik bulunan düzenleme ihtiyacının UNCITRAL Model Kanunu ışığında “*karşılaştırmalı uluslararası tahkim hukukundaki çağdaş anlayış, gelişme ve ilkeler esas alınarak*” giderilmesinin hedeflendiği vurgulanmıştır.⁵⁰⁰

Benzer biçimde, HMK'nın genel gerekçesinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usul ve esasları

⁴⁹⁹ Oğuzman/Barlas, s. 72-75.

⁵⁰⁰ MTK Genel Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (Son Erişim:12.12.2017), s. 1.

*düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir.*⁵⁰¹

MTK tasarısının Komisyon raporları ve Genel Kurul müzakerelerinde 1. maddedeki tahkime elverişliliğe ilişkin bir tartışmaya rastlanmamaktadır. HMK tasarısında da benzer şekilde bu konu üzerinde bir tartışma bulunmamakta ve fakat MTK'ya atıf yapılarak aynı hükmün korunduğu ifade edilmektedir.⁵⁰² MTK, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun ilgili hükümleri de dikkate alınarak hazırlanmıştır.⁵⁰³ Ancak, UNCITRAL Model Kanunu tahkime elverişlilik konusunda sessizdir.⁵⁰⁴

Bu çerçevede, öncelikli olarak tahkime elverişlilik konusunda *iki tarafın iradelerine tabi olma* kavramını hukukumuza dahil etmiş bulunan mülga HUMK'a mehzaz oluşturan İsviçre Neuchatel Kanton hukukundan ortak *Concordat*'a⁵⁰⁵ ve oradan da modern ZPO'ya⁵⁰⁶ alınan “ tarafların üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklar” ölçütüne verilen anlam çerçevesinde hükmün konuluş amacına bakılmalıdır.

⁵⁰¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu , (*HMK Tasarısı*) s. 9 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (Son Erişim: 11.12.2017) Genel gerekçede ayrıca, 21/6/2001 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilirken iç hukuktaki tahkim kuralları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bir arada değerlendirilmemesi nedeniyle UNCITRAL Model Kanunu hükümlerinin mülga HUMK kapsamına alınmadığı, bu suretle birbirinden farklı tahkim hükümlerinin uygulanmaya başlandığı, bu esnada Almanya, Hollanda ve İtalya'da tahkim kurallarının milli ve milletlerarası tahkim arasında bir ayırım yapılmaksızın tek bir kanun içinde düzenlenerek tekdüze tahkim hukuku oluşturulduğu vurgulanmaktadır.

⁵⁰² **HMK Tasarısı**, s. 119.

⁵⁰³ **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 56.

⁵⁰⁴ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 338.

⁵⁰⁵ Inter-Cantonal Concordat on Arbitration of 27 March 1969 (Konkordat vom 27 März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit).

⁵⁰⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/201801010000/272.pdf> (Son Erişim: 02.12.2017)

2. Hükümün Konuluş Amacı

Hükümün konulmasının yasa koyucu tarafından hedeflenen amacının genel gerekçe ve madde gerekçesinden çıkarılması mümkündür. HMK'nın genel gerekçesinde; “dünyada pek çok ülkenin milletlerarası ve millî tahkim için esas aldığı UNCITRAL Tahkim kuralları”nın Türk hukuku bakımından da benimsendiği ifade edilmekte, bu şekilde irade özerkliği kavramının uluslararası ölçütlere uygun yorumlanması gerekliliğine işaret edilmektedir.⁵⁰⁷ Gerçekten de, MTK'nın hazırlık çalışmalarının milletlerarası tahkimin çağdaş gereksinimlerine cevap verecek bir düzenleme ihtiyacından doğduğu, söz konusu Kanunun amaçlarından birinin Türkiye'yi bir tahkim merkezi yapmak olduğu belirtilmektedir.⁵⁰⁸

HMK'nın 408. maddesinin madde gerekçesinde *tarafların iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar* konusundaki tahkim yasağının hukukumuzda mülga HUMK'un 518 inci maddesi ile girdiği ve MTK'nın 1. maddesine alındığı, bu yüzden HMK'da da korunduğu ifade edilmektedir.⁵⁰⁹ Mülga HUMK'un 518. maddesi çerçevesinde iki tarafın iradelerine tabi olan hususların, tarafların sulh ve ibra yapabilecekleri konular olduğu doktrinde kabul edilmektedir.⁵¹⁰

Mülga HUMK'da yer almayan ancak HMK'nın 313. maddesinde yasal düzenlemeye kavuşan sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.⁵¹¹ İbra ise alacaklı ile borçlunun borçluyu ifa olmaksızın borçtan kurtarmak üzere

⁵⁰⁷ HMK Tasarısı, s. 9

⁵⁰⁸ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 56.

⁵⁰⁹ HMK Tasarısı, s. 119.

⁵¹⁰ Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 53; Balssen/Kınikoğlu, s. 45; Özbay/Korucu, s. 9-10.

⁵¹¹ Akil, Cenk: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi*, GÜHFD, C. XVI, S.4 (2012), s. 2.

yaptıkları bir sözleşmedir.⁵¹² Türk hukukunda sulh ve ibraya konu olabilecek uyuşmazlık türlerinin belirli ve sınırlandırıcı bir listesi bulunmamaktadır.⁵¹³ Doktrinde ve yargı kararlarında aile hukukundan kaynaklanan evliliğin iptali, nesebin reddi, babalık, boşanma gibi uyuşmazlıklarda, çekişmesiz yargı işlerinde ve cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işlerde irade özerkliği geçerli olmayacağından tahkime gidilemeyeceği benimsenmektedir.⁵¹⁴

Mülga HUMK’a mehzaz oluşturan İsviçre kanton hukunun bütünleşmiş formunu teşkil eden *Concordat*’a bakıldığında, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yasağının bulunduğu ve bu yasağın gerek HMK ve gerek MTK’ya aynen alınmış olduğu görülmektedir.

Mülga HUMK’a mehzaz teşkil eden Neuchatel Kantonu Usul Kanununun tahkime ilişkin hükümlerini ilga eden 1969 tarihli *Concordat*, 2011’de yürürlüğe giren modern ZPO tarafından yürürlükten kaldırılmış ise de “tarafların üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceği”⁵¹⁵ şeklindeki düzenleme İsviçre iç hukukundaki tahkim bakımından aynen korunmuştur.

İsviçre’de uluslararası niteliği bulunan uyuşmazlıklarda IPRG’nin 177. maddesi uyarınca parasal/finansal çıkarları ilgilendiren hususların tahkime elverişli olduğu hükme bağlanmıştır. Türkiye, İsviçre örneğinde olduğu gibi (ulusal-

⁵¹² Oğuzman/Öz, s. 544.

⁵¹³ Balssen/Kınıkoğlu, s. 45.

⁵¹⁴ Akıncı, *Arbitration Law*, s. 39; Özbay/Korucu, s. 10; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 77-91; Sarıtaş, Hatice; 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları, Sayıştay Dergisi, Sayı: 59, 2005, s. 145. Krş.: Bucher/Tschanz, s. 43.

⁵¹⁵ ZPO’nun, 354. maddesinin Almanca metni “*Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können*” biçimindedir.

uluslararası) ikili tahkim sistemine sahip olmasına rağmen her iki tahkim türü için de kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektiren tarafların özgür iradesine tabi olma testini kabul etmiştir.⁵¹⁶

İsviçre’de *Concordat*’ın modern tahkim uygulamalarına engel teşkil eden hükümlerini yürürlükten kaldıran ZPO, “irade özerkliği” ilkesinin üstünlüğünü kabul eden ve tahkim süreçlerine esneklik sağlayan liberal bir karaktere sahiptir.⁵¹⁷ İsviçre iç hukukundaki tahkime elverişlilik bağlamında tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar; hak sahibinin tam yetki ve kontrolü elinde bulundurduğu, özellikle de sulh yoluyla kısmen yahut tamamen feragat edebildiği haklar olarak değerlendirilmektedir.⁵¹⁸

Bu hakların neler olduğu konusunda Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi⁵¹⁹ taşınmaz kiralalarının tahkime elverişli olmadığı konusunda aynı fikirdedir. Ancak icra-iflas hukukundaki uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin Yargıtay⁵²⁰ çelişkili kararlar vermiş iken Federal Mahkeme⁵²¹ konuya olumlu yaklaşmaktadır.

Diğer yandan, Alman hukukunda, ZPO’nun 1030. maddesinde düzenlenen “finansal çıkar” ölçütüne uymayan konular için ikincil olarak yer verilen “tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar” ölçütünün konuluş amacının boşanma, aile içi ilişkiler, erişkinlerin vesayet altına alınmasına ilişkin durumlar gibi özellikle

⁵¹⁶ Huysal, s. 28-29.

⁵¹⁷ Jermini/Bernardoni, s. 17.

⁵¹⁸ Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 100; Poudret/Besson, s. 289.

⁵¹⁹ BGE 141 III 201

⁵²⁰ Yılmaz, Ejder: *Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı*, DEÜHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014, s. 542-543.

⁵²¹ Poudret/Besson, s. 307.

hassasiyet arz eden konulardaki özel çıkarların tahkim dışında tutulması olduğu belirtilmektedir.⁵²²

İsviçre hukukunda rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edildiğine ve hatta rekabet kurallarının kamu düzenine ilişkin kurallardan sayılmayacağına ilişkin Federal Yüksek Mahkeme kararlarına yukarıda değinilmişti.⁵²³ Burada gereksiz tekrardan kaçınmak bakımından İsviçre hukukunda olduğu gibi “ tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar” testini benimseyen Fransa’da da rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edildiği bununla birlikte AB rekabet kurallarının re’sen uygulanmamış olmasının iptal nedeni sayılmadığı vurgulanmalıdır.⁵²⁴

Bu çerçevede, mehz İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukuku bakımından da MTK ve HMK’da yer verilen “ tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar” kavramının rekabet kurallarının ihlaline dayalı hak uyuşmazlıklarını kapsadığı kanısındayız.⁵²⁵

3. Günümüz Koşul ve İhtiyaçları

Günümüz koşul ve ihtiyaçlarının doğru değerlendirilebilmesi için kanun metinlerine anlam yüklenirken uluslararası düzenlemeler ve uluslararası tahkim hukukundaki gelişmeler dikkate alınmalıdır. Bu konuda küresel ölçekteki eğilime bakıldığında, ulusal ve uluslararası mahkemelerin içtihadıyla tahkim kurumuna olan desteğin yaygınlaştığı, kamu düzeni kaygılarının önemini yitirmesiyle bundan

⁵²² **Baron/Liniger**, s. 37.

⁵²³ Bkz.: İkinci Bölüm, §4(II)

⁵²⁴ **Poudret/Besson**, s. 301.

⁵²⁵ Aynı yönde: **Güçer**, s. 220.

kaynaklanan istisnaların giderek azaldığı ve rekabet kurallarının tahkime elverişliliğinin yaygın biçimde kabul edildiği görülmektedir.⁵²⁶

Modern tahkim kanunlarının ve uygulamalarının günümüzde gelmiş olduğu noktada yargı kararlarındaki ve doktrindeki tartışmalar rekabet kurallarının tahkime elverişli olup olmadığı üzerinde değil hakemlerce doğrudan doğruya uygulanması gerekliliği üzerinde yoğunlaşmaktadır.⁵²⁷ Nitekim bu tartışmalar çerçevesinde özellikle de AB bakımından rekabet kurallarının hakemler tarafından re'sen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁵²⁸

C. RKHK'da Yer Alan Düzenlemeler

RKHK'da tahkim yargılamasına yönelik doğrudan doğruya bir düzenleme yer almamaktadır. RKHK'nın tazminat hakkını düzenleyen 57. maddesinde tazminat taleplerinin münhasıran adli mahkemelerde karara bağlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi 59. maddede zarar görenlerin kanıtları yargı organlarına sunabilecekleri ifade edildiğinden RKHK'nın maddi hükümleriyle yasaklanan rekabet ihlalinin varlığının da mahkemelerce tespit edileceği,⁵²⁹ bu çerçevede hakemler tarafından da incelenebileceği açıktır.⁵³⁰

RKHK'nın 58(2) maddesinde zararın üç katı oranında tazminata hakimin karar verebileceği düzenlenmiştir. Üç kat tazminat taleplerinin tahkime elverişliliği

⁵²⁶ **Born**, s. 430; **Di Brozolo**, s. 32; **Lew**, s. 260; **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 140; **Landi/Rogers**, s. 8; **Weigand/Baumann**, s. 47-48.

⁵²⁷ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 141; **Gharavi**, s. 198; **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 40; **Lew**, s. 260.

⁵²⁸ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 141; **Hrle**, s. 130; **Zekos**, *Competition Arbitration*, s. 20.

⁵²⁹ **Gürzumar**, Osman Berat: *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi*, *Rekabet Dergisi*, S. 12, (2002), s. 41; **Narbay**, Şafak/**Kesici**, Buğra: *Rekabet Hukukunun İhlâlinde Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 1 (2015), s. 209; **İnan**, Nurkut: *Rekabet Hukuku Uygulamasında Adli Mahkemelerin Rolü*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, s. 615.

⁵³⁰ **Ayhan**, s. 211; **Güçer**, s. 220.

tartışmasına ileride §2(III)(B)(4)’de değinilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki; anılan hükümde düzenlenen üç kat tazminat taleplerinin tahkim yoluyla çözülmesinin önünde RKHK bakımından bir engel bulunmadığı kanısındayız.

Diğer yandan, görülmekte olan bir davada hukuki sorumluluktan kurtulmak için davalı tarafça RKHK m. 56 ve/veya Borçlar Kanunu m. 27 uyarınca ileri sürülen geçersizlik savunması karşısında rekabet ihlalinin mevcut olup olmadığına karar verme yetkisi de mahkemelerde olduğundan⁵³¹ hakemler tarafından da karara bağlanması mümkündür.

RKHK’nın 56. maddesinde düzenlenen “geçersizlik” RKHK m. 4 kapsamındaki anlaşma ve kararların “hukuka aykırı ve yasak” olma halinin sonuçlarını açıklamak üzere RKHK’nın “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” başlıklı beşinci kısmına alınmıştır. Ancak, Borçlar Kanunu m. 27’de düzenlenen kesin hükümsüzlük kavramı ile RKHK m. 56’daki geçersizlik kavramının birbirinden farklı olmadığı ifade edilmelidir.⁵³² Tahkime elverişlilik bağlamında RKHK m. 56’ya ayrı ve özel bir anlam yüklenmesinin nedeni 4. madde ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin muafiyet sistemi getiren 5. madde ile olan bağıdır. RKHK m. 56’da düzenlenen geçersizliğin türü, özellikle RKHK’nın mülga 10(1) maddesi uyarınca bildirim zorunluluğunun bulunduğu dönemde ciddi tartışma konusu olmuştur.⁵³³

Geçersizliğin türüne ilişkin tartışmalar bu çalışmanın hedef ve kapsamını aşacağından RKHK m. 5’te yer alan muafiyet rejiminin tahkime elverişliliğe olan etkisine odaklanılacaktır. Bu çerçevede, RKHK’da yer alan ve Rekabet Kurumuna

⁵³¹ İnan, s. 592;

⁵³² Aynı yönde: Aksoy, s. 36.

⁵³³ Ayrıntılı literatür için bkz.: Sanlı, *Özel Hukuk*, s. 18, dn. 34.

münhasıran yetki vermesi nedeniyle tahkime elverişlilik engeli oluşturduğu ileri sürülen⁵³⁴ düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.⁵³⁵

II. Uluslararası Sözleşmeler ve UNCITRAL Model Kanunu

Gerek sistematik gerek esas açısından bakıldığında MTK ve HMK'nın düzenlenmesinde UNCITRAL Model Kanununun esas alındığı, 2011'de yürürlüğe giren HMK'nın MTK'ya göre daha güncel ve tahkimi destekleyen düzenlemeler içerdiği görülmektedir.⁵³⁶

Bu bağlamda, tahkime elverişli iş ya da uyuşmazlıkların neler olduğu, rekabet uyuşmazlıklarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda mehzaz UNCITRAL Model Kanunu ışığında Türkiye'nin usulünce kabul ederek yürürlüğe koyduğu uluslararası antlaşmalar olan New York Sözleşmesi ve Avrupa-Cenevre Sözleşmesindeki düzenlemelere bakılmalıdır.

A. New York Sözleşmesi

Tahkime elverişlilik kavramı, hakem kararı sonrasında bu kararların tanınması ve tenfizine engel oluşturan unsurlar arasında m. V(2)(a)'da sayılmıştır.⁵³⁷ Buna göre, tanıma veya tenfiz talebini inceleyen ilgili devlet mahkemesi, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığını kendi hukukuna (*lex fori*) göre

⁵³⁴ **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 43; **Huysal**, s. 259; **Güçer**, Sülün: *Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları*, 25 BATİDER 205, (2009), s. 220.

⁵³⁵ Bkz. aşağı. §2(II)(B)

⁵³⁶ **Özbay/Korucu**, s. 21;

⁵³⁷ **Born**, s. 422. New York Sözleşmesi'nin I(3) maddesindeki ticari tahkim çekincesi imkanının tahkime elverişlilikle ilişkili olduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: **Di Pietro**, Domenico: *Arbitrability Under the New York Convention*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, içinde, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, s. 88.

inceleyip karara bağlayacaktır.⁵³⁸ Ancak anılan maddede tahkime elverişliliğin belirlenmesine ilişkin herhangi somut bir düzenleme bulunmamaktadır.

New York Sözleşmesinin II. maddesinde, tahkime konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması hali hakem kararı öncesinde adli mahkemede açılan davalarda yapılan tahkim itirazına bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve dolayısıyla mahkemelerin yetkisine yönelik karar verecek olan adli mahkemeler bakımından emredici bir kural olarak düzenlenmiştir.⁵³⁹ Bu anlamda New York Sözleşmesinin m. II(1) hükmünde taraf devletlere tahkime elverişli bir konuyla ilgili tahkim anlaşmalarının tanınmasına yönelik bir zorunluluk getirilmekte,⁵⁴⁰ madde II(2)'de tahkim anlaşmasının yazılı olma şartına değinildikten sonra madde II(3)'de tahkim anlaşması geçersiz, etkisiz veyahut uygulanamaz olmadıkça adli mahkemelerin yetkisizlik kararı vererek uyuşmazlığı tahkime göndermesi öngörülmektedir.⁵⁴¹

Ne var ki, hakem kararı öncesi evrede tahkime elverişlilik kavramına atıfta bulunulan II. maddede tahkime elverişlilikle ilgili somut ölçüt getiren bir düzenleme ya da tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku belirleyen bir hüküm bulunmadığından⁵⁴² tahkime elverişli konuların ne olduğu ve bunların hangi hukuka göre tespit edileceği hususu tamamen ülke mahkemelerinin uygulamalarına bırakılmış, bu durum ise uygulamada tereddütlere neden olmuştur.⁵⁴³

Bu çerçevede, New York Sözleşmesinin II ve V. maddeleri arasındaki ilişki bağlamında farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. II. maddedeki tahkime elverişlilik

⁵³⁸ Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 100; Arfazadeh, s. 85.

⁵³⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 189-190.

⁵⁴⁰ Allison, s. 388; Di Pietro, s. 91.

⁵⁴¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 190; Allison, s. 388.

⁵⁴² Poudret/Besson, s. 283.

⁵⁴³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 190; Di Pietro, s. 91-92.

bakımından asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun⁵⁴⁴ veyahut hakem kararının tenfiz yeri hukukunun⁵⁴⁵ uygulanması gerektiği görüşü ile V. maddedeki *lex fori* kuralının II. madde bakımından da uygulanmasının doğru olduğu görüşü⁵⁴⁶ doktrinde dile getirilmektedir. Ancak tahkim yeri hukukunun uygulanmasını ulusal mahkemeler⁵⁴⁷ ve tahkim kurulları⁵⁴⁸ büyük çoğunlukla tercih etmektedir.⁵⁴⁹

Öte yandan, II ve V. maddelerdeki düzenlemelerin farklı yaklaşımlara yol açmasını önlemek bakımından söz konusu maddelerdeki tenfiz engellerinin kamu düzeni kavramının içinde eridiğini açık yahut zımni bir biçimde kabul ederek bir uzlaşma noktası arayan mahkeme kararları ve yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁵⁰

Sonuç olarak New York Sözleşmesinde tahkime elverişliliğin belirlenmesine ilişkin herhangi somut bir ölçüt yer almadığı, konunun ulusal hukuklardaki düzenlemelere bırakıldığı ifade edilmelidir.⁵⁵¹ Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun ele alındığı Dördüncü Bölüm’de New York Sözleşmesi bakımından tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk tartışmasına tekrar dönülecektir.

⁵⁴⁴ Hanotiau, s. 879.

⁵⁴⁵ Weigand/Baumann, s. 46.

⁵⁴⁶ Arfazadeh, s. 80; Sajko, Kresimir: *On Arbitrability in Comparative Arbitration - An Outline*, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 60(5), (2010).

⁵⁴⁷ Sajko, s. 967.

⁵⁴⁸ Lehmann, s. 758, dn.22.

⁵⁴⁹ Fortier, s. 275. ABD’de bazı Federal Mahkemeler New York Sözleşmesi’nin II. maddesinin uluslararası bir anlamda tahkime elverişlilik lehine yorumlanması gerektiği görüşüyle her iki yaklaşımın dışına çıkarak uluslararası hukuka işaret etmiştir. *Meadows Indemnity v. Baccala & Shoop Insurance Services*, 760 F Supp 1036, (EDNY 1991) Bkz.: Lew/Mistelis/Kröll, s. 191; Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 109, dn.7.

⁵⁵⁰ Bkz.: Allison, s. 391.

⁵⁵¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 456.

B. Avrupa-Cenevre Sözleşmesi

2. Dünya Savaşını izleyen Soğuk Savaş döneminde Avrupa ticaretini geliştirme amacı taşıyan⁵⁵² ve New York Sözleşmesinin temel prensipleri dışına çıkmayan Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin devletler ve diğer kamu kuruluşlarının tahkim anlaşması yapma ehliyetlerinin açıkça tanınması dışında New York Sözleşmesinin tamamlayıcısı konumundadır.⁵⁵³

Gerçekten Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin VI(2) maddesinde New York Sözleşmesinin V(2)(a) maddesindeki düzenlemeyle benzer biçimde taraf ülke mahkemelerinin tahkime elverişliliği kendi hukuklarına göre (*lex fori*) değerlendirerek tanıma ve tenfiz taleplerini reddedebilecekleri belirtilmiştir.⁵⁵⁴ Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin VI(2) maddesinde, New York Sözleşmesinin II. maddesindeki geçerlilik analizi uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla genişletilmiş ancak tahkime elverişliliğin ölçütleriyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁵⁵⁵ Bu çerçevede tahkime elverişlilik ölçütleri bakımından Avrupa-Cenevre Sözleşmesi de sessiz kaldığından konu ulusal düzenlemelerde çözüme kavuşacaktır.

C. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanununun hakem kararlarının iptal nedenlerini düzenleyen 34. maddesi, esas olarak New York Sözleşmesinin tanıma ve tenfiz engellerini düzenleyen V. maddesinden alınmış olup, söz konusu maddede Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin IX. maddesinde de aynen benimsenen tanıma ve tenfiz

⁵⁵² Lew/Mistelis/Kröll, s. 22; Koral, Rabi: *Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme*, 30 İÜHFM 745 (1964), s. 747.

⁵⁵³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 70; Koral, s. 749.

⁵⁵⁴ Lehmann, s. 756-757.

⁵⁵⁵ Poudret/Besson, s. 283.

engelleri dışında bir iptal nedeni kabul edilmemektedir.⁵⁵⁶ Ancak, UNCITRAL Model Kanununda New York Sözleşmesinden farklı olarak tahkime elverişliliğe ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi, 1(5) maddesinde ilgili devletin kanunlarının tahkime elverişli veyahut elverişsiz konuların tespiti bakımından etkileme iradesi de bulunmamaktadır.⁵⁵⁷

Sonuç olarak vurgulamak gerekir ki, uluslararası antlaşmalarda tahkime elverişliliğe ilişkin açık bir ölçüt yahut kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır.⁵⁵⁸ Tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemeye başvuru kararının verildiği yahut tanıma/tenfizinin isteneceği devletin kendi iç hukukunun bir meselesi olarak kamu düzeni ölçütü çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.⁵⁵⁹ Bu konuda uluslararası antlaşma ve yardımcı metinlerin rolü tamamen tarafsız görünmekte olduğundan tahkime elverişliliğin tanımı çeşitli ulusal hukuklara göre yapılacak ve bu durumda tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağı sorunu kritik öneme sahip olacaktır.⁵⁶⁰

III. Yargı Kararları

Yargıtay içtihadında tahkime elverişlilik konusunun genel bir ilke olarak münhasıran kamu düzeni perspektifinden ele alındığı, kamu düzeni kurallarından sayılan düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına

⁵⁵⁶ **Explanatory Note** by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>, (Explanatory Note) para.46-47.

⁵⁵⁷ **Mistelis**, s. 11.

⁵⁵⁸ **Mourre**, s. 19.

⁵⁵⁹ **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 456.

⁵⁶⁰ **Poudret/Besson**, s. 283

karar verildiği görülmektedir.⁵⁶¹ Bu çerçevede, Yargıtay, tahkime konu uyuşmazlıkların türlerine göre kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmedeği hususunu analiz ettikten sonra bazı uyuşmazlık türleri bakımından tahkime elverişsizlik sonucuna varmıştır. Bu durum doktrinde yazarlarca değinilen bazı Yargıtay kararlarından açıkça gözlenmektedir. Örneğin, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar,⁵⁶² Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıkları,⁵⁶³ iş hukuku uyuşmazlıkları,⁵⁶⁴ taşınmaz kira ve tahliye uyuşmazlıkları,⁵⁶⁵ sermaye şirketlerinin genel kurulları ve ortaklar kurulu kararlarına ilişkin uyuşmazlıklar,⁵⁶⁶ aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar,⁵⁶⁷ iflas hukuku uyuşmazlıkları⁵⁶⁸ konu bazında tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar olarak öne çıkmaktadır.

Yargıtayın kamu düzeni kaygılarına dayalı olarak tahkime elverişliliğe yaklaşımını uyuşmazlıkların münhasıran HUMK'a tabi olduğu dönem, MTK'nın yürürlüğe girişiyle başlayan ikili dönem ve nihayet HMK'nın yürürlüğe girişiyle başlayan modern dönem olarak üç kısımda incelemek yargı kararlarının gelişimini izlemek bakımından yararlı olacaktır.

Yargıtay kararları incelenirken rekabet kurallarına aykırılık nedeniyle oluşacak tazminat taleplerinin haksız fiile dayalı tazminat talebi olarak kabul edildiği

⁵⁶¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 267.

⁵⁶² Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 262; Huysal, s. 213-214. Ayrıca bkz.: Yargıtay 15. HD, 18.03.1986, E.1985/3919, K.1986/1044 ve 08.10.1998, E.1998/3612, K.1998/3775. Diğer taraftan, mahkemelerin tapu siciline tescil yoluyla aynı güç kazanan şahsi haklara ilişkin yetkisinin münhasır olduğu fakat taşınmazlara ilişkin talep tamamen şahsi bir hakka ilişkin ise bu durumda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinden söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz.: Erkan, Mustafa: *Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki (Münhasır Yetki)*, SÜHFD C.20, S.1, 2012, s. 16.

⁵⁶³ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 262-263, dn. 465.

⁵⁶⁴ Huysal, s. 206-211; Balssen/Kınikoğlu, s. 45; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 40.

⁵⁶⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 79; Huysal, s. 132-144.

⁵⁶⁶ Balssen/Kınikoğlu, s. 45. Akıncı, (*Milletlerarası Tahkim*, s. 81-82) doktrin ve yargı kararlarında ortaklık sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilebileceği görüşünün baskın olduğunu belirtmektedir.

⁵⁶⁷ Karadağ, İzzet: *Ulusal (İç) Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 85.

⁵⁶⁸ Akıncı, *Arbitration Law*, s. 39; Balssen/Kınikoğlu, s. 46.

hususunun da ayrıca göz önüne alınması gereklidir.⁵⁶⁹ Bununla birlikte, taraflar arasında daha önceden akdedilmiş bir sözleşme olmaksızın örneğin rakiplerin oluşturduğu kartel sebebiyle veyahut pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün dışlayıcı eylemleri nedeniyle zarar gören bir rakibin bu zararlara ilişkin talebinin tahkime götürülmesine yönelik bir tahkim anlaşmasının bulunması beklenmez.⁵⁷⁰

A. Münhasıran HUMK'un Uygulandığı Dönem

UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak modern gereksinimlere göre hazırlanan MTK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılı öncesinde ticari uyuşmazlıkların tahkiminin münhasıran HUMK hükümlerine tabi olduğu dönemde Yargıtay'ın tahkime elverişliliğe “kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar” genel ilkesi içinde yaklaştığı görülmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunca (İBGK) 1972 tarihinde tahkime elverişlilik konusunda şu tespit yapılmıştır:

*Gerçek veya tüzel kişiler, kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıklarının hakem eliyle çözülmesi için tahkim anlaşması yapabilirler. Bu akit serbestisinin tabii bir sonucu olup, Borçlar Kanunu'nun 19 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516. maddeleriyle mümkün kılınmıştır.*⁵⁷¹

Yargıtay, bazı uyuşmazlık türlerinin tahkime elverişliliği hususunu yetki (*jurisdiction*) kurallarının kamu düzenine ilişkin olması gerekçesine

⁵⁶⁹ Aksoy, M. Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2002, s. 45; Bolatoğlu, Hilmi: *Turkey, International Competition Litigation* (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr), KluwerLaw International, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 734.

⁵⁷⁰ Nazzini, s. 75.

⁵⁷¹ Yargıtay İBGK, 23.10.1972, E.1972/2, K.1972/12

dayandırmıştır.⁵⁷² Yargıtayın bu yaklaşımı tahkim anlaşmasının geçersizliği sorunuyla -münhasır yetki kurallarına bağlı olarak- tahkime elverişlilik sorununu ayıran⁵⁷³ New York Sözleşmesi ve MTK hükümleri çerçevesinde uygulanacak hukukun tespitinde pratik farklılıklar doğurmaktadır.⁵⁷⁴ Çünkü mülga HUMK ve yürürlükteki HMK tahkime elverişlilik konusunu irade özgürlüğü unsuru bağlamında bir kanunlar ihtilafı sorunu olarak ele almakta iken yetki sorunu tamamen Türk hukukuna göre çözülecektir.⁵⁷⁵

Yargıtay 1974 tarihli bir kararında⁵⁷⁶ tahkime elverişliliğin kapsamını ciddi biçimde daraltıcı şu gerekçeyi öne sürmüştür:

Taraflar birleşerek bu koşulun gerçekleşmediği biçimde taksimi (sulh yoluyla) sağlayabilirse de maliklerin rızalarının birleşmediği durumlarda hakem kararıyla bir tarafa bu zararlı sonucu benimsetme kuralın amacına aykırı olur...O halde taşınmaz malların aynen taksimi yolunda paydaşlar arasında yapılan tahkim sözleşmesi geçersizdir.

Tarafların sulh olabilecekleri bir konuda kamu düzeninden bahisle tahkime elverişsizlikten söz edilmesi oldukça tartışmalı bir yaklaşımdır. Örneğin, taşınmaz kiralardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına yönelik

⁵⁷² Yargıtay HGK, 03.07.1974, E.1972/5-1450, K.1972/810. Kararda, “yasa koyucu böylece kat malikleri arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözmekle görevli mercii belli etmiştir. Kat maliklerinden birinin borç ve yükümünü yerine getirmemesinden dolayı zarar gören ortağın açacağı davaya bakmaya görevli makam anagayrimenkulün bulunduğu yer Sulh Mahkemesidir. 634 sayılı Yasanın sözü geçen 33. maddesi hükmü buyurucu nitelik taşımaktadır” denmektedir.

⁵⁷³ Bkz.: **Özel**, Sibel: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması” (Tahkim Sözleşmesi), 23 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 303, 323 (2017), s. 317.

⁵⁷⁴ **Özel**, Kanunlar İhtilafı, s. 56. Krş.: **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 193.

⁵⁷⁵ **Huysal**, s. 347. Krş.: **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 193.

⁵⁷⁶ Yargıtay 4. HD, 14.05.1974, E.1973/2094, K.1974/2496

kararlar⁵⁷⁷ da bu türden tartışmalı bir yaklaşımı içermekte ve doktrinde eleştirilmektedir.⁵⁷⁸ Yargıtay, ticari işletme kiralarna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul etmiştir.⁵⁷⁹ Ancak taşınmaz kiralarna ilişkin bu negatif yaklaşımın zayıfların korunması ilkesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.⁵⁸⁰ Ne var ki, pozitif hukukta engelleyici bir hüküm yok iken hakemler tarafından bu ilke doğrultusunda hukuka uygun biçimde karar verilebilme imkanının hiçbir biçimde dikkate alınmayarak kategorik bir reddetme eğilimi içinde olunması hatalı bir tercihtir.⁵⁸¹ Bu tercih, aslında toplumun temel değerlerini ve kurulu sistemini korumaya dönük bulunan kamu düzeni kavramının sınırlarının zorlanması anlamına gelmektedir.

Yargıtayın 1978 tarihli bir kararında da *“bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın kamu düzenine ilişkin olmayan konularda anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümlenmesini mahkemeler yerine özel kişilere bırakmaları mümkündür”* denilerek tahkime elverişlilik ölçütünün kamu düzeni kavramı olduğu vurgulanmıştır.⁵⁸² Buna benzer pek çok kararda da Yargıtay tarafından kamu düzeni kavramının temel ölçüt olarak kullanıldığı, emredici kurallara aykırılık kavramının

⁵⁷⁷ Örn. bkz.: Yargıtay HGK, 15.04.1987, E.1986/3-413, K.1986/325. Kararda “..gene kamu düzenine ilişkin bulunan konularda gayrimenkul kiralarnın tesbitinde olduğu gibi hakeme gidilemez” denmektedir.

⁵⁷⁸ **Akinci**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 265; **Huysal**, s. 137-139; **Erkan**, *Münhasır Yetki*, s. 27, dn. 59.

⁵⁷⁹ Yargıtay 11. HD, 13.02.2001, E. 2000/10659, K. 2001/1904.

⁵⁸⁰ **Akinci**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 265; **Huysal**, s. 132.

⁵⁸¹ **Huysal**, s. 135-136. Gerçekten Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, “en azından, taşınmazlara ilişkin kira ihtilâfları Brüksel I Tüzüğü’nde olduğu gibi münhasır yetkiden değildir.” Bkz.: **Erkan**, *Münhasır Yetki*, s. 22.

⁵⁸² Yargıtay 15. HD, 26.12.1978 tarih, E. 1978/2090. K. 1978:2486. Bkz.: **Akinci**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 266.

da kamu düzeni kavramıyla eşdeğer biçimde tahkime elverişlilik ölçütü kabul edildiği görülmektedir.⁵⁸³

1986 tarihli bir kararında,⁵⁸⁴ o tarihte yürürlükte olan HUMK'un 519. maddesi uyarınca tahkime elverişlilikle ilgili uyuşmazlıkların mahkeme tarafından çözüleceğini vurgulayan Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın taşınmaz mülkiyetinin intikalini gerektirdiğinden aşağıdaki gerekçeyle kamu düzeninden sayılan bir emredici kurala aykırılık bulunduğu ve bu nedenle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir:

..Tapu kayıtlarında yapılacak intikaller ancak tarafların tapu memuru huzurunda verecekleri takrirler veya mahkeme kararları ile mümkün olduğu kabul edilmiştir. Kanun'un gerek metin gerekse ruhu itibariyle ve ısrarla koyduğu bu kuralın kamu düzeni ile ilgili olduğu açıkça görülmektedir. Herşeyden önce kuralın emredici nitelik taşıdığı ortadadır...O halde, kamu düzeni ile ilgili olan taşınmaz mülkiyetinin intikali sonucunu doğuran nizanın çözümü hakkında tahkim şartı HUMK.'nun 518. madde hükmü gereğince geçersiz olduğu..

Yargıtay 1987 tarihli bir kararında⁵⁸⁵, kamu düzeni kaygılarının en önemli gerekçelerinden olan emredici kuralların layıkıyla uygulanmayacağı düşüncesini ortaya koymuş ve buna ilişkin çareleri *second look* doktriniyle paralel bir anlayışla yapılandırarak hakemlerin kamu düzenine ilişkin kuralları uygulayabileceğini kabul etmiştir. Avukatlık ücretinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime

⁵⁸³ Yargıtay 13. HD, 25.12.1995 tarih, E. 1995/10533, K. 1995/11673 sayılı karar. Ayrıca bkz.: **Huysal**, s. 115'de verilen Yargıtay 4. HD, 14.05.1974 tarih, E. 1973/2094 K. 1974/2496 sayılı karar.

⁵⁸⁴ Yargıtay 15. HD, 18.03.1986, E.1985/3919, K.1986/1044. Ayrıca bkz.: Yargıtay 15. HD, 08.10.1998, E.1998/3612, K.1998/3775

⁵⁸⁵ Yargıtay HGK, 15.04.1987, E.1986/3-413, K.1986/325

elverişsiz olduğuna yönelik içtihadından⁵⁸⁶ söz konusu kararla ayrılan Yargıtay HGK'nın şu gerekçeleri dikkat çekicidir:

Esasen bizatihi avukatlık ücret sözleşmesinin de kamu düzenine taalluk eden bir kamu [düzeni kuralı] olduğu da gözden uzak tutulmamaktadır. Gene kamu düzenine ilişkin bulunan konularda gayrimenkul kiralarının tesbitinde olduğu gibi hakeme gidilemez. Ancak olayda avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar sözleşme ile hakemin uygulayacağı kuralları belirlemişlerdir. Bu kurallar yukarıda özetlendiği şekilde Avukatlık Kanununun avukatlık ücretine ilişkin ilkelerine ters düşmemektedir. Hakem dahi uyuşmazlığı Avukatlık Kanununun amir hükümlerine uygun olarak çözümlemek zorundadır. Hakem tarafından esas hakkında tesis olunacak hüküm kamu düzenini ihlal ettiği takdirde esas yönünden Yargıtayın denetimine tabi tutularak karar bu nedenle bozulabilecektir.

Bu kararda Yargıtay, ilke olarak kamu düzeni kurallarına tabi bir konunun da tahkim anlaşmasına konu olabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.⁵⁸⁷ Yargıtay, tahkim anlaşmasında kamu düzenini ilgilendiren kuralların hakemler tarafından uygulanacağını kararlaştırılmış olmasını hakem kararlarına yönelik güvensizliği ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirmiştir. Ayrıca *second look* doktrini çerçevesinde hakem kararının nihai olarak yargı denetiminden geçeceği de vurgulanmış ve sonuç olarak avukatlık ücretine dair tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir.

⁵⁸⁶ Örn. bkz.: Yargıtay 13. HD, 16.04.1974, E.1974/439, K.1974/923

⁵⁸⁷ Huysal, s. 117.

Huysal, *second look* doktrininin milli-milletlerarası tahkim ayrımı yapılmaksızın kabul edilmiş olmasını sakıncalı görmekte ve Yargıtayın bu yaklaşımını eleştirmektedir.⁵⁸⁸ İç hukuktaki kamu düzeni anlayışıyla uluslararası/uluslarüstü kamu düzeni arasındaki farklılıkların uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkimi bakımından yaratacağı sakıncalara dayalı bu eleştirinin haklı yönü bulunsa da, kamu düzenine bağlı tahkime elverişlilik kalkanının daha tahkim süreci başlamadan kullanılması yerine iptal davası sırasında tartışılması hem tahkim uygulamalarının hem ilgili yargı içtihadının zenginleşmesine imkan tanıyacaktır. HMK'nın kabulüyle birlikte milli-milletlerarası tahkim ayrımı pratik olarak ortadan kalktığı için tahkime elverişlilik bakımından adli yargının müdahalesini en aza indirerek tahkim mahkemelerinin yetkisinin (*competence-competence*) benimsenmiş olması tahkim kurumunun etkinliği bakımından olumlu ve önemlidir.

Diğer yandan, tahkime elverişlilik konusunda mahkemelerin erkenden müdahalesi yoluyla sonradan iptal veyahut tenfiz davasında ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önleneyeği ve bu şekilde gereksiz zaman ve para kaybının önlenebileceği düşüncesi hakem kararlarında en az risk anlayışına dayanmakta ise de tahkim mahkemelerinin kararın tenfiz edilebilirliğini yegâne ölçüt almaması gerektiği de kabul edilmektedir. Bu nedenle tahkim mahkemelerinin ulusal hukukları ve ulusal mahkemeleri evrensel ilke ve standartları benimsemeye zorlayan rolleri de gözden kaçırılmamalıdır.

⁵⁸⁸ Huysal, s. 119.

Nitekim modern tahkim düzenlemeleri ve bazı gelişmiş ülke mahkemelerinin yargı kararlarıyla⁵⁸⁹ kamu düzeni kavramı giderek devletlerin ulusal hukuklarındaki subjektif bağlamından koparak “hukukun temel prensipleri”⁵⁹⁰ ve “ilgili devletin en temel ahlak ve adalet kavramları”⁵⁹¹ gibi uluslararası ve objektif ölçütler çerçevesinde anlam kazanmaktadır.⁵⁹² Bu çerçevede “*ortak bir demokratik toplum anlayışı ve insan hakları rejimine ilişkin kurallardan oluşan bir düzeni ifade ettiği*” belirtilen Avrupa Kamu Düzeni kavramı son yıllarda gündeme gelen bir örnek olarak verilebilir.⁵⁹³

Yargıtayın kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlık anlayışının sınırları zıt içtihat nedeniyle belirsizliğini sürdürmüştür. Örneğin, avukatlık ücretine dair uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu yönündeki içtihat⁵⁹⁴ yukarıda yer verilen HGK kararına rağmen elverişsiz olduğu yönündeki içtihatla⁵⁹⁵ yan yana durmaya devam etmiştir. Konu nihayet kanun koyucunun müdahalesiyle çözüme kavuşmuştur. 10.05.2001 gün ve 24398 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 167. maddesi değiştirilerek avukatlık ücretinden kaynaklanacak uyuşmazlıkların ilgili baro hakem heyetince çözüleceği hükme bağlanmıştır.

⁵⁸⁹ Bkz.: **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 458-459. Anılan çalışmada Türkiye, Çin, Japonya gibi ülke mahkemelerinin bu konudaki muhafazakar tutumları ayrıca eleştirilmektedir.

⁵⁹⁰ **Born**, s. 1193; **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 459

⁵⁹¹ **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 721.

⁵⁹² **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 175-176; **Huysal**, s. 177.

⁵⁹³ **Tekinsoy**, Özge Okay: *Avrupa Kamu Düzeni Kavramı*, HÜHFD, C.1, S.1 (2011), s. 67.

⁵⁹⁴ Yargıtay 4. HD, 29.01.1980, E.1979/10780, K.1980/991. Söz konusu kararın gerekçesinde “*Kural olarak, vekil ile müvekkil arasında düzenlenen avukatlık parası sözleşmesi konusunda çıkacak uyuşmazlıkların hakem eliyle çözümlenmesi taraflarca kararlaştırılabilir. Bu günkü mer’i ve mevzu hükümler arasında bunu önleyen bir hüküm yasalarda mevcut değildir. Hatta, uyuşmazlık meydana geldikten sonra dahi bunun hakem ya da hakemler eliyle çözülmesinin kararlaştırılmasına engel yoktur*” denilmektedir.

⁵⁹⁵ Yargıtay 13. HD, 25.12.1995, E.1995/10533, K.1995/11673.

Yasal düzenlemeyle getirilen bu zorunlu⁵⁹⁶ tahkim yolunun, isteğe bağlı tahkim konusunda Yargıtayın ısrarlı negatif tutumunun bir sonucu olduğunun söylenmesi kanımızca mümkün görünmektedir. Kanunun ne dediği ve hukukun ne olduğunu söylemekle görevli bulunan mahkemelerin hukuki denetimini yapan bir yüksek yargı organının çelişik kararlarının sonucunda konunun yasa koyucu tarafından düzenlenmesi pratik ve hukuk güvenliği ilkesine uygun bir durum değildir. Bu konunun önemini ortaya koyan değerlendirmesinde Yılmaz şu tespitleri yapmaktadır:

Çelişik kararların kesinleşmesinde Yargıtay'ın ağırlıklı rolü düşünüldüğünde, çelişkiyi gidermenin de Yargıtay'a düştüğü açıktır. Her ne kadar, hukuk davalarında ortaya çıkan tereddütlerin kanun koyucu tarafından kanun değişiklikleriyle ortadan kaldırılması mümkün ise de, “kanunların katılığı” (değiştirilmesindeki zorluklar) nedeniyle ortaya çıkan belirsizliklerin ve çelişkilerin kanun değişiklikleriyle yapılması, adalet açısından doğru bir yöntem değildir. Bazı konuların, hayatın değişen ve gelişen gerçekleri ve toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle mahkemelerce ve onların “üstü”nde yer alan Yargıtay’ca yönlendirilmesi, hiç tereddütsüz daha doğru bir yöntemdir.⁵⁹⁷

Yargıtay, münhasıran HUMK’un uygulandığı dönemde haksız fillerden⁵⁹⁸ ve sözleşmeye aykırılıktan ortaya çıkan zararlardan⁵⁹⁹ kaynaklanan tazminat taleplerinin

⁵⁹⁶ Bkz.: Yargıtay 4. HD, 17.06.2003, E.2002/14825 K.2003/8201.

⁵⁹⁷ Yılmaz, s. 544-545.

⁵⁹⁸ Yargıtay 15. HD, 09.05.1994, E.1994/408, K.1994/2970. Karar gerekçesinde Yargıtay “davalı yüklenici şirket vekili, sözleşmenin 40.maddesi uyarınca tahkim itirazında bulunmuş...davacı vekilinin temyizi üzerine dairemizce hüküm onanmış, davacı vekilince kararın düzeltilerek hükmün bozulması istenmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle Ankara 1.Asliye Ticaret Mahkemesinin 5.4.1991 gün ve 1991/146-150 sayılı olup kesinleşen

tahkime elverişli olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda aslında rekabet uyuşmazlıklarına dayalı taleplerin iki temel dayanağı olan haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukların tahkime elverişliliği Yargıtayca benimsenmiş bulunmaktadır.⁶⁰⁰

B. MTK'nın Yürürlüğü ile HMK'nın Yürürlüğü Arası Dönem

Modern tahkim uygulamalarına ve uluslararası antlaşmalara uyumluluk gösteren MTK'nın kabulünden sonra HUMK'un tahkime ilişkin hükümlerinin yürürlükte kalmasıyla ortaya çıkan ikili rejim, tahkim kurumunun sağlıklı işleyişi bakımından eleştirilen bir hukuki çerçeveye yaratmıştır.⁶⁰¹

MTK'nın 2001'de yürürlüğe girmesinden sonra uluslararası niteliği bulunan hakem kararlarının temyizi ve dolayısıyla esastan incelenme süreci ortadan kalktığından Yargıtayın tahkime elverişliliğe yaklaşımı da etkilenmiştir. Yargıtayın bu dönemde tahkime elverişlilik sınırlarını mümkün olduğunca daraltıcı yorum yaptığı dikkat çekmektedir.

Örneğin, bu dönemde kamu düzeni ve emredici kural ölçütlerine ek olarak genel ahlak ve kişilik hakları ölçütlerine değinilmiştir.⁶⁰² Diğer yandan, taşınmaz mülkiyetinin intikaline dair uyuşmazlıklar konusundaki kamu düzeni kaygıları anlaşılabilir olmakla birlikte taşınmaz kiralарının miktarına ilişkin uyuşmazlıkların da kamu düzeninden sayılmasına yönelik içtihat devam etmiştir.⁶⁰³

karar ile sözleşmedeki hakem şartının geçerli olduğu tesbit edilmiş bulunduğu göre davalı yüklenici şirket hakkındaki karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir” demektedir.

⁵⁹⁹ Yargıtay HGK, 01.02.1995, E.1994/11-465, K.1995/39.

⁶⁰⁰ Ayrıca bkz.: **Kalpsüz**, s. 34

⁶⁰¹ **Yeşilirmak**, s. 3.

⁶⁰² Yargıtay HGK, 19.03.2003, E.2003/15-142, K.2003/182.

⁶⁰³ Yargıtay 3. HD, 02.12.2004, E.2004/13018, K.2004/13409.

Öte yandan, MTK'nın yürürlüğe girişiyle birlikte yabancılık unsuru nedeniyle MTK'ya tabi bulunan uyuşmazlıklar bakımından MTK'da benimsenmiş bulunan *competence-competence*⁶⁰⁴ ilkesi doğrultusunda hakemlerin tahkime elverişlilik itirazlarını karara bağlama yetkilerinin Yargıtayca kabul edildiği görülmektedir.⁶⁰⁵ İç hukuka tabi uyuşmazlıklar bakımından Yargıtay, mülga "HUMK'un 519. maddesi gereğince tahkim itirazıyla karşılaşan mahkemenin öncelikle incelemesi ve değerlendirmesi gereken husus, tahkime temel teşkil edecek geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartının olup olmadığıdır" görüşündedir.⁶⁰⁶

2001 yılında verilen bir kararda Yargıtay rekabet yasaklarına bağlı uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini kabul etmiştir.⁶⁰⁷ Dava konusu olayda davalıların davacı taraf ile kurulan ortaklıktan ayrılarak sözleşmedeki rekabet yasağına aykırı biçimde rakip firmanın Türkiye temsilciliğini üstlenmeleri üzerine Avusturya Ticaret Odası Uluslararası Hakem Mahkemesince verilen kararın tenfizine dair mahkeme kararını onayan Yargıtay, RKHK'nın 4. maddesi kapsamında kalan rekabet yasağı düzenlemelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini ortaya koymuştur.

⁶⁰⁴ Hakem kurulunun önündeki olaya ilişkin olarak kendi yetkisinin var olup olmadığına dair karar verebilmesi ilkesi doktrinde bu şekilde adlandırılmaktadır. Bkz.: **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 252.

⁶⁰⁵ Yargıtay 15. HD, 27.6.2007, E.2007/2145, K.2007/4389. Anılan kararda Yargıtay şu tespiti yapmaktadır: "[MTK'nın] 7. maddenin H bendinde tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verme imkanı 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...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".

⁶⁰⁶ Yargıtay 15. HD, 25.12.2007, E.2007/429, K.2007/8164. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 15. HD, 17.11.2008, E.2008/5601, K.2008/6837.

⁶⁰⁷ Yargıtay 11. HD, 18.10.2001, E.2001/5995, K.2001/8030.

C. HMK'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem

2011'de HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra her ne kadar tahkim bakımından ikili model devam etmiş olsa da MTK ve HMK arasındaki asimetri giderilmiş, HMK'da modern gelişmeler görece daha özenli bir biçimde hukukumuzda alınmıştır. HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte milli-milletlerarası ayrımı olmaksızın hakem kararlarının temyizi ve dolayısıyla esastan incelenmesi durumu ortadan kalkmış, hakem kararlarına karşı yargı yolu olarak yalnızca iptal davası kabul edilmiştir.

Bu yeni dönemde Yargıtayın kamu düzeni anlayışını yumuşattığı, milletlerarası kamu düzeni kavramını tartıştığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 2015 tarihli bir kararında, kamu düzeninin zamandan zamana ve ülkeden ülkeye değişiklik gösteren dinamik bir kavram olduğunu, uluslararası kamu düzeni kavramının ulusal kamu düzeni kavramından daha dar bir anlam ifade ettiğini kabul etmektedir. Yargıtay anılan kararında şu tespiti yapmıştır:

*Kamu 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 sayılamaz.*⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Yargıtay HGK, 30.09.2015 tarih, E.2013/1847, K.2015/2020; Aynı tespitler için bkz.:Yargıtay 13. HD, 17.4.2012, E. 2012/8426, K.2012/10349 ve 13.11.2012, E. 2011/19737, K.2012/25406

Bu bağlamda, Yargıtay kararlarında kamu düzeni-emredici hukuk kuralı kavramlarının özdeş olarak kullanıldığından söz edilmesi mümkündür. Dolayısıyla, irade özerkliği ilkesinin emredici hukuk kurallarıyla çerçevesi çizilen kamu düzeni kavramıyla sınırlandırılmamış bulunan konularda geçerli olduğu görüşünün Yargıtayca benimsendiği görülmektedir.⁶⁰⁹

Belirtmek gerekir ki, emredici kuralların tamamı doğrudan doğruya kamu düzeninden sayılamayacağı⁶¹⁰ gibi tahkim hukuku bakımından tahkime elverişlilik kavramıyla kamu düzeni kavramı birbirine karıştırılmaması gereken kavramlardır. Tahkime elverişsiz olduğu kabul edilen bir konuda hakemlerin yargılama yapması mümkün olmadığından bu tür bir konuda verilen hakem kararı da mahkemece re'sen iptal edilecektir. Oysa bir hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi durumunda hakemler yeniden bir yargılama yaparak kamu düzenine aykırı olmayacak bir karar alabilirler.

Yargıtayın yakın tarihli kararlarında tahkime elverişlilik anlayışını değiştirdiği gözlenmektedir. Örneğin, Hukuk Genel Kurulu, vergi hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlığa ilişkin olarak 2012 tarihinde verilen bir kararda⁶¹¹ konunun tahkime elverişsiz olduğu iddialarını muteber bulmamış, hakem kararının vergi kanunlarından kaynaklanan kamu düzenini ihlal edip etmediği tespitine dayalı bir iptal nedeni bulunup bulunmadığının araştırılmasını istemiştir.

⁶⁰⁹ Huysal, s. 116.

⁶¹⁰ Ökçün, s. 9-10.

⁶¹¹ Yargıtay HGK, 08.02.2012, E.2011/13-568, K.2012/47. Kararda; “..vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında da uygulanıp uygulanmadığı, davalı itirazları ve dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporları ile tüm belgeler dikkate alınmak suretiyle, vergi hukuku konusunda uzman bilirkişinin de bulunduğu akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, olayda yabancı hakem kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” denmektedir.

Anılan kararda Yargıtayın, New York Sözleşmesinin doğrudan uygulanacağını belirttiği, vergi hukukuna dayalı kamu düzeni gerekçesiyle ileri sürülen tahkime elverişlilik itirazını dikkate almayarak yalnızca iptal unsurunun varlığını aradığı ve bu çerçevede *second look* yaklaşımını benimsediği görülmektedir.

Yargıtay tarafından 2016'da verilmiş olan bir kararda⁶¹² RKHK'dan kaynaklanan rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine olumlu bir yaklaşım ortaya konmuştur. Söz konusu dava, taraflar arasındaki 12.08.2003 tarihli lisans sözleşmesi çerçevesinde davalı şirketin sözleşmede kararlaştırılan lisans ücretlerini ödemekte temerrüde düşmesi, aynı sözleşmede kararlaştırılan münhasır yetki kuralını ihlal etmesi iddialarına dayanılarak sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca gidilen Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tahkim kurallarına göre verilen bir hakem kararının tenfizine ilişkindir.

Davalı taraf tenfiz davasında davacı tarafından Türk rekabet hukukunun emredici hükümlerinin ihlal edildiğini savunmuş, ancak Yargıtay bu itirazın tenfiz davasında dinlenebilecek bir husus olmadığına karar vermiştir. Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin 20(1) maddesine göre sözleşmeye İtalyan hukukunun uygulanması kararlaştırıldığından hakemlerin İtalyan hukukuna göre hükmünü verdiği, tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine veya kamu düzenine aykırı olacak şekilde usul hatası yapıldığına dair bir bulgu mevcut olmadığı gerekçeleriyle New York Sözleşmesi uyarınca hakem kararının tenfizine karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır. Kararın gerekçesi şu şekildedir:

⁶¹² Yargıtay 11HD, 06.10.2016, E.2016/725, K.2016/7777.

“..davalı taraf Türk Rekabet Hukuku'nun emredici hükümlerinin ihlal edildiğini savunmuş ise de bu itirazın da tahkim kararının tenfizi davasında dinlenebilecek bir husus olmadığı, tahkim mahkemesince, taraflar arasındaki sözleşmenin 20.1.maddesine göre sözleşmeye İtalyan Hukuku'nun uygulanacağını kararlaştırıldığı, tahkim mahkemesi İtalyan Hukukuna göre sözleşmenin geçerliliği koşullarını değerlendirip hükmünü verdiğiinden bu yöndeki savunma ve itirazların da yerinde görülmediği, hakem mahkemesince hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine veya kamu düzenine aykırı olacak şekilde usul hatası yapıldığına dair bir veri bulunmadığı gerekçesiyle Newyork Sözleşmesi hükümleri ve MÖHUK 60. vd. maddeleri uyarınca davanın kabulüyle Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin, davanın tarafları arasında görülüp sonuçlandırılmış olan 15753/FM dava dosya numaralı 03.08.2010 tarihli hakem kararının tenfizine karar verilmiştir...davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..”

Milletlerarası bir tahkim yargılamasında hakemlerce yapılan incelemenin yeterli görülmesi nedeniyle RKHK'dan kaynaklanan itirazların gerek yerel mahkemece ve gerekse Yargıtay tarafından tenfiz engeli olarak dikkate alınmaması, RKHK ile ilgili bulunan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğinin kabul edildiğini göstermektedir. Öte yandan anılan kararda Yargıtayın rekabet kurallarının doğru uygulanıp uygulanmaması tartışmasını hakem kararının iptaline neden olacak bir kamu düzeni aykırılığı biçiminde değerlendirmedeği anlaşılmaktadır.

Kanımızca Yargıtayın rekabet kurallarına ilişkin bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliği tartışmasına hiç girmemesi son derece isabetlidir. Bununla birlikte, her

ne kadar somut uyuşmazlıkta RKHK'nın 4. maddesinde yasaklanan açık ve ağır (*per se*) ihlal niteliğinde bir kartel iddiası bulunmasa da bu tür bir ihlal tartışmasının bulunduğu durumlarda bu itirazların dikkate alınarak 4. maddenin hiç uygulanmaması durumunun kamu düzeni ihlali sayılması gerektiği düşüncesindeyiz.

§2. TAHKİME ELVERİŞSİZLİK (*NON-ARBITRABILITY*) DOKTRİNİNİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu kısımda, çalışmamızın ilk bölümünde üzerinde durmuş olduğumuz rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine yönelik çekincelerin Türk hukukundaki yansımalarına değinilecektir. Ancak, ilk bölümde incelenen tahkime elverişliliğe yönelik çekinceler Türk hukukunda uygulanabilir oldukları ölçüde bu bölümde değerlendirilecektir.

I. Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

Türk yazınında zayıf tarafın korunması ilkesine rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği tartışmasında değinilmediği, tahkime elverişlilik sorununun müdahaleci kurallar ve münhasır yetki kuralları çerçevesinde incelendiği görülmektedir.⁶¹³

Türk hukukunda da tüketiciler ve işçiler gibi toplumsal katmanlara ilişkin olarak zayıf tarafın korunması ilkesi gözetilmekte ve bu kesimlerin içinde bulunduğu uyuşmazlık konularının tahkime elverişli olmaması gerekçesiyle tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı kabul edilmektedir.⁶¹⁴ Diğer yandan, özellikle

⁶¹³ Bkz.: Huysal, s. 258; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 43.

⁶¹⁴ Şanlı/Esen, s. 237; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 154.

uluslararası nitelikteki sözleşmeler⁶¹⁵ veyahut tahkim anlaşmalarının geçersizliği bakımından⁶¹⁶ bu tür bir sınırlama getiren pozitif düzenlemeler bulunmadığı da dile getirilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir tarım ürünleri üreticisiyle bu üreticiden ürün satın alan bir şirket arasında kurulan sözleşmede tahkim yerini ve hakemlerin tamamını seçme hakkını alıcı şirkete tanıyan bir tahkim şartı bulunmasının alıcı şirketin “ekonomik ve sosyal üstünlüğünü” kullanması anlamına geldiği gerekçesiyle tahkim şartının Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca mutlak butlanla geçersiz olduğuna hükmetmiştir.⁶¹⁷ Bu çerçevede, ekonomik olarak güçlü bir teşebbüsün dağıtıcıları veyahut sağlayıcıları ile aralarında çıkabilecek rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim şartı düzenlemesi yaparken genel işlem şartı görünümünde adil olmayan bir tahkim şartı dayatması hukuka aykırı kabul edilebilecektir.

Kanımızca bu kararda dikkat edilmesi gereken nokta, Yargıtayın tahkim şartının geçersizliğine Borçlar Kanununun genel hükümlerinden ulaşmış olmasıdır. Borçlar Kanununun 20. maddesi uyarınca ahlaka aykırılık nedenine dayanılarak usulüne uygun yapılmış bir tahkim anlaşmasının geçersiz olduğundan söz ediliyor ise artık bu durum tahkim anlaşmasının usuli geçerliliğini aşarak uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliği sorunu haline gelmektedir.⁶¹⁸

Bununla birlikte, konuyu teorik bir örnekle açmak yararlı olabilir: Belirli bir ürün pazarında hakim durumda bulunan A şirketinin bayii konumundaki B şirket ile sabit fiyat dikte eden standart form biçimindeki bir dağıtım sözleşmesi yapması

⁶¹⁵ **Doğan**, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, 15 MHB 21, 42 (1995), s. 32-33.

⁶¹⁶ **Büyükalp**, s. 2043-2044.

⁶¹⁷ Yargıtay HGK, 12.02.1992, E.1991/13-606, K.1992/56.

⁶¹⁸ Krş.: **Poudret/Besson**, s. 281-282; **Freimane**, s. 32.

durumunda, aslında tahkimde çözülmesi mümkün olan bir rekabet hukuku uyuşmazlığı bulunmakta iken anılan sözleşmede yer verilecek tahkim şartında haksız şartlar çerçevesinde değerlendirilebilecek hükümler öngörülmesi nedeniyle tahkim anlaşmasını geçersiz kılması söz konusu olabilir. Bu durumun HMK m.439(2)(a) uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliğine bağlı iptal nedeni sayılması mümkündür.⁶¹⁹

Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, tahkim anlaşmasının geçersizliği ile tahkime elverişlilik farklı kavramlar olduğundan zayıf tarafın korunması ilkesine dayanılarak rekabet uyuşmazlıklarının kategorik biçimde tahkime elverişsiz kabul edilmesi halinde geçerli bir tahkim anlaşmasının olduğu durumlarda dahi B şirketinin tahkim yöntemiyle hızlı ve etkin bir biçimde uyuşmazlığı çözebilme imkanı ortadan kalkmış olacaktır. Bu anlamda B şirketinin zayıf konumda olmasının rekabet uyuşmazlığını dava edeceği makamdan kaynaklanan bir dezavantaj yaratacağına inanmak için herhangi bir neden bulunmamaktadır.⁶²⁰

II. Kamu Düzeni Kaygıları

Türk yazınında rekabet kurallarından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusuna değinen yazarlar “emredici kurallara tabi olma” ölçütünden söz etmekte, böylelikle RKHK’da yer alan düzenlemelerin emredici nitelikte olması nedeniyle tahkime elverişlilik konusunda kamu düzeni kaygıları bulunduğunu dile getirmektedir.⁶²¹ Doktrinde RKHK’dan doğan tazminat taleplerinin tahkime elverişli

⁶¹⁹ Krş.: **Aksen**, s. 1103.

⁶²⁰ Krş.: **Allison**, Arbitration Agreements, s. 254-255.

⁶²¹ Bkz.: **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 43; **Güçer**, s. 219.

olduğu ancak rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin önündeki tek engelin Rekabet Kurumuna tanınmış münhasır yetki kuralları olduğu ileri sürülmüştür.⁶²²

RKHK bakımından emredici kuralların neler olduğu, bu kuralların gerçek anlamda münhasır olup olmadığı ve tahkim yargılamasında hakemler tarafından etkin bir biçimde uygulanmasına yönelik kaygıların tahkime elverişlilik engeli niteliğinde olup olmadığı sorusu Türk hukukunda tahkime elverişliliğin tespiti bakımından önemlidir.⁶²³

A. RKHK'nın Emredici Niteliği ve Hakemlerin Rekabet Kurallarını Uygulama Yetkisi ve Görevi

Emredici hukuk kuralları “*ilgililerin kendi iradeleriyle uygulanmaları bertaraf edilemeyen kurallardır*”.⁶²⁴ Mülga HUMK ve yürürlükteki HMK ve MTK’da iki tarafın iradelerine tabi olma ölçütü yer almaktadır. Mülga HUMK’a mehzaz teşkil eden İsviçre’de mülga *Concordat*’ın 5. maddesinde emredici kurallar uyarınca devlet otoritesinin mutlak yetkisine tabi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmayacağı düzenlenmiş idi.⁶²⁵ İsviçre’de yürürlükte bulunan ZPO m.354’te de tarafların serbestçe tasarruf edebilmesi ölçütü benimsenmiştir. Bu çerçevede, MTK ve HMK’da yer alan iki tarafın iradelerine tabi olma ölçütü ile emredici kurallarla düzenlenmemiş bulunan konuların işaret edildiği anlaşılmaktadır.

Hangi kuralların emredici nitelikteki kurallardan olduğunun tespiti de kolay değildir. Kuralın emredici niteliği genellikle yasa metninden çıkarılabilmekte ise de eğer metinden tereddütsüz bir biçimde bu nitelik anlaşılamıyor ise konuluş amacına

⁶²² Huysal, s. 122.

⁶²³ Krş.: Ayhan, s. 211.

⁶²⁴ Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, AÜHF Yayınları, Ankara, 1987, s. 155; Güriz, Adnan: Hukuk Felsefesi, AÜHF Yayınları, Ankara, 1987, s. 122; Karakoç, s. 88-89.

⁶²⁵ Bucher/Tschanz, s. 41.

bakıldığında kural, ahlak, kamu düzeni ya da kişilik haklarının korunması amacıyla düzenlenmiş ise o yasa kuralının emredici olduğu varsayılmaktadır.⁶²⁶

Devletlerin kamu düzeni gerekçesiyle münhasıran yargı makamlarınca çözülmesini istedikleri uyuşmazlıklar bakımından emredici kurallar öngörmesi karşısında, tahkime elverişlilik ile kamu düzeni ve emredici kural kavramları iç içe geçmiş görüntü arz eder.⁶²⁷ Zira kamu düzeninin ve devletin egemenliği ancak emredici nitelikteki kurallarla sağlanabilir.⁶²⁸ Ancak, tahkime elverişlilik kavramı kamu düzeni kavramından farklı olduğundan New York Sözleşmesinde [II(1) ve V(2)(a) ve (b)] olduğu gibi MTK [m. 15(A)(2)] ve HMK’da da [m. 439(2)(g) ve (ğ)] tahkime elverişlilik ve kamu düzeni ayrı unsurlar olarak düzenlenmiştir.⁶²⁹

RKHK’da rekabet ihlallerinin özel hukukta doğuracağı sonuçlar düzenlenirken tahkime ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, tahkime elverişliliğe ilişkin olarak RKHK’daki maddi hukuk hükümlerinin emredici niteliği ve Rekabet Kurulunun münhasır yetkisinden söz edilerek tahkime elverişlilik bakımından HMK ve MTK’daki düzenlemeye ek engeller yaratılması yaklaşımı kanımızca isabetli değildir.⁶³⁰

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, ulusal ve uluslararası modern tahkim uygulamaları bakımından özellikle *Mitsubishi* (ABD), *Eco-Swiss* (AB), *Labinal* (Fransa) ve *Pechstein* (Almanya) gibi dönüm noktası niteliğindeki yargı kararları ertesinde rekabet kurallarının emredici niteliğinden doğan kamu düzeni boyutu

⁶²⁶ Karakoç, s. 90.

⁶²⁷ Akıncı, *Arbitration Law*, s. 38.

⁶²⁸ İzveren, Adil: *Hukuk Felsefesi*, DEÜHF Yayınları, Ankara, 1994, s. 109.

⁶²⁹ Huysal, s. 95-96.

⁶³⁰ Bkz.: Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 43; Huysal, s. 121.

dolayısıyla tahkime elverişsiz olduğu anlayışı neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır.⁶³¹

ABD’de rekabet kurallarının büyük ölçüde özel davalar yoluyla uygulanması nedeniyle rekabet kurallarının mahkemeler yerine tahkim süreçlerine yönelmesi durumunda kamusal yararın korunmasının büyük oranda zarar göreceği düşüncesinin anlaşılabilir bir gerekçesi var ise de Türkiye bakımından kamusal uygulama boyutundan sorumlu bulunan Rekabet Kurumunun varlığı nedeniyle Türkiye için geçerli bir gerekçe oluşturmayacaktır.⁶³² Nitekim herhangi bir rekabet uyuşmazlığının tahkime sunulmuş bulunması, rekabet otoritelerinin ve ilgili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmaz.⁶³³

Öte yandan, modern tahkim uygulamalarında hakemlerin rekabet kurallarını re’sen uygulama hak ve görevlerinin açıkça tanınmış olması⁶³⁴ nedeniyle kamu düzeninin olumsuz etkileneceği ve RKHK’da rekabet ihlalinin zarar görenlere sağlanmış bulunan hakların tahkim süreçlerinde yeterince etkin bir biçimde korunamayacağı ileri sürülemez.⁶³⁵

Tahkim anlaşmasının *sui generis*⁶³⁶ doğası gereği hakemler, tarafların iradeleri doğrultusunda kendilerine yüklenen görevleri emredici hukuk kuralları ve ahlaki ilkeler çerçevesinde yerine getirmek durumundadır.⁶³⁷ Bu anlamda hakemler, sözleşmeyle özel bir yükümlülük yüklenmiş olmadıkça ve yargısal denetim esasa ilişkin bir yeniden inceleme biçiminde değilse geçmiş içtihat ve ilgili hukuk

⁶³¹ Youssef, s. 54-55; Lew, s. 260; Brekoulakis, *Arbitrability*, s. 21, dn.6; Brown/Houck, s. 90.

⁶³² Huysal, s. 126.

⁶³³ Ayhan, s. 243. Krş: Bridgeman, s. 152.

⁶³⁴ Huysal, s. 125. Krş.: Lew, s. 244-245, 255.

⁶³⁵ Ayhan, s. 243.

⁶³⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 607; Lew/Mistelis/Kröll, s. 278.

⁶³⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 238-239.

kurallarını izlemek zorunluluğundan söz edilemez.⁶³⁸ Hatta hakemler, tahkim anlaşmasında öngörülmüş ise uyuşmazlığı “dostane aracı” (*amiable compositeur*) olarak hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda çözebilirler.⁶³⁹

Bununla birlikte, tahkimin ticari uyuşmazlıkların çözümü bakımından cazip taraflarından olan bu özellikleri, rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime bırakılamayacağı iddiasının bir başka yönünün de temelini oluşturmaktadır.⁶⁴⁰ Hakemlerin RKHK’nın emredici maddi hükümlerini re’sen uygulamak zorunda olup olmadıkları hususu, aslında hakemlerin tahkim anlaşmasından dolayı yüklenmiş oldukları görevlerin yerine getirilmesi sürecinin doğal bir parçasını oluşturmaktadır.⁶⁴¹

Hakemlerin taraflarca sözleşme ile yetkilendirilmiş olma halinin dışına taşan, “özel yargıçlık”⁶⁴² olarak adlandırılan bir tür statü⁶⁴³ kazanmaları nedeniyle hakemlere yetki veren anlaşma, hakemleri ilgili uyuşmazlığın çözümünde herhangi bir mahkemece uygulanacak temel hukuk ilkelerini uygulamaktan alıkoyamaz.⁶⁴⁴ Dolayısıyla, hakemlerin tüm uluslararası emredici kuralları uygulama zorunluluğunun sınırlarının bir hayli tartışmalı olduğu ifade edilmekte⁶⁴⁵ ise de, rekabet kurallarının ulusal kamu düzeni niteliğinin ötesinde uluslararası bir kamu düzeni niteliği arz ettiği ve hakemlerin rekabet kurallarını re’sen dikkate alarak önlerindeki uyuşmazlığa doğrudan uygulamakla yükümlü oldukları hususu doktrin

⁶³⁸ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 242.

⁶³⁹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 227; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 239.

⁶⁴⁰ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 242

⁶⁴¹ Ayhan, s. 242; krş. Lew, s. 243.

⁶⁴² Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 609.

⁶⁴³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 241.

⁶⁴⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 600-601.

⁶⁴⁵ Weigand/Baumann, s. 84.

ve mahkeme kararlarında yaygın bir biçimde kabul edilmektedir.⁶⁴⁶ Yargısal denetimin yokluğunda dahi hakemlerin taraflarca ileri sürülen rekabet ihlaline ilişkin iddiaları rekabet kuralları uyarınca karara bağlama konusunda güçlü bir motivasyona sahip olmaları beklenmelidir.⁶⁴⁷ Zira hakemlerin en temel görevi, taraflar arasında adalet sağlamak ve uyuşmazlığı iptal ihtimaline yer bırakmayacak biçimde geçerli bir kararla çözmektir.⁶⁴⁸ Bu nedenle, incelemekte oldukları bir uyuşmazlıkta rekabet ihlali olasılığını tespit eden hakemler, rekabet kurallarının verecekleri kararın geçerliliğini etkileyecek nitelikteki kamu düzeni kuralları olarak kabul edildiğini göz önüne alarak taraflarca öne sürülmemiş olsa dahi RKHK'ya aykırılık durumunu re'sen gündeme getirip karara bağlamak durumundadır.⁶⁴⁹

B. Rekabet Kurulunun Münhasır Yetkisinin Kapsamı

Bir devlet otoritesine tanınmış münhasır yetki düzenlemesi gerekçesiyle rekabet hukuku açısından tahkime elverişsiz bir alan bulunduğundan söz edebilmek için rekabet hukukunun idari/cezai boyutunun uygulanması konusunda RKHK tarafından Rekabet Kurumuna verilen yetkilerin neler olduğu, bunların gerçek anlamda münhasır olup olmadığı ve özel uyuşmazlıklar bakımından ne gibi etkiler yarattığının incelenmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikle rekabet hukukundan kaynaklanan tazminat davalarında Rekabet Kurulunun yetkisine Yargıtayın bakışı ele alınacak daha sonra değerlendirmelerimiz sunulacaktır.

⁶⁴⁶ Ayhan, s. 231; Uluç, s. 58; Bridgeman, s. 166; Ragazzo/Binder, s. 184; Brown/O'Connor, s. 872; Ragazzo/Binder, s. 184; Vogel/Vogel, s. 266; Blanke/Nazzini/Nikpay/Smith, s. 182; De Groot, Diederik: *The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 569-570.

⁶⁴⁷ Allison, *Arbitration Agreements*, s. 242.

⁶⁴⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 279; Ragazzo/Binder, s. 183.

⁶⁴⁹ Ayhan, 231. Uluç, rekabet kurallarının hakemlerce re'sen dikkate alınması gerektiğini kabul ederken bu kuralların uygulanması konusunda "...ihlal olup olmadığının tespiti amacıyla Kurul kararının beklenmesi olmalıdır" sonucuna varmaktadır. Böyle bir yorumun tahkimin işleyiş ve işlevi ile bağdaşmadığı kanısındayız. Aynı yönde bkz.: Ayhan, s. 228-229.

1. Yargıtayın Yaklaşımı

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin RKHK’da düzenlenen tazminat taleplerine ilişkin ilk kararı 1999 yılındaki *Etibank*⁶⁵⁰ kararıdır. Yargıtay:

“..Dava, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması hakkındaki kanunun 57.maddesinde ifadesini bulan hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkindir. Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı "Rekabet Kurulu" tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir..”

gerekçesiyle yerel mahkemenin ret kararını bozmuştur. Yargıtay 1999 yılındaki bu ilk kararıyla günümüze değin süren ve uyuşmazlıkla ilgili bir Rekabet Kurulu kararı olmaksızın mahkemelerce tazminat hükmü verilemeyeceği kabulüne dayalı bir kararlar silsilesi başlatmıştır. Bu yaklaşım RKHK’nın ihlaline ilişkin bir kararın verilmesi ya da tespit yapılması konusunda Rekabet Kurulunu münhasır yetkili görüldüğüne işaret etmektedir. Oysa kanımızca mahkemelerin haksız fiile dayalı bir tazminat kararı verebilmek için idari bir organ olan Rekabet Kurulunun konu ile ilgili vereceği kararlarla bağlı olduğu yaklaşımı aşağıda da ele alınacağı üzere isabetli bir

⁶⁵⁰ Yargıtay 19. HD, 01.11.1999, E. 1999/3350, K. 1999/6364.

yaklaşım değildir.⁶⁵¹ Dikkat çeken diğer bir konu ise Rekabet Kuruluna yapılacak başvurunun bekletici sorun değil mahkemenin takdirinde bulunan ve mahkeme tarafından karara bağlanması gereken ön sorun olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

Yargıtay, 2002 yılında verdiği *Ford*⁶⁵² kararında da:

“..Rekabet Kurulunun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanunun 58.maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına, olay ikrahı oluşturmadiğından 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülmemiştir..”

denilerek Rekabet Kurulu tarafından yapılan önaraştırma sonunda verilen soruşturma açılmamasına dair kararın tazminat talebinin reddi konusunda mahkemeyi bağladığına hükmedilmiştir. Oysa idari bir organın vereceğı kararın mahkemeyi bağlaması söz konusu olmayıp mahkeme açısından takdiri delil niteliğindedir.⁶⁵³ Bu açıdan karara katılmak mümkün değildir.

2007 yılına gelindiğinde Yargıtayın Rekabet Kurulu kararına dayanılmasına ilişkin yaklaşımının bir adım daha ileri gittiğı görülmektedir. *Türk Telekom*⁶⁵⁴ kararında

“..Dava Rekabet Kurulu’nun 02.10.2002 tarih ve 02-60/75-305 sayılı kararındaki tespitlere dayanılarak açılmıştır. Rekabet Kurulu’nun anılan

⁶⁵¹ İnan, s. 596-597.

⁶⁵² Yargıtay 19. HD, 29.11.2002, E. 2002/2827, K. 2002/7580.

⁶⁵³ Gürzumar, s. 46; İnan, s. 598-599.

⁶⁵⁴ Yargıtay 19. HD, 29.11.2007, E. 2007/3229, K. 2007/10677.

kararında davalının hakim durumu kötüye kullandığı belirtilmişse de bu karar Danıştay 13.Dairesince 01.07.2005 tarih ve 1700/3392 sayılı kararıyla soruşturmayı yürüten üyenin nihai karara katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Rekabet Kurulu 06-02/47-8 sayılı kararında Türk Telekomünikasyon AŞ'nin hakim durumda olduğunun ve hakim durumu kötüye kullandığının tespitine karar verilmiştir. Rekabet Kurulu'nun bu kararı aleyhine Danıştay'da dava açılıp açılmadığı araştırılıp, dava açılmışsa bu davanın sonucu beklenerek bir karar verilmelidir..”

gerekçesiyle Rekabet Kurulunun hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kararı da yeterli görülmeyerek bu defa yerel mahkemeden Rekabet Kurulu kararının yargısal denetimden geçerek kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve bu hususun bekletici sorun yapılması istenmiştir.

2008 yılındaki *G. Oto Ticaret*⁶⁵⁵ kararında ise bu defa farklı bir tutum izleyen Yargıtay;

“..Davacının hukuka aykırı ve geçersiz sözleşmeler nedeniyle R.K.H.K.nun 57 ve 58.maddeleri kapsamında zararını isteyebileceği mahkemenin de kabulündedir. Her ne kadar mahkemece sabit fiyat uygulanması, satış valörlerinde araç sevkiyatında ve nakliye ücretlerinde eşit edime farklı uygulama yapılması ve maliyetin yükseltip, kârlılığın azaltılması rakip ve muadil parça satışı önlenerek pazarın kısıtlanıp yüksek fiyat uygulaması sonucu kârlılığın azaltılmasına ilişkin iddialarıyla ilgili somut delillere dayanarak zararını R.K.H.K.nun 57 ve 58.maddeleri çerçevesinde

⁶⁵⁵ Yargıtay 19. HD, 04.02.2008, E. 2007/7136, K. 2008/731.

kanıtlayamadığı mevcut bilirkişi raporları ile ortaya konulduğundan davanın reddine karar verilmiş ise de, R.K.H.K.nun 58. maddesinde "rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar geçmiş yıllara ait bilançolarda dikkate alınarak hesaplanır" hükmünü amirdir. Bu durumda mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek davacının geçmiş yıllara ait bilançoları, tüm ticari defter ve kayıtları üzerinde üç kişilik uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılıp iddia ve savunma da değerlendirilmek suretiyle alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..”

gerekçesiyle yerel mahkemenin kendi yapacağı inceleme sonucunda zararı tespit ederek RKHK’nın tazminata ilişkin 58. maddesini doğrudan uygulaması gerektiğine karar vermiştir. Ne var ki, 11. Hukuk Dairesince 2009’da verilen bir karar, kanımızca son derece isabetli olan bu yeni yaklaşımla tam bir çelişkiye yol açmıştır. 11. Hukuk Dairesinin anılan kararında:

“..Davacı vekili, birleştirilen İzmir Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nin 2000/743 esas sayılı davasında, asıl davada saklı tutulan (40.236.411.624) TL'nin reeskont faiziyle davalıdan tahsilini, üç katını talep hakkının saklı tutulmasını, birleştirilen 2001/376 esas sayılı dava dosyasında ise ilk davada (10) milyarlık bölümü istemiyle ve fazlaya ilişkin kısmı saklı tutulan ikinci

sözleşme yılı satışının yapılamaması nedeniyle 01.04.2000 tarihine kadar hesaplanan (133.544.500.000) Tl.nin reeskont faiziyle davalıdan tahsilini, 4054 sayılı Kanun'un 58/2 maddesi gereğince tazminatın üç katına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, birleştirilen davaların da reddini savunmuştur. Mahkemece, asıl davanın kabulüne, birleştirilen 2000/743 esas sayılı davanın ve 2001/376 esas sayılı davanın kısmen kabulüne dair verilen karar Dairemizce bozulmuş, bozmaya uyulmuş, davacının dava konusu olayla ilgili olarak 19.01.2007 tarihinde Rekabet Kuruluna başvurduğu, dava açılmadan önce davacının anılan kurula başvurmadiğı, henüz dava şartının bulunmadığı ve dava açma zamanının gelmediğı gerekçesiyle, asıl ve birleştirilen davaların, dava şartı yerine getirilmediğinden ayrı ayrı reddine karar verilmiştir. Kararı, asıl ve birleşen davalarda davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, asıl ve birleşen davalarda davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir..”⁶⁵⁶

gerekçesiyle Rekabet Kuruluna başvuru yapılması RKHK m. 58 uyarınca açılan tazminat davaları için “dava şartı” olarak kabul edilmiştir. Bu yaklaşımın rekabet uyuşmazlıklarına dayalı tazminat taleplerinin ve bu çerçevede özel hukuk yaptırımlarının geleceğı bakımından son derece tehlikeli olduğı düşüncesindeyiz.

Yargıtayın 2011 yılındaki Turkcell/Telsim⁶⁵⁷ kararına konu yerel mahkeme kararında hakim durumun kötüye kullanıldığı tespitiyle para cezası tesis edilen Rekabet Kurulu kararının Danıştay tarafından iptal edilmiş olmasına da değinilmiş

⁶⁵⁶ Yargıtay 11. HD, 05.10.2009, E. 2008/5575, K. 2009/10045.

⁶⁵⁷ Yargıtay 11. HD, 10.03.2011, E. 2009/3852, K. 2011/2528.

ancak yerel mahkeme zorunlu unsur doktrini analizleri çerçevesinde davacı İş-Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.’nin pazara girişinin engellenmesinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Yargıtayca:

“Mahkemece iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve kısmen itibar edilen bilirkişi raporuna göre, davalıların sözleşme tarafı olmadıkları bizzat alt yapılarından yararlandıracakları yönünde her hangi bir söz vermedikleri bu nedenle davacıların güvenini ihlal etmiş olmayacakları ve sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiklerinden söz edilemeyeceği, 4054 Sayılı Yasanın 57. maddesindeki düzenleme kapsamında zarar gören kitlesi geniş olarak yorumlanması gerektiğinden davacıların aktif husumet ehliyetine sahip oldukları ancak yararlanılmak istenen davalılara ait alt yapının teknik ekonomik ve hukuki olarak alternatifinin oluşturulmasının mümkün olduğu, davalılara ait GSM alt yapıların İş-Tim yönünden ilk piyasaya girişte zorunlu unsur olarak kabul edilemeyeceği bu nedenle de zorunlu unsura sahip olmayan teşebbüslerin anlaşma yapmayı reddetmesinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği, açılan davanın reddi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekili ile davalılardan Turkcell A.Ş. vekili vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”

gerekçesiyle yerel mahkeme kararı onanmıştır. Bu kararda dikkat çeken husus yerel mahkemece tazminat talebinin reddine gerekçe oluşturan zorunlu unsur doktrini gibi teknik ve karmaşık bir analizin Rekabet Kurulu kararı aranmadan yapılması ve bu

kararın Yargıtay tarafından onanmış olmasıdır. Bu karardan rekabet hukukunu ilgilendiren karmaşık analizlerin mahkemelerce yapılmasının önünde hiçbir teknik ve hukuki engel bulunmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Yargıtayın konuya ilişkin 2016 tarihli bir kararında şu gerekçeye rastlanmaktadır:

“..Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Yasası'nın 58 nci maddesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davacının davasına dayanak yaptığı 4054 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış, 58. maddede ise rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenlerin tazminat isteminde bulunulabileceği belirtilmiştir. Dava konusu eylem nedeniyle, davacı tarafın şikayeti üzerine, Rekabet Kurulu tarafından 01.10.2012 tarihli kararla 841.199 TL idari para cezası uygulandığı, yapılan itiraz sonrası yargılamanın derdest olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Mahkemece, davanın Rekabet Kurulu Kararı kesinleşmeden, zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Oysa, Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Davacı, işbu dava açılmadan önce 23.11.2010 tarihinde Rekabet Kurulu'na başvurduğuna göre Rekabet Kurulu'nun davalının hakim durumu kötüye kullandığına dair başvuru ile ilgili yapacağı işlem sonucunun işbu dava için bekletici mesele yapılması gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esasına girilerek, Rekabet Kurulu Kararı'na konu itirazın sonucu beklenerek, neticesine göre bir karar

*verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..”*⁶⁵⁸

Yargıtay, 19. Hukuk Dairesinin RKHK m.58’in doğrudan uygulanmasına dair 2008 tarihli kararı ertesinde konuyu ele alan 11. Hukuk Dairesi özel hukuk yaptırımları konusunda oldukça geri gitmiştir. Anılan dairece verilen üç farklı karar çerçevesinde, tazminat talepleri için RKHK’nın ihlaline dair Rekabet Kurulu kararının “dava şartı” olduğu yaklaşımı terk edilmiş ancak kanımızca isabetsiz biçimde Rekabet Kurumuna başvuru yapılması ve ilgili Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesinin beklenmesi yaklaşımı devam etmiştir.

2. Görüşümüz

Serbest piyasa ekonomisine dayalı ekonomik kamu düzeninin korunmasını ilgilendiren Anayasal direktif⁶⁵⁹ çerçevesinde düzenlenen maddi hukuk hükümleri RKHK’nın 4, 6 ve 7. maddelerinde yer almaktadır.⁶⁶⁰ RKHK’nın 4 ve 6. maddeleri TFEU 101 ve 102. maddelerinden⁶⁶¹ uyarlanmış, 7. maddesi ise mülga 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü⁶⁶² model alınarak hazırlanmıştır.

RKHK’nın 4(1) maddesinde “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını*

⁶⁵⁸ Yargıtay 11. HD, 08.03.2016, E. 2015/5134, K. 2016/2543.

⁶⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.167(1): “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

⁶⁶⁰ Aksoy, s. 3-4.

⁶⁶¹ 1957 tarihli AET Kurucu (Roma) Antlaşması’nın 85 ve 86. maddelerinde yer alan temel rekabet hükümleri 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile 81 ve 82 olarak yeniden numaralandırılmış, TFEU ile 101 ve 102 madde numaralarını almıştır.

⁶⁶² Söz konusu Tüzük [Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30.12.1989], 2004 yılında yeni Tüzük tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz.: Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.01.2004.

taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır” hükmü yer almaktadır.

Takip eden ikinci fıkrada yasaklanan eylemlere örnekler verilmekte, üç ve dördüncü fıkralarda ise mehzaz TFEU 101. maddede bulunmayan uyumlu eylem karinesine ve bu karinenin çürütülmesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

RKHK m.4'teki bu düzenleme, rekabet düzenini bozmayı amaçlayan her türlü eylemi yasaklamakta olduğundan emredici bir kural olduğunda şüphe yoktur.⁶⁶³ Ne var ki, 4. madde, mahkemelerce de re'sen uygulanması gereken⁶⁶⁴ bir yasal düzenleme olduğu ve Rekabet Kurulunun münhasır yetkisine ilişkin olarak RKHK'da herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı göz önüne alındığında, 4. maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak Rekabet Kurulunun münhasır bir yetkisi bulunduğu söylenmesi mümkün değildir.⁶⁶⁵

RKHK'nın 4. maddesinden geçersizlik rejimini amaç (*per se*) ve etki (*rule of reason*) perspektiflerinden ele alan Gürzumar, pozitif hukuk bakımından 4. maddeye aykırılığın mahkemeler tarafından tespit edilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığını, geçersizliğin tespitinin karmaşık iktisadi analiz gerektiren etki unsuruna dayalı incelemelere dayandığı haller bakımından Rekabet Kurumunun uzmanlığından yararlanılması kaygılarının tartışma yarattığını belirterek Yargıtayın bekletici mesele tarzındaki çözümünü de eleştirmekte, sorunun bir tür bilirkişilik

⁶⁶³ Gürzumar, s. 5; Aksoy, s. 4; Sanlı, *Geçersizlik*, s. 15; Ayhan, s. 210.

⁶⁶⁴ Aksoy, s. 56.

⁶⁶⁵ Gürzumar, s. 41; İnan, s. 615. Bu çerçevede, rekabeti kısıtlayıcı etki gösteren tüm uygulama ve anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların Rekabet Kurulunun yetkisi dahilinde olduğu gerekçesiyle tahkime elverişsizlikten söz eden Özel'e (*Kanunlar İhtilafı*, s. 43) ve rekabete aykırılık bulunmadığına dair Rekabet Kurulu kararının mahkemeleri ve hakemleri bağlayacağını ileri süren Güçer'e (s. 221) katılmak mümkün değildir.

düzenlemesiyle aşılmasının mümkün olabileceğini ancak bu çözüme de temkinli yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁶⁶ Bizim de katıldığımız bu değerlendirmeler çerçevesinde, pozitif hukuk açısından bir rekabet ihlalinin tespiti ve bundan kaynaklanan tazminat veya iade talepleri konusunda Rekabet Kurulunun herhangi bir münhasır yetkisinin bulunmadığı belirtilmelidir.⁶⁶⁷

Doktrinde yaygın bir biçimde mahkemelerin (ve dolayısıyla hakemlerin) rekabet ihlallerinin tespiti için gerekli olan donanım ve ekonomi bilgisine sahip olmadığı, karmaşık analizleri ancak Rekabet Kurumunun yapabileceği⁶⁶⁸ türünde bir ön kabul göze çarpmakta ise de, yukarıda bu konuda yapılan ayrıntılı değerlendirmelere yollama yapmakla yetiniyoruz.⁶⁶⁹ Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimini gerçekleştiren İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın bu alandaki yetkinliği sorgulanmazken Adli Mahkemelere ve Yargıtay'a güvenilmemesi mantıklı değildir.

Rekabet Kurulunun RKHK m. 4 ile ilgili münhasır yetkiye sahip olduğu düşüncesindeki bazı yazarlar, RKHK'nın 5. maddesindeki muafiyet düzenlemesinin münhasıran Rekabet Kurumuna yetki verdiğini ve bu bağlamda tahkime elverişlilik bakımından sorun bulunduğunu ileri sürmektedirler.⁶⁷⁰ Gerçekten, 5. madde, belirli ölçütleri karşılayan anlaşmaların 4. maddede düzenlenen yasaklama hükmünün neden olduğu hukuki yaptırımlarından muaf tutulmasına olanak sağlamaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, TFEU'nun 101(3) maddesi ile uyumlu düzenlenmiş bulunan

⁶⁶⁶ Gürzumar, s. 41-47.

⁶⁶⁷ Aynı yönde bkz.: Özsunay, Ergun; *Tahkime Elverişlilik Kavramına İlişkin Yeni Gelişmelerin Işığında Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Tahkim ve Türk Hukukunun Durumu*, Milletlerarası Ticari Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, 2005, s. 106; Ayhan, s. 326.

⁶⁶⁸ Bkz.: Güçer, s. 221; Aksoy, s. 57.

⁶⁶⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, §2(I) ve Üçüncü Bölüm, §2(III)(A)

⁶⁷⁰ Huysal, s. 261. Ayhan, (s. 223-224) ise 4. maddenin ihlaline ilişkin mahkemelerin yetkisini kabul ederken 5. madde bakımından münhasır yetki olduğunu kabul etmekte ve mahkemelerin muafiyet kararıyla bağlı olduklarını belirtmektedir.

RKHK'nın 5. maddesi, 4. maddenin uygulanması bakımından boşluğa yol açacak bir istisna alanı değil, teşebbüslere idari yaptırımlardan korunma imkanı yaratmaktadır. Bu korunma alanının 4. madde kesintisiz bir biçimde uygulanarak varsa aykırılık tespit edildikten sonra mı sağlanacağı yoksa 4. madde ile 5. maddedeki koşulların bir arada değerlendirilmesi sonucu muafiyetin koşullarının en baştan beri var olup olmadığı hususunun tespit edilmesiyle mi yetinileceği meselesi oldukça tartışmalı bir konu olagelmıştır.⁶⁷¹

Mehaz AB mevzuatında 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü⁶⁷² ile yapılan reform sonrasında artık TFEU 101(1) ve 101(3) maddeleri birlikte değerlendirilerek tüm üye devlet rekabet otoriteleri ve mahkemelerince doğrudan uygulanacak, bu çerçevede artık AB Komisyonunca bireysel muafiyet kararı verilmeyecektir.⁶⁷³ Söz konusu reform sonrasında teşebbüsler arası anlaşmalar m.101(1)'deki yasaklama hükmünün m.101(3)'deki muafiyet analiziyle dengelenmesi sonucunda 101. maddeyi ya ihlal ediyor ya da ihlal etmiyor şeklinde değerlendirilmektedir.⁶⁷⁴

AB uygulamasında *self assessment*⁶⁷⁵ olarak adlandırılan bu sistemde teşebbüsler muafiyet şartlarının varlığını kendileri değerlendirecek, muafiyete ilişkin hükümler tüm üye ülke mahkemeleri ve rekabet otoritelerince re'sen uygulanacaktır. AB Komisyonu veyahut diğer ülke otoritelerince verilecek muafiyete ilişkin kararlar kurucu değil açıklayıcı nitelikte işlemler olacaktır. Bu bağlamda, her ne kadar üye ülke mahkemelerinin TFEU m.267 uyarınca sahip oldukları üzere ön karar

⁶⁷¹ **Gürzumar**, s. 29; **Sanlı**, Kerem Cem: *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi (Özel Hukuk)*, Rekabet Dergisi, S. 30 (2007), s. 16.

⁶⁷² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 04.01.2003.

⁶⁷³ **Whish**, Richard/**Bailey**, David: *Competition Law*, UOP, Oxford, 2012, s. 152.

⁶⁷⁴ **Whish/Bailey**, s. 152.

⁶⁷⁵ **Whish/Bailey**, s. 167.

(*preliminary ruling*) usulüyle ABAD'ın hukuki yardımına başvurma imkanına sahip bulunmasalar da hakemlerin TFEU m.101(3)'te yer alan muafiyet değerlendirmesini doğrudan doğruya yapmalarının önünde bir engel bulunmadığı kabul edilmektedir.⁶⁷⁶

AB'deki söz konusu reform sürecinin etkisiyle, RKHK'da 2005 yılında yapılan değişiklik⁶⁷⁷ uyarınca teşebbüslere getirilmiş bulunan anlaşma ve uyumlu eylemlerin bildirimi zorunluluğu kaldırıldığından RKHK'nın 4. ve 5. maddelerinin bir arada değerlendirilerek uygulanması kaçınılmaz hale gelmiştir.⁶⁷⁸ AB uygulamasındaki kendi kendini değerlendirme (*self assessment*) sistemindekine benzer biçimde 4. madde yasaklaması hiçbir bildirim gerektirmeksizin 5. maddedeki muafiyet şartlarının var olup olmadığı analizi yapılmaksızın uygulanmayacaktır.⁶⁷⁹

Belirtmek gerekir ki, muafiyet rejiminin münhasırlığı konusundaki yaklaşım ne olursa olsun çalışmamız bakımından sorun muafiyet kararının hukuk mahkemesini veyahut hakem kurulunu bağlayıp bağlamadığı noktasında düğümlenmektedir. Rekabet Kurulunca verilmiş muafiyet kararlarının mahkemeleri bağlayacağı görüşü kanuni bir temele dayanmamasına rağmen doktrinde

⁶⁷⁶ Geradin/Villano, s. 11; Landolt, *Modernised*, s. 104; Yeşilova, s. 346.

⁶⁷⁷ 02.07.2005 tarih, 5388 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle RKHK'nın 10. maddesinde düzenlenen bildirim zorunluluğu kaldırılmıştır.

⁶⁷⁸ Nitekim Rekabet Kurulunca yayımlanan Rekabet El Kitabı'nda (*Rekabet El Kitabı*) şu açıklama yer almaktadır: “Teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin her anlaşma, uyumlu eylem ya da kararlarını Rekabet Kuruluna bildirmek zorunda olmaması, muafiyet değerlendirmesinin öncelikle teşebbüs ve teşebbüs birliklerince yapılması sonucunu doğurmaktadır. Muafiyet değerlendirmesi yaparken teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin, Kanun'un 5. maddesindeki koşulları, grup muafiyeti tebliğlerini, bu tebliğlerin açıklanmasına yönelik olarak çıkarılan kılavuzları, Kurulun geçmiş kararlarını, uygun olduğu ölçüde mevzuat ve içtihatları göz önünde bulundurmaları yerinde olacaktır.” <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2fRekabetElKitabi.pdf>, s. 21. (Son erişim: 07.06.2017)

⁶⁷⁹ 4 ve 5. maddelerin bir arada değerlendirilmesi yaklaşımı 2008 tarihli RKHK değişiklik tasarısı taslağında da yer almıştır. Bkz.: Sanlı, *Özel Hukuk*, s. 9

savunulmaktadır.⁶⁸⁰ Konuya pozitif hukukumuz açısından bakıldığında hukuk hakimi yargılama faaliyetini yerine getirirken Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca bağımsız olup kanunlar ve vicdani kanaati dışında hiçbir etmeni ve özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama ve yürütme organlarının görüş ve telkinlerini dikkate almak durumunda değildir.⁶⁸¹ Hukuk hakimi, önüne gelen rekabet ihlaline dayalı tazminat talebi ya da geçersizlik talebini kural olarak Rekabet Kurulunun muafiyet ile ilgili vermiş olduğu veya vereceği bir karara gereksinim duymaksızın inceleyip sonuçlandırabilir.⁶⁸²

Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki, Rekabet Kurulunun RKHK m.5'de düzenlenen muafiyet kararına ilişkin münhasır yetkisi yalnızca bu kararın verilmesiyle sınırlı olup 5. maddedeki şartların gerçekleşmediğine ve dolayısıyla 4. maddenin ihlal edildiğine veyahut grup muafiyeti tebliğlerindeki şartların sağlandığına yönelik bir tespitin mahkemeler ve hakemler tarafından yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.⁶⁸³ Muafiyet kararının tazminata yönelik olarak hukuk hakimini bağlayacak kesin delil niteliğinde bulunmadığı, ancak takdiri delil olarak kabul edilebileceği⁶⁸⁴ hususu da göz önüne alındığında, Rekabet Kurulunun RKHK m. 5.'e ilişkin yetkisinin tahkime elverişliliğe ciddi bir etkisinin olmayacağı söylenebilir. Tahkim yargılamasında gerek taraflarca seçilen, gerek hakem kurulunca

⁶⁸⁰ **Sanlı**, *Geçersizlik*, s. 126; **Topçuoğlu**, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları (*Hukuki Sonuçlar*), Rekabet Kurumu, Ankara, 2001, s. 292; **İnan**, s. 601; **Güven**, Pelin: *Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Rekabet Kurumu, Ankara, 2007, s. 217.

⁶⁸¹ **İnan**, s. 599. **Aksoy**, s. 58. Ayrıca hukuk hakimi Borçlar Kanunu m. 74 uyarınca ceza hakiminin beraat kararı veya tazminata ilişkin değerlendirmeleriyle bağlı değildir.

⁶⁸² **Gürzumar**, s. 42; **İnan**, s. 596-597; **Aksoy**, s. 56.

⁶⁸³ **Sanlı**, *Geçersizlik*, s. 227, dn. 418; **Aksoy**, s. 56. Nitekim, AB hukukunda 2003 yılındaki modernizasyon öncesinde dahi durumu bu şekildedir. Bkz.: **Ritter**, Lennart/**Braun**, W. David/**Rawlinson**, J. Francis: *EEC Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1991, s. 712.

⁶⁸⁴ **Gürzumar**, s. 46; **Güven**, s. 226.

atanan rekabet hukukunda uzman kimselerden yazılı ve sözlü tanıklık yoluyla yararlanılabilmesi mümkündür.⁶⁸⁵ Buna ek olarak hakemlerin konuyla ilgili tecrübe sahibi kişilerden seçilmesi durumunda hakemlerin ihlal tespiti yaparken maddi vakıaları değerlendirmede sıkıntı yaşayabilecekleri gerekçesiyle Rekabet Kurumunun zorunlu/ihiyari bilirkişiliği ya da işbirliği protokolü gibi tüm taraflar bakımından külfetli ve hukuki çerçevesi belirsiz bir ara çözüme de ihtiyaç duyulmayacaktır.⁶⁸⁶

Öte yandan, RKHK'nın 6 ve 7. maddelerin ihlal edilmesinin yol açacağı zararların tazmini bakımından da 57. maddede düzenlenen hükmün açık bir biçimde mahkemeleri yetkilendirdiği görülmektedir.⁶⁸⁷ “Tazminat Hakkı” kenar başlıklı 57. maddede, “*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur...*” hükmüne yer verilerek RKHK m. 6 ve 7 dahil olmak üzere herhangi bir biçimde rekabetin kısıtlanmasına yol açan veyahut hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsler tazminat borcu altına sokulmaktadır. Bununla birlikte, 56. maddedeki geçersizlik ve 57. maddedeki tazminat hakkı düzenlemeleri yapılmamış olsa idi dahi tazminata ilişkin Borçlar Hukukunun genel hükümlerinden hareket edilmesi mümkün olurdu.⁶⁸⁸ Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar mahkemede dava yoluyla çözülebileceği gibi sulh yoluyla veyahut tahkim de dahil

⁶⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz.: **Blanke**, Gordon/**Eilmansberger**, Thomas: *The Role of the Expert Witness in Antitrust Arbitrations*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 251-291.

⁶⁸⁶ Hakem Kurulu-Rekabet Kurumu ilişkisi konusundaki öneri ve değerlendirmeler için bkz.: **Ayhan**, s. 232.

⁶⁸⁷ **Sanlı**, Özel Hukuk, s. 51; **Aksoy**, s. 57; **Güçer**, s. 220.

⁶⁸⁸ **Aksoy**, s. 45; **Güven**, s. 212.

olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesinin önünde de bir engel yoktur.⁶⁸⁹

Sonuç olarak, Rekabet Kurulunun gerek RKHK'nın 6. maddesindeki hakim durumun kötüye kullanılması halinin tespitine, gerek RKHK'nın 5. maddesinde düzenlenen muafiyet kararına ilişkin yetkisi nedeniyle 4. maddenin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik yetkilerinin tazminat ve geçersizlik sorununun mahkemelerde ve dolayısıyla tahkimde çözülmesine engel teşkil etmediği kanısındayız.⁶⁹⁰

III. Hakemler ve Tahkim Usulüne İlişkin Çekinceler

A. Hakemlere İlişkin Çekinceler

Uyuşmazlığın ana gövdesinin doğrudan doğruya rekabet hükümlerinden kaynaklanması durumunda söz konusu kuralları uygulayacak hakemlerin rekabet hukuku konusunda deneyimli ve yetkin kişiler arasından seçilmesini sağlayacak kurallar üzerinde anlaşmış olmaları tahkim yargılamasının etkinliği bakımından önemli eşiklerden biridir.⁶⁹¹ HMK'nın 416(1) maddesi uyarınca hakem seçimine ilişkin kuralların belirlenmesinde taraflar kural olarak özgürdür.⁶⁹² Diğer yandan, hakemlerin seçim süreçlerinin tamamen tarafların iradelerine bırakılması durumunda güçlü tarafın zayıf taraf aleyhine süreci yönlendirmesi tehlikesi de bulunmaktadır.⁶⁹³

Taraflardan güçlü konumda olanların hakemlerin seçiminde hakemleri tek başına atamalarına imkan veren bir tahkim anlaşmasının Türk hukuku bakımından

⁶⁸⁹ Ayhan, s. 259; Narbay/Kesici, s. 212, dn.7.

⁶⁹⁰ Bazı yazarlarca bu soruna değinilmiş ancak nihai olarak bir görüş belirtilmemiştir. bkz.: Güçer, s. 223.

⁶⁹¹ Brewer, s. 116. Krş.: Özbay/Korucu, s. 58.

⁶⁹² Karadaş, s. 113; Özbay/Korucu, s. 58; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 138.

⁶⁹³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 252. Krş.: Karadaş, s. 113.

geçersiz olacağı 1992 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla ortaya konmuştur.⁶⁹⁴ Benzer biçimde, güçlü tarafın kendi avantajına olacak biçimde örneğin belirli bir hakem yahut hakem grubunu⁶⁹⁵ işaret edecek seçim kuralları belirlemesi tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açabilecektir.⁶⁹⁶

Tarafların hakem seçimi konusundaki irade özgürlüklerinin sınırsız ve kontrolsüz olmadığı⁶⁹⁷ hususu belirlendikten sonra hakemlerin rekabet hukuku uyuşmazlıklarında ortaya çıkan karmaşık analizleri çözebilecek niteliklerine ilişkin olarak *Mitsubishi* davasında Amerikan Yüksek Mahkemesince ortaya konulan şu gerekçeye değinmek gerekir:

İntibak kabiliyeti ve uzmanlığa erişim tahkimin ayırıcı özellikleridir.

*Hakemler atanırken uyuşmazlığın muhtemel konusu dikkate alınabilir ve tahkim kuralları genellikle ya taraflarca istihdam edilen ya da tahkim mahkemesince atanan uzmanların katılımına imkan sağlar.*⁶⁹⁸

Gerçekten de, tarafların sektörel ihtiyaçları ve sözleşme şartlarına göre tasarlanabilen tahkim kuralları belirlenirken hakemlerin istenen özelliklerine ilişkin bir düzenleme yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.⁶⁹⁹

Özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından uluslararası tahkim merkezlerinin saygınlığı ve profesyonelliği çerçevesinde hakem seçiminin ciddi ve titiz bir süreç olmasının yanı sıra hakem seçimlerinin yargı denetimine tabi

⁶⁹⁴ Yargıtay HGK, 12.02.1992, E.1991/13-606, K.1992/56

⁶⁹⁵ Özellikle uluslararası tahkim bakımından bkz.: **Rogers**, Catherine A.: *The Vocation of the International Arbitrator*, 20 Am. U. Int'l L. Rev. 957, (2005), s. 967.

⁶⁹⁶ Bkz.: **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 253, dn.87'de verilen karar.

⁶⁹⁷ **Karadaş**, s. 114.

⁶⁹⁸ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, (1985), s. 633

⁶⁹⁹ **Brewer**, s. 116-117. Krş.: **Akıncı**, *Arbitration Law*, s. 72.

olması bu kaygıları önemli ölçüde bertaraf etmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi yine *Mitsubishi* kararında bu duruma dikkat çekmektedir:

*Uluslararası hakemler iş toplumundan olduğu kadar hukuk toplumundan da seçilir; anlaşmazlığın önemli bir yasal bileşeni varsa, taraflar ve yardımlarıyla anlaşmazlıklarını çözmek için anlaşmaya varmış oldukları tahkim mahkemesinin hakemleri buna göre seçmesi beklenebilir. Tarafların ve süreci yürüten tahkim kuruluşunun yetkin, dürüst ve tarafsız hakemleri seçemediği veya seçmek istemediğini varsayımına itibar göstermeyi reddediyoruz.*⁷⁰⁰

Mitsubishi davasında ICC tarafından sunulan (*amicus curiae*) görüşte hakemlerin uygulamada sıklıkla karşılaştıkları bu tip rekabet hukuku kaynaklı davaları ustaca çözdüğü, bu konularda hakemlik yapan kişilerin konularında uzman ve deneyimli akademisyenler, yargıçlar ve avukatlardan oluştuğu ifade edilmiştir.⁷⁰¹

Türk hukukunda, hakemlerin niteliklerine ilişkin olarak MTK'da özel bir şart aranmazken⁷⁰², modern tahkim hukuku gelişmeleri dikkate alınarak hazırlanan HMK'nın 416(d) maddesinde “*Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması*” şartı aranmaktadır. Kanun koyucunun, bu düzenlemeyle tahkimin özü itibarıyla bir yargılama faaliyeti olduğu⁷⁰³ hususunu dikkate alarak uzman bir hukukçunun kurulda

⁷⁰⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, (1985), s. 634.

⁷⁰¹ **Huysal**, s. 127; **Rogers**, s. 996, dn.135.

⁷⁰² **Akıncı**, *Arbitration Law*, s. 71; **Kalpsüz**, s. 41.

⁷⁰³ **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 139.

yer almasını sağladığı görülmektedir.⁷⁰⁴ Yargıtay hakimlerin hakem olamayacağını, ancak avukat ve noterlerin hakem olabileceklerini karara bağlamıştır.⁷⁰⁵

Hem uluslararası hem iç tahkim bakımından Türkiye’de kurumsal tahkimin güçlendirilmesi ve İstanbul’un milletlerarası alanda saygın bir tahkim merkezi konumuna getirilmesi hedefi doğrultusunda İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu⁷⁰⁶ ile 2014’te kurulmuş bulunan İstanbul Tahkim Merkezinin gerek yönetim kurullarında çoğunluğun, gerek ulusal ve uluslararası tahkim divanlarında görev yapacak kişilerin mesleklerinde on yıl tecrübeli hukukçular arasından seçilmekte olduğu ayrıca vurgulanmalıdır.⁷⁰⁷

Hakemlerin rekabet hukukunda yetkin ve tecrübeli kişilerden seçilmesinin yanı sıra seçilen hakemlerin bu alandaki yetkinliğini destekleyecek usul hukuku araçları da bulunmaktadır. Adli mahkemelere tanınan bilirkişi atama yetkisi MTK m.12(A)(1) ve HMK m.431(1)’de aynı şekilde hakemlere de tanınmıştır. Öte yandan, MTK m.12(A)(2) ve HMK m.431(2)’de de taraflara kendi seçmiş oldukları uzmanı (*expert witness*) dinletme ve bilirkişilere çapraz sorgu (*cross-examination*) yapma olanağı tanınmıştır.⁷⁰⁸ Bu çerçevede, Müşterek Hukuk sisteminde mevcut bulunan söz

⁷⁰⁴ Gerçekten de Hükümet tasarısında yer almamasına rağmen Adalet Komisyonu tarafından tasarıya eklenen düzenlemenin Komisyon gerekçesinde; “..hakemlerin yürüttüğü işin hukuk yoğun karakterinin, en az bir hakemin hukukçu olmasını zorunlu kılması ve kuralların ve nesafet hukukunun doğru uygulanması amacıyla, maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinden sonra gelmek üzere, (d) bendi eklenmiş..” denmektedir. Bkz.: **HMK Tasarısı**, s. 165. Krş.: **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 195.

⁷⁰⁵ **Özbay/Korucu**, s. 60.

⁷⁰⁶ 20.11.2014 tarih, 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu, 29.11.2014 tarih, 29190 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁰⁷ İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu, m.8 uyarınca yönetim kurulu başkanı ile beş asıl ve dört yedek üyeden en az üç asıl ve iki yedek üyenin, m.12 ve 13 uyarınca tahkim divanı üyelerinin tamamının hukukçu olması öngörülmektedir.

⁷⁰⁸ **Kalpsüz**, s. 71; **Aygül**, Musa/**Gültutan**, Doğan, *Arbitration Procedure*, Arbitration in Turkey, Yeşilirmak, Ali /Esin, İsmail, G. (Edlr.) içinde, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s. 117; **Karadaş**, s. 182.

konusu uygulamalar hukukumuza adapte edilmiş, tahkim yargılamasında bilirkişi ve uzman yardımından azami derecede faydalanılması hedeflenmiştir.⁷⁰⁹

Sonuç olarak, rekabet uyuşmazlıklarından doğan davalar çoğu zaman karmaşık hukuki ve iktisadi analizleri gerektirdiğinden hakem kurulları için olduğu kadar mahkemeler için de zorluk arz etse de bu zorluklarla baş edilmesi konusunda hakemlerin hakimlerden daha yetersiz olacaklarını kabul etmek için bir neden bulunmamaktadır.⁷¹⁰

B. Tahkim Usulüne İlişkin Çekinceler

1. Tahkim Yargılamasının Gizliliği

Tahkim yargılamasında gizliliğin yol açtığı temel kaygı, kamusal çıkarları yakından ilgilendiren bir hukuk dalı olan rekabet hukukuna dayalı uyuşmazlıkların kamuoyunun haberi olmadan sonuçlandırılıp kapatılması nedeniyle konuyla ilgili hak arama düşüncesinde olan kişilerin bu haktan yoksun bırakılması ihtimalidir.

Türk hukukunda tahkim yargılamasının mahremiyeti (*privacy*) veyahut kişisel/ticari sırların korunması (*confidentiality*) ile ilgili olarak HMK ve MTK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır.⁷¹¹ Ancak, Türk tahkim hukukunda da benzer bir gizlilik eğiliminin varlığından söz edilmesi mümkündür. Örneğin, İstanbul Tahkim Merkezi⁷¹² (İTM), TOBB Tahkim Divanı⁷¹³ ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim

⁷⁰⁹ Kalpsüz, s. 71.

⁷¹⁰ Huysal, s. 127-128; Şanlı, s. 292.

⁷¹¹ Giray, s. 73.

⁷¹² İTM Tahkim Kuralları, m. 21 ve İTM Tahkim Divanı ve Sekreteryanın Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkında Kurallar m.6. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/02/ISTAC-Tahkim-ve-Arbuluculuk-Kurallar%C4%B1-f.pdf> (Son Erişim: 20.09.2017)

⁷¹³ TOBB Tahkim Tüzüğü, <https://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Documents/Tahkim/2-Tahkim%20tuzugu.doc>

Merkezi⁷¹⁴ (İTOTAM) gibi kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında taraflar aksine anlaşmış olmadıkça gizlilik esas kabul edilmektedir. Anılan tahkim kurallarında hem yargılamanın gizli yapılması, hem yargılamada sunulan bilgi ve belgelerdeki ticari ve kişisel sırların korunması öngörülmektedir.

Gizliliğe ilişkin yaklaşım ne derece katı olursa olsun, tarafların anlaşması çerçevesinde tahkim yargılaması üçüncü kişilere kapalı biçimde gizli yürütülse dahi hakem kararının icrası sırasında yargı müdahalesi söz konusu olacak ve uyuşmazlık belirli oranda aleniyet kazanacaktır.⁷¹⁵

HMK m.28 uyarınca Türk hukukunda hukuk yargılamaları aleniyet ilkesi çerçevesinde kamuya açık ise de, genel ahlak veya kamu güvenliği gerekçeleriyle tarafların talebi veyahut re'sen hakim kararıyla yargılama gizli yürütülebilir. Dava dosyası içeriğine ilişkin ise gizlilik ilkesi geçerli olup üçüncü kişiler haklı gerekçeye dayalı olarak hakim kararı olmaksızın dosyaya erişemezler. Bu çerçevede, tahkim yargılamasıyla hukuk mahkemelerindeki yargılama arasında ciddi bir farklılık göze çarpmamaktadır. Rekabet ihlaliyle ilgili tahkim sürecinin başladığı bilgisinin gizli tutulması meselesi ise oldukça tartışmalı bir husustur.⁷¹⁶

Kanımızca, rekabet ihlaline dayalı uyuşmazlığa ilişkin tahkim sürecinin başladığına dair bilginin gizli tutulmasına gerekçe oluşturacak özel çıkarlar, uyuşmazlığın etkilediği kamu çıkarları ile mutlaka dengelenmelidir. Örneğin, finans kuruluşlarının müşterileriyle yapmış oldukları tip sözleşmeler çerçevesinde gündeme gelebilecek rekabet ihlali iddialarına ilişkin olarak başlayacak tahkim süreçlerinin

⁷¹⁴ İTOTAM Tahkim Kuralları, m.7, m.32, m.44.

<https://www.itotam.com/Dosyalar/ITOTAM%20TAHKIM%20KURALLARI-%202014.04.2016.pdf> (Son Erişim: 20.09.2017)

⁷¹⁵ Giray, 70; Karademir, s. 80.

⁷¹⁶ Giray, s. 108-109.

kamuoyundan gizli tutulması, rekabet hukukundan beklenen kamusal çıkarların etkin biçimde korunmasını engelleyen bir nitelik gösterebilir. Bu durumda gizlilikten doğan özel çıkarlar yerine şeffaflığa bağlı kamu yararına öncelik verilmeli, durumun özelliklerine göre kamuoyunun bilgilenmesine olanak sağlanmalıdır.⁷¹⁷

Diğer yandan vurgulamak gerekir ki, Türkiye, AB ve AB'ye üye ülkeler örneğindeki gibi rekabet kurallarının kamusal bir otorite olan Rekabet Kurumu aracılığıyla idari olarak uygulanmasını öngören bir sistemi benimsemiştir. Kamu otoritesince idari uygulamayı esas alan bu sistemde özel kişilerce açılan tazminat davaları, her ne kadar özendirilse de ABD örneğinin aksine rekabet kurallarının uygulanması bakımından hayati bir nitelik taşımamaktadır.⁷¹⁸ Zira gizli kalmış veyahut özellikle saklanmış ihlallerin ortaya çıkarılması bakımından önemli görev ve sorumlulukları bulunan bir rekabet otoritesinin varlığı bu alandaki caydırıcılık ve şeffaflık bakımından önemlidir.

Sonuç olarak, tahkim sürecindeki gizlilik ilkesi nedeniyle Türkiye'deki tahkim süreçlerinde rekabet hukuku kurallarının daha az veyahut daha etkinsiz uygulanması gibi bir olumsuzluktan söz etmenin mümkün olmayacağı düşüncesindeyiz.

2. Kararların Gerekçeli Yazılmaması

MTK m.14(A) ve HMK m.436(c)'de hakem kararının dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesinin hakem kararında yer alması gereken zorunlu unsurlardan biri olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, hakem kararlarının gerekçeli olması

⁷¹⁷ Giray, s. 103-104.

⁷¹⁸ Bkz.: O'Connor, Kevin J./Renfro, Hannah L./Briggs, Adam C.: *Interaction of Public and Private Enforcement*, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, (Foer, Albert A./Cuneo, Jonathan. W., Edlr.), içinde, Edward Elgar, 2010, s. 248-249; Zekos, *Competition Arbitration*, s. 14.

zorunludur.⁷¹⁹ Aynı şekilde, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa-Cenevre Sözleşmesi m.VIII'de ilke olarak hakem kararlarının gerekçeli olması hükme bağlanmıştır.

Hakemlerin dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak verdikleri kararlar haricindeki kararlarının gerekçesiz olması veyahut yetersiz bir gerekçeye dayanması durumunda iptal edilmesi söz konusudur.⁷²⁰ Gerçekten HMK m.27 uyarınca hukuki dinlenilme hakkı “kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini” içerir. Yargıtay, gerekçeli karar verme yükümlülüğünün tahkim yargılamalarında da gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁷²¹ Yargıtay söz konusu kararda şu tespiti yapmıştır:

“Hukuki dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukuki uyuşmazlıklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı şekilde hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır.”

Bu noktada, gerekçeli karardan beklenen kamusal yararın elde edilebilmesine ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekir. Kamu erişimine açılmadıkça hakem kararlarının gerekçeli olup olmaması yalnızca tarafların hakem kararına yönelik

⁷¹⁹ Akıncı, *Arbitration Law*, s. 139; Kalpsüz, s. 88.

⁷²⁰ Kalpsüz, s. 90.

⁷²¹ Bkz.: Yargıtay 8.HD, 29.1.2013, E. 2012/10670, K. 2013/944. Anılan karardaki gerekçeye Yargıtay HGK 13.05.2015 tarih, E. 2013/8-2201, K. 2015/1326 sayılı kararında yer verilerek HGK tarafından da benimsenmiştir.

algıları bakımından bir anlam ifade edecektir. Hakem kararlarının yayımlanarak kamuya açık hale getirilmesi ise gizlilik ilkesi gereğince ancak tarafların rızasıyla mümkündür. Türkiye’deki kurumsal tahkim merkezlerinin ilke olarak gizliliği kabul ettikleri düşünüldüğünde Türkiye’de gerçekleşecek tahkim yargılamalarında rekabet kurallarına aykırılık iddialarının ne şekilde karara bağlandığından kamuoyunun bilgilendirilmesinin pek mümkün olmadığı açıktır.

Öte yandan gerekçeli kararların niteliği ve gizliliği sorunu hakem kararlarına özgü değil fakat Türk hukuk sistemine ilişkin genel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira hakem kararlarında olduğu gibi, hukuk mahkemelerince verilen kararların gerekçelerine de yalnızca taraflar erişim sağlayabilmekte, temyiz seviyesinde Yargıtay kararlarına ise ancak emsal niteliğinde kabul edilerek yayımlanmak üzere seçilenler bakımından sınırlı bir erişim söz konusu olmaktadır. Buna ek olarak gerekçeli kararlarda yer alan gerekçelerin hukuki niteliği ve değeri ayrıca tartışma konusudur.⁷²² Bu nedenle, gerekçeli kararların niteliği ve gizliliğine ilişkin çekinceler tahkimin rekabet uyumsuzluklarının çözümü konusunda etkin bir yöntem olarak gelişmesinin önünde bir engel olarak değerlendirilmemelidir.

3. Hakemlerin Delil Toplama Yetkilerinin Kısıtlılığı

Rekabet ihllalerinin genellikle gizli oluşu dikkate alındığında bunların ortaya çıkarılması bakımından belirli kayıt ve belgelerin incelenmesi yerine konuyla ilgili olabilecek tüm kayıt ve belgelerin taranması önemlidir. Zira rekabet ihlalinin varlığına ilişkin kanıtların nereden ortaya çıkacağının önceden bilinmesi mümkün değildir. Müşterek Hukukun önemli bir usul aracı olan ancak Amerikan hukukunda

⁷²² Bkz.: **Demirkol**, Selami: *Mahkemelerce Ciddi Bulunmayan Anayasaya Aykırılık İddialarının Gerekçeli Olarak Karşılanmaması Sorunu: Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı İlkeleri Bağlamında Konunun İrdelenmesi*, 66 İÜHF 3,14, (2008).

nispeten geniş ve etkili biçimde uygulanan dava konusuna ilişkin delillerin taranmasına imkan veren delil sunumu (*discovery*) prosedürü son derece kapsamlı, zahmetli ve maliyetli bir süreç olmasına rağmen mahkemelerin kontrolünde maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlayan etkin bir delil elde etme yöntemi olarak görülmektedir.⁷²³

UNCITRAL Model Kanunu doğrultusunda hazırlanan HMK (m.424) ve MTK (m.8) anılan kanunlardaki emredici hükümler saklı kalmak üzere taraflara yargılama usulünü belirleme hakkı vermektedir.⁷²⁴ Bu bağlamda taraflar, kendileri bir usul belirleyebilecekleri gibi diledikleri bir usul düzenlemesine atıfta da bulunabilirler.⁷²⁵ Şayet bu tür bir anlaşma yoksa hakemler delillerin toplanması ve tespiti konusunda önemli yetkiler tanıyan HMK m.414, 431, 432 veyahut MTK m. 12 ışığında kendi belirleyecekleri usule göre delil toplayacaktır.

HMK, ihtiyati tedbir, delil tespiti gibi usuli işlemler bağlamında hakemlere sağlanan yetkiler bakımından MTK'ya göre oldukça ileridedir; ancak, hakemlerin delil toplanması konusunda tarafları zorlama yetkisi bulunmadığından hakem kararına direnilmesi durumunda aleyhe sonuç çıkarma veyahut kararın infazı için mahkemenin yardımını isteme seçenekleri gündeme gelebilecektir.⁷²⁶

⁷²³ **Goldberg**, Joshep/**Gustafson**, Dan, E.: “*Pretrial Discovery in Civil Litigation*”, Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook, (Foer, Albert A./Stutz, Randy, Edlr.), Edward Elgar, Cheltenham, 2012, s. 181; **Teomete-Yalabık**, Fulya: İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanmasında Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 290-291.

⁷²⁴ **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 97; **Hacıbekiroğlu**, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, XII Levha, İstanbul, 2012, s. 79; **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 32.

⁷²⁵ **Kalpsüz**, s. 79; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, Ankara, 2016, s. 771; **Hacıbekiroğlu**, s. 80.

⁷²⁶ **Akıncı**, *Arbitration Law*, s. 123; **Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel**, s. 33; **Hacıbekiroğlu**, s. 81; **Yeşilova**, s. 731; **Aygül**, Musa: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delillerin Milletlerarası İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi ve Karşılaşılabilecek Sorunlar, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, 261-290, (2013), s. 263.

HMK ve MTK’da öngörülen usul serbestisinin sınırlarını tespit etmek zordur. Örneğin, hakemlerin Amerikan hukukundaki *discovery* usulüne benzer bir delil elde etme usulü öngörebilmeleri mümkün müdür? Türk usul hukukunda bu tür bir yöntem bulunmamaktadır; ancak, taraflarca aksine bir anlaşma yapılmamış ise hakemlerin usule ilişkin yetkileri geniş yorumlanarak⁷²⁷ emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla bu soruya olumlu yanıt verilmesi mümkündür.⁷²⁸ Nitekim bu usul serbestisi ve esneklik, tahkim yönteminden elde edilmesi beklenen avantajların en önemlilerinden biridir.⁷²⁹

Ancak, *discovery* usulünün tüm olanaklarının harekete geçirilmesi tahkim yargılamasından beklenen hız ve düşük maliyet özelliklerine uygun düşmeyeceği gibi, farklı ülkelerin hukuk sistemleri bakımından mahkemelerin yardımı, tanıma ve tenfiz süreçlerinde kamu düzeni gerekçesine dayalı hukuki engellerle karşılaşılması mümkündür. Örneğin, uyuşmazlık konusuna ilişkin bilgi ve belgelerin başka ülkede bulunması durumunda yargısal yardım talebi gündeme geldiğinde bu tür bir sorunun doğması söz konusu olacaktır. *Discovery* usulündeki geniş çerçeveden yararlanılması suretiyle belirli bir bilgi/belgeye atıf yapılmadan genel bir ifade kullanılarak konuyla ilgili tüm belgelerin ibraz edilmesi tarzında bir talebin delil avı niteliğinde bir talep olarak Türk usul hukukunun temel ilkelerinden olan somutlaştırma yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı ve bu nedenle kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir.⁷³⁰ Ancak

⁷²⁷ Yeşilova, s. 731.

⁷²⁸ Erten, Rifat: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet, Ankara, 2010, s. 43; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 122.

⁷²⁹ Aygül/Gültutan, s. 114.

⁷³⁰ Aygül, s. 280.

somut biçimde ayırt edilebilir nitelikleri belirtilmiş olan bir delilin elde edilmesine yönelik taleplerin kabul edilmesi söz konusu olacaktır.⁷³¹

Sonuç olarak, HMK ve MTK’da tanınan usul serbestisi çerçevesinde, tarafların anlaşmazlık konusuyla ilgili görülen tüm bilgi ve belgeleri incelemeye açmalarını ve ilgililerin ifadelerinin alınmasını öngören *discovery* tarzında usul kurallarının hakemlerce benimsemesine kanımızca bir engel bulunmamaktadır. Bu kuralların kapsamının, delil elde edilmesine yönelik faaliyetlerin delil avı niteliğine bürünmeyecek derecede dar ve fakat gizli rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasını sağlayabilecek derecede geniş belirlenmesi hususu konularında uzman hakemlerin varlığına bağlı olacaktır.

4. Üç Kat Tazminat Tartışması

RKHK’da mehz AB rekabet hukukundan ayrılan son derece önemli bir düzenleme, ABD rekabet hukuku örnek alınarak getirilmiş bulunan üç kat tazminat düzenlemesidir.⁷³² Söz konusu düzenlemenin yer aldığı RKHK’nın 58. maddesi şu şekildedir:

“Zararın Tazmini

Madde 58 – Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlandırmaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlandırmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın

⁷³¹ Aygöl, s. 281.

⁷³² Aksoy, s. 53; Sanlı, *Geçersizlik*, s. 451, dn. 16; Öz, Gamze Aşçıoğlu: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 184.

belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”.

Yukarıda yer verilen maddede birçok sorunu aynı anda çözme kaygısından kaynaklandığı anlaşılan bir anlatım sorunu bulunmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında zararın hesaplanma yöntemi, tazmin borçluları sayılmış ancak ilk cümlede tazminat alacaklısı olarak “zarar görenler” yer alırken ikinci cümlede “teşebbüsler” ifadesi yer almıştır. İkinci cümledeki bu farklılığın teşebbüs niteliğindeki davacılar bakımından zararın belirlenmesine ve tazminatın kapsamına yönelik özel bir düzenleme iradesinden kaynaklandığı, bu nedenle anılan ifadede kanun koyucunun tazminat alacaklılarını yalnızca teşebbüs niteliğindeki piyasa aktörleriyle sınırlamadığı açıktır.⁷³³ Nitekim RKKH’nın “Tazminat Hakkı” başlıklı 57. maddesinin yasama gerekçesinde “..zarar gören teşebbüs niteliğindeki veya bu nitelikte olmayan gerçek ve tüzel kişiler..” denilerek teşebbüsler dışında özellikle zarar gören tüketicilerin dava hakkının bulunduğu vurgulanmıştır.⁷³⁴

Doktrinde, RKKH m. 58(2)’de yer alan üç kat tazminat düzenlemesinin caydırıcılığı ön plana alan cezai nitelikte bir tazminat olduğu yönünde ciddi bir

⁷³³ Aksoy, s. 50; Topçuoğlu, *Hukuki Sonuçlar*, s. 308, 312; Coşkun, Sevdâ Yaşar: *Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. Journal of Current Researches on Social Sciences, C.7, S.1 (2017), s. 162-163.

⁷³⁴ RKKH Madde Gereççeleri, <http://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri> (Son Erişim: 17.01.2018).

eğilim bulunmaktadır.⁷³⁵ Bu yöndeki görüşler dikkate alınacak olursa üç kat tazminata yalnızca mahkemelerce karar verilebileceğinin kabulü gerekeceğinden ABD hukukundaki durumun aksine üç kat tazminat talebinin tahkime elverişli olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.⁷³⁶

Ancak, RKHK m. 58(2)'de yer alan üç kat tazminat düzenlemesinin rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmin edilememe riski karşısında bu zararların doğru bir biçimde tazmin edilmesini amaçlayan özel bir tazminat türü düzenlemesi olduğu görüşü kanımızca ekonomik verilerle desteklenen sağlam gerekçelere dayanmaktadır.⁷³⁷

Öte yandan, üç kat tazminat kavramının cezalandırıcı niteliğinin bulunduğu kabul edilse dahi, sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkeleri çerçevesinde bu tür bir tazminata karar vermek üzere hakemlerin yetkilendirilmesinin olanaklı olduğu kabul edilmelidir.⁷³⁸ Zira, cezai nitelikte olduğu kabul edilse dahi tazminata karar verme yetkisi ile bu tazminatin tenfizine yönelik icrai güç kullanma yetkisi birbirinden farklı kavramlardır.⁷³⁹

⁷³⁵ **Tiryakioğlu**, s. 17; **Aksoy**, s. 53; **Sanlı**, *Özel Hukuk*, s. 47; Ayrıca Bkz.: **Ayhan**, s. 126; **Turhan**, **Ozan**: Amerikan Antitröst Yasalarının Özel Hukuk İlişkilerine Tatbiki Sonucu Ortaya Çıkan ‘Trebble Damages’ Kararlarının Avrupa ve Türkiye’de Tenfizi Sorunu, YÜHFD C. 7, S.1 (2010), s. 108-109.

⁷³⁶ Krş.: **Topçuoğlu**, Metin: Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat (*Üç Kat Tazminat*), Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 10.

⁷³⁷ Aynı yönde: **Ayhan**, s. 121; **Öz**, s. 184; **Akıncı**, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001, s. 386; **Taşpınarlı**, Caner: Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 83. Krş.: **Connor/Lande**, s. 2015-2018; **Blechman/Garvey**, s. 1400; **Wheeler**, s. 1337-1340. Ayrıca üç kat tazminat düzenlemesinin ceza niteliğinde olmayan bir cezai şart olduğu yönündeki görüş için bkz.: **Topçuoğlu**, *Üç Kat Tazminat*, s. 307.

⁷³⁸ **Ayhan**, s. 126.

⁷³⁹ Krş.: **Ware**, s. 561-565.

Bu çerçevede, RKHK m. 58(2) çerçevesinde ileri sürülebilecek üç kat tazminat taleplerinin de tahkime elverişli olduğu ve hakemler tarafından karara bağlanabileceği düşüncesindeyiz.⁷⁴⁰

Üç kat tazminat konusuna ilişkin olarak MÖHUK m. 38(2)'de yer alan *“Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez”* biçimindeki düzenleme hukukumuz bakımından üç kat tazminat taleplerinin tahkime elverişliliğine engel oluşturmayacaktır. Çünkü RKHK’nın 58(2) maddesinin uygulanması durumunda da üç kat tazminata hükmedilmesi mümkündür.

⁷⁴⁰ Aynı yönde: **Ayhan**, s. 126.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

REKABET UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN HAKEMLER VE MAHKEMELER TARAFINDAN İNCELENMESİ

Tahkime elverişlilik kavramı, hakem kararı öncesinde (*pre-award*) ve sonrasında (*post-award*) olmak üzere iki farklı zaman diliminde inceleme konusu yapılabilir.⁷⁴¹ Tahkime elverişlilik, hakem kararı öncesinde, hakem kuruluna karşı ileri sürülen yetki itirazı ya da tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede esasa ilişkin açılan davada ileri sürülen tahkim itirazı biçiminde ortaya çıkarken, hakem kararı sonrasında ise hakem kararının iptaline veya tanınması/tenfizine yönelik davalarda iptal gerekçesi veya tanıma/tenfiz engeli biçiminde kendini göstermektedir.⁷⁴²

Bu bölümde, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka ilişkin olarak ülke hukuklarındaki başlıca yaklaşımlar incelenecek daha sonra tahkime elverişlilik/yetki itirazının ortaya çıkış aşamasına göre tartışmalı hususlar konuya ilişkin Türk yargı kararları ışığında incelenecektir.

§1. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Tahkime elverişlilik kavramına uygulanmak üzere çeşitli ülkelere benimsenen hukuk kurallarının nitelikleri bakımından başlıca üç yaklaşımdan söz

⁷⁴¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 189; Barcelo, s. 1118. Krş.: Ataman-Figanmeşe, s. 40.

⁷⁴² Hanotiau, s. 875; Fortier, s. 271-272. Ayrıca Bkz.: Guzman, Andrew T.: *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, 49 Duke L.J. 1279, 1334 (2000), s. 1307-1308.

edilmesi mümkündür: Kanunlar ihtilafı yaklaşımı, münhasır yetki yaklaşımı ve uluslararası emredici kural yaklaşımı.⁷⁴³

I. Kanunlar İhtilafı Yaklaşımı

Geleneksel olarak, tahkim hukukunda kamu düzenine bağlı nedenlerle tahkime elverişliliğin tespiti kanunlar ihtilafı kurallarına dayanılarak yapılagelmıştır.⁷⁴⁴ Bu yaklaşım, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının ortaya konabilmesi için öncelikle kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde bulunacak bağlama noktası vasıtasıyla tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun bulunmasını öngörür.⁷⁴⁵

Kanunlar ihtilafı yaklaşımını benimseyen ülke hukuklarında tahkime elverişliliğe ilişkin açık düzenlemeler bulunmadığından tahkime elverişliliğin taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuk (*lex electionis*) çerçevesinde karar bağlanması söz konusu olmaktadır.⁷⁴⁶ Gerçekten, New York Sözleşmesinin V(1)(a) maddesi açıkça taraflara tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçme imkanı vermektedir. Tahkime elverişliliğe taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilmiş hukukun uygulanmasının temel mantığı taraflarca uyuşmazlığın seçilen hukuka göre tahkime elverişli olacağı düşünülerek belirlenmiş olmasıdır. Ancak, taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku nadiren somut biçimde belirlemektedirler.⁷⁴⁷ Şayet böyle bir seçim yapılmamış ise

⁷⁴³ Belohlavek, Alexander J.: The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute, Yearbook of International Arbitration, (Roth, M./ Giestlinger, M., Edlr.), Intersentia / DIKE / NWV, Antwerpen, 2013, 27-57, s. 42. Krş.:Huysal, s. 346.

⁷⁴⁴ Arfazadeh, s. 75; Huysal, s. 347.

⁷⁴⁵ Belohlavek, s. 42.

⁷⁴⁶ Belohlavek, s. 42; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 55.

⁷⁴⁷ Arfazadeh, s. 84; Hanotiau, s. 879.

muhtemel bağlama noktaları çerçevesinde seçilebilecek hukuklar oldukça geniş bir yelpaze oluşturmaktadır.

Kanunlar ihtilafı yöntemini benimsemiş ülke hukuklarında tahkime elverişli konular açıkça belirtilmediğinden, uyuşmazlığın temelini oluşturan hakkın özünü düzenleyen hukukta (*lex causae*) tahkime elverişli kabul edilip edilmediği araştırılmaktadır.⁷⁴⁸ Burada dikkat edilmesi gereken husus tahkime elverişlilik tartışmasının ortaya çıkış yeridir. Çünkü tahkime elverişlilik itirazı söz konusu olduğunda, mahkemelerce *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken hakemlerce uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları *lex loci arbitri*'den farklı olabilir; zira tahkime elverişsizliğe dayalı yetki itirazının yapıldığı hakem kurulunun milli hukuklardan bağımsız (*anasyonel/delocalized*) kurallar uygulama eğiliminde olması ihtimal dahilindedir.⁷⁴⁹

Örneğin, taraf iradelerine tabi olma ölçütünü benimseyen Türkiye'de yürüyen bir tahkim yargılamasında hakem kurulunun, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına diğer bir deyişle uyuşmazlığın tamamen taraf iradelerine tabi olup olmadığına hakkın özünü düzenleyen hukuka (*lex causae*) göre karar vermesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁵⁰

Ancak, hakim görüş, hakem kararı iptal veya tenfiz nedeniyle Türk mahkemelerinin önüne gelmiş ise, bu durumda, söz konusu mahkemenin tahkime elverişlilik itirazını tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka (*lex electionis*), bunun yokluğunda Türk hukukuna (*lex fori*) göre çözmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ Sajko, s. 963;

⁷⁴⁹ Belohlavek, s. 42.

⁷⁵⁰ Huysal, s. 362. Krş.: Poudret/Besson, s. 284.

⁷⁵¹ Şanlı, s. 327; Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2016, s. 54.

Şayet tahkime elverişliliğe *lex causae* uygulanacak olursa tahkim anlaşmasının özerkliği (*autonomy/separability*) ilkesi dikkate alınmamış olacak, tahkim anlaşması esas anlaşmayla aynı hukuki kaderi paylaşacaktır.⁷⁵²

Kanunlar ihtilafı yaklaşımı, tahkim yeri hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir hakem kararının tanıma/tenfiz istenen yer hukukunda tahkime elverişli olması durumunda bu ülkede tenfizine de olanak sağlamaktadır. New York Sözleşmesinin V(1)(e) maddesinde dolaylı biçimde işaret edilen husus da budur. Bu maddeye göre hakem kararının kararın verildiği üye ülkelerden birinde iptal edilmesi diğer ülkelere anılan hakem kararının tanınması/tenfizini reddetme olanağı sağlamakta, ancak bunu zorunlu tutmamaktadır.⁷⁵³ Nitekim bu husus Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin IX. maddesinde de açıkça hükme bağlanarak yalnızca Avrupa-Cenevre Sözleşmesinde belirtilen iptal nedenlerinin üye devletlerce tenfiz engeli olarak kabul edilebileceği benimsenmiştir.

Ne var ki, kanunlar ihtilafı yaklaşımı işlevi zayıflamış eski bir yöntem olarak günümüz koşullarına uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷⁵⁴ Zira tahkime elverişliliğin aslında hakem kurulunun yargı yetkisine (*jurisdiction*) ilişkin bir sorun olduğu tespiti yaygın bir kabul görmüştür.⁷⁵⁵ Brekoulakis'e göre, tahkime elverişlilik kavramı çeşitli kanunlarda nasıl düzenlenirse düzenlensin aslında kanunlar ihtilafı kuralı ile değil, tahkim yargılamasının yapıldığı ülkenin yargı organlarıyla hakem kurulları arasında yetki alanlarının dağıtımını sağlayan yetki ihtilafı kuralları ile ilgilidir.⁷⁵⁶

⁷⁵² Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 222.

⁷⁵³ Ataman-Figanmeşe, s. 59.

⁷⁵⁴ Arfazadeh, s. 76; Belohlavek, s. 42.

⁷⁵⁵ Brekoulakis, s. 101; Lehmann, s. 755; Hanotiau, s. 874.

⁷⁵⁶ Brekoulakis, s. 102

Gerçekten, tahkim anlaşması bulunmasa idi o uyuşmazlığa bakmakla yetkili olan mahkemeler ile tahkim anlaşmasına dayanarak bu yetkiye istisna getiren hakem kurulları arasında gerçekte bir yetki ihtilafı bulunduğu, tahkime elverişlilik kavramının da bu ihtilafın konusu olduğu yolundaki görüş kanımızca da sorunun çözümü bakımından en tutarlı ve etkin yaklaşım olarak görünmektedir.

II. Münhasır Yetki Yaklaşımı

Tahkim anlaşması temelde kişiler arası bir sözleşme olduğundan kişilerin geçerli iradelerinin ortaya konmasını, şeklini ve kapsamını sözleşme hukukunun kuralları belirlerken tahkime elverişlilik mahkemelerin ve yargı otoritelerinin yasal yetki alanıyla bağlantılı bir kavramdır.⁷⁵⁷ Tahkime elverişlilik engelleri genellikle kamu düzenine ilişkin kurallardan değil, devlet yargısının kamu düzeni kaygılarıyla konmuş bulunan münhasır yetkisinden kaynaklanır.⁷⁵⁸ Bu çerçevede geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı ve dolayısıyla tahkime elverişlilik meselesi bir yetki sorunudur.⁷⁵⁹

Münhasır yetki yaklaşımının benimsenmesi durumunda önündeki uyuşmazlığı çözme konusunda ulusal mahkemenin münhasır bir yetkisi olup olmadığı ve dolayısıyla hakemlerin konuyu ele alma yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda bir karar verebilmesi için *lex fori*'ye göre bir analiz yapması gerekir.⁷⁶⁰

Lex fori uyuşmazlık konusunu münhasıran ulusal mahkemenin yetki alanına dahil etmekte ise, diğer tüm hukuki unsurları bakımından geçerli bir tahkim şartına

⁷⁵⁷ Arfazadeh, s. 80; Morgan, s. 1064.

⁷⁵⁸ Brewer, s. 93; Arfazadeh, s. 77.

⁷⁵⁹ Rau, Alan Scott: "The Arbitrability Question Itself" 10 Am. Rev. Int'l Arb. 287,370 (1999), s. 309.

⁷⁶⁰ Sajko, s. 964-965.

rağmen ilgili ulusal mahkeme söz konusu uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olacaktır.⁷⁶¹

Münhasır yetki yaklaşımında tahkime elverişliliğin bir usul hukuku sorunu olduğu kabul edildiğinden mahkemelerin mutlak yetki alanlarına tabi olan uyuşmazlıkların tespit edilmesi tahkime elverişliliğin belirlenmesi bakımından yeterli görülmektedir. Yaklaşımın temeli kamu düzeni kaygılarına dayalı olarak bazı uyuşmazlıkların mutlak surette mahkemelerde çözülmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır. Türkiye’de taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan konular HMK m.408 ve MTK m.1’in ortak düzenlemeleri uyarınca mahkemelerin münhasır yetki alanındadır.

Bu çerçevede, mahkemelerin münhasır yetki alanlarına bırakılan unsurlarla çizilen tahkime elverişliliğe ilişkin sınırlar ülkelerin tahkime bakış açısını da yansıtmaktadır. Örneğin İsviçre hukukunda iç tahkim bakımından kanunlar ihtilafı yaklaşımı benimsenmiş iken, uluslararası tahkim bakımından “parasal çıkar” ölçütüne bağlı maddi bir kural getirilerek uluslararası emredici kural yaklaşımı benimsenmiştir.⁷⁶²

III. Uluslararası Emredici Kural Yaklaşımı

İsviçre’de ortaya çıkan ve Alman hukukuna sirayet eden uluslararası emredici kural yaklaşımıyla tahkime elverişliliğin maddi bir hukuk kuralına bağlanması suretiyle kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız, doğrudan doğruya uygulanması olanaklı bir tespit mekanizması meydana getirilmiştir.⁷⁶³ Gerçekten, tahkim konusu

⁷⁶¹ Arfazadeh, s. 81.

⁷⁶² Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 101; Jermini/Bernardoni, s. 19.

⁷⁶³ Belohlavek, s. 44

uyuşmazlığın tarafların özgür iradelerine tabi olup olmadığının tespit edilebilmesi bir kanunlar ihtilafı sorunu iken, uyuşmazlığın parasal/finansal çıkarlara ilişkin bulunup bulunmadığı hususu uyuşmazlığın esasına ilişkin bir olgudur.⁷⁶⁴

Ancak, İsviçre uygulamasında bazı tahkim kurulları serbest tasarrufa tabi hak ölçütünün belirlenmesinde söz konusu hakları düzenleyen anlaşmanın tabi olduğu hukuk (*lex causae*) yerine İsviçre hukukunu uygulamışlardır. Bu bağlamda, *lex loci arbitrii* kanunlar ihtilafı kuralıyla belirlenen hukuk olmaktan çıkarak uluslararası emredici kural formuna dönüşmüştür.⁷⁶⁵

İsviçre’de uluslararası tahkim uygulamaları 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun [*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*] 12. Bölümünde 176 ila 194. maddelerde düzenlenmektedir.⁷⁶⁶ IPRG m. 177(1) tüm parasal⁷⁶⁷ uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul ederken, İsviçre Medeni Usul Kanunu, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri tüm konuların tahkime elverişli olduğunu düzenlemektedir. Oldukça geniş kapsamlı bulunan ve Alman hukukunu da etkilemiş bulunan söz konusu tanımlama dolayısıyla İsviçre hukukunda kamu düzeni kavramının dar, tahkime elverişlilik kavramının geniş yorumlandığını

⁷⁶⁴ **Bucher/Tschanz**, s. 41-42; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 122.

⁷⁶⁵ **Belohlavek**, s. 44.

⁷⁶⁶ **Baron/Liniger**, s. 33; **Graf, Karin/Bieri**, De Vito Sandra: *Switzerland*, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms : Commentary (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.) Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013, s. 756.

⁷⁶⁷ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 177. maddesindeki *vermögensrechtliche Anspruch* ifadesinin finansal/parasal çıkar olarak yorumlanması gerektiği konusunda bkz.: **Bucher, Andreas/Tschanz**, Pierre-Yves: *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, 1989, s. 42; **Kaufmann-Kohler, Gabrielle/ Rigozzi**, Antonio: *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 101; **Jermine/Bernardoni**, s. 18; **Graf/Bieri**, s. 768.

söylemek mümkündür.⁷⁶⁸ İsviçre hukukundaki bu ikili düzenleme Alman ve Avusturya hukuklarına da mehz teşkil etmiştir.⁷⁶⁹

Alman Medeni Usul Kanunu'nun⁷⁷⁰ 1030. maddesinde ve Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun⁷⁷¹ 582. maddesinde tahkime elverişlilik bakımından ikili bir ölçüt getirildiği görülmektedir. Buna göre, tahkime elverişlilik herhangi bir finansal/parasal hakkı (*vermögensrechtliche Anspruch*) ilgilendiren konularda söz konusu iken parasal olmayan menfaatler bakımından irade özerkliği ilkesinin geçerli olduğu alanlarda, tarafların mahkeme içinde ya da dışında serbestçe uzlaşmaya varabilecekleri konularda geçerlidir.⁷⁷²

Fransa'da da Paris İstinaf Mahkemesinin *Ganz*⁷⁷³ ve *Labinal*⁷⁷⁴ kararları ve Fransız Temyiz Mahkemesinin *Dalico*⁷⁷⁵ kararı ile tahkime elverişlilik konusunda kanunlar ihtilafı yaklaşımı terk edilerek tahkime elverişliliğe Fransız hukukunun uluslararası kamu düzeni anlayışının uygulanması suretiyle karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁷⁶

⁷⁶⁸ **Baron/Liniger**, s. 33; **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 77-78; **Dessemontet**, François/**Stoffel** Walter, Swiss Private International Law, <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf> (Son erişim: 03.03.2017), s. 26. Ayrıca Federal Mahkemenin bu doğrultudaki yorumu için bkz.: *X. S.p.A. v. Y. S.r.l.* BGE 132 III 389, s. 393.

⁷⁶⁹ **Voit**, Ulrich: Die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht, PhD Dissertation, Universität Wien, 2009, s. 58.

⁷⁷⁰ Alman Medeni Usul Kanunu [(*Zivilprozessordnung*) dZPO]

⁷⁷¹ Avusturya Medeni Usul Kanunu [(*Zivilprozessordnung*) öZPO]

⁷⁷² **Von Zumbusch**, s. 302; **Sandrock**, s. 40; **Youssef**, s. 60-61; **Bulst/Hilbig/Mäger/Paul/Reher**, s. 334; **Voit**, s. 58.

⁷⁷³ *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, Paris Court of Appeal, 1st Chamber, 29 March 1991.

⁷⁷⁴ *Société Labinal v Société Mors & Westland Aerospace*, Paris Court of Appeal, 1st Chamber, 19 May 1993.

⁷⁷⁵ *Comité Populaire de la Municipalité d'El Mergeb v. Societe Dalico Contractors*, Cour de Cassation, Chambre Civile 1, du 20 Décembre 1993, 91-16.82 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030314> (Son Erişim: 30.11.2017)

⁷⁷⁶ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 230.

§2. TAHKİME ELVERİŞİLİLİĞİN HAKEM KARARI ÖNCESİNDE İNCELENMESİ

Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliğine ilişkin itirazlar hakem kararı öncesinde hakem kurulunda tahkime elverişsizlik/yetki itirazı biçiminde veyahut tahkim anlaşmasının varlığına rağmen esasa ilişkin açılan davalarda yapılacak tahkim şartı itirazı biçiminde adli mahkemelerde gündeme gelebilir.⁷⁷⁷ Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk yetki itirazının yapıldığı makama göre farklılık gösterebileceğinden hakemler ve adli mahkemeler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.⁷⁷⁸

I. Hakemler Tarafından Yapılacak İnceleme

Tahkime elverişlilik incelemesi bakımından öncelikle tahkim anlaşmasının geçersizliği ile anlaşma konusu uyuşmazlığın tahkime elverişsizliği arasındaki ilişkinin ortaya konması gereklidir. Tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarından birisi olarak değerlendirilmekte ise de tahkim anlaşmasının özerkliği (*autonomy/separability*) ilkesi çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği taraflarca gözetilebilecek bir mesele iken, tahkime elverişlilik kavramı taraf iradelerini aşarak ilgili devletin kamu düzeni anlayışı alanına giren bir sorun niteliğindedir.⁷⁷⁹ Bu anlamda, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile tahkime elverişlilik aslında özdeş kavramlar olmaktan uzaktır. Zira uyuşmazlığı inceleyecek makamın karşısında geçerli bir biçimde yapılmış tahkim anlaşması söz konusu iken çeşitli

⁷⁷⁷ Huysal, s. 350-351; Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 103; Poudret/Besson, s. 283; Hanotiau, s. 875.

⁷⁷⁸ Lew/Mistelis/Kröll, s. 330; Poudret/Besson, s. 283; Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 103.

⁷⁷⁹ Huysal, s. 348; Büyükalp, s. 2040.

nedenlerle hakemlerin yetki alanına girmediği için tahkime elverişsiz bir uyuşmazlık söz konusu olabilir.⁷⁸⁰

Tahkime elverişlilik sorunu ile karşı karşıya kalan hakemlerin çözmesi gereken iki ana sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim kurulunun kendi yetkisinin kaynağını oluşturan tahkime elverişlilik sorununu karara bağlayıp bağlayamayacağı, ikincisi ise tahkime elverişliliğin hangi hukuka göre ele alınacağıdır.

Açılmış olan bir tahkim davasında tahkime elverişlilik itirazı yapılması durumunda hakem mahkemesinin konuyu ele alarak kendi yargılama yetkisi hakkında karar verip veremeyeceği hususu uluslararası doktrin tartışılan önemli konulardan biridir.⁷⁸¹ Gerçekten tahkime elverişlilik kavramının sınırlarının çizilmesi, bu kavramı yorumlayıp uygulayacak makamın kim olduğu sorusuna verilecek yanıtla sıkı sıkıya bağlantılıdır.⁷⁸²

Buna ek olarak, tahkim anlaşması veya şartının esas sözleşmeden ayrı bir hukuki varlığı bulunup bulunmadığı hususu da tahkime elverişliliği belirleyecek makam olarak hakem mahkemesinin vereceği kararın sağlığını etkilemektedir.⁷⁸³ Tahkim anlaşmasının özerkliği (*autonomy, separability*) olarak adlandırılan ilke uyarınca “asıl sözleşmeden doğacak veya asıl sözleşme ile ilgili sorunların çözümünü düzenleyen tahkim şartının şekli ve maddi bakımdan geçerliliğinin asıl sözleşmeye bağlı olmayıp ayrı değerlendirileceği” kabul edilmektedir.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ Brekoulakis, *Arbitrability*, s. 38-39.

⁷⁸¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 395.

⁷⁸² Huysal, s. 337.

⁷⁸³ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 251; Lew/Mistelis/Kröll, s. 334.

⁷⁸⁴ Erkan, Mustafa: *Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi (Asıl Sözleşmenin Yokluğu)*, GÜHFD, C. XVII, 2013, s. 539

Competence-competence ilkesi, hakem heyetine kendi yetkisi hakkında karar verme gücü sağlarken tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi bu yetkinin asıl sözleşmeden etkilenmeden ayakta kalmasını temin eder. Başka bir ifadeyle, tahkim heyeti ayrılabilirlik ilkesi olmadan *competence-competence* ilkesine dayanarak kendi yetkisine karar verse bile davanın esası hakkında yetkisinin olmadığını ortaya koymak durumunda kalacaktır. Çünkü “*ayrılabilirlik ilkesi olmadan kompetenz-kompetenz kuralı, hakem heyetinin asıl sözleşmenin geçersizliğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararın geçerliliğini koruyamaz*”⁷⁸⁵

Tahkime elverişlilik sorununun ve dolayısıyla hakem kurulunun yargılama yetkisinin varlığının hakemlerce karara bağlanmasına ilişkin *competence-competence* ilkesi hakemlerin yetkisini güçlendiren ve bu anlamda birbirini tamamlayan bir nitelik arz etseler de farklı hukuki kavramlar olmaları⁷⁸⁶ nedeniyle aralarındaki işlevsel örtüşmeye rağmen farklılıklara dikkat edilerek ayrı ayrı incelenmelidir.⁷⁸⁷

A. Tahkim Anlaşmasının Özerkliği (*Autonomy/Separability*)

Hakem kurulu, kendi yetkisi üzerinde karar verebilmek için öncelikle bu kararı vermek üzere kullandığı yetkinin akdi dayanağını diğer bir deyişle tahkim anlaşmasını ortaya koymak durumundadır.⁷⁸⁸ Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hakem kuruluna sunma iradeleri bağımsız bir sözleşme halinde veyahut uyuşmazlığın kaynaklandığı asıl sözleşmede yer verilen bir tahkim şartı biçiminde ortaya çıkabilir.⁷⁸⁹

⁷⁸⁵ Erkan (*Asıl Sözleşmenin Yokluğu*), s. 546.

⁷⁸⁶ Weigand/Baumann, s. 87; Barcelo, s. 1116; Rosen, Janet A.: Arbitration under Private International Law: The doctrines of separability and competence de la competence, 17 Fordham Int'l LJ 17 599 (1993), s. 602.

⁷⁸⁷ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 399.

⁷⁸⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 251; Lew/Mistelis/Kröll, s. 100.

⁷⁸⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 334; Özel, *Kamunlar İhtilafı*, s. 35;

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir belgede düzenlenmesi halinde tahkim anlaşmasının bağımsız bir varlığı, özel bir amacı ve farklı bir hukuka tabi olabilme yeteneği bulunacaktır.⁷⁹⁰ Taraflarca tahkim anlaşması yoluyla hakem önüne götürülen uyuşmazlıklar genellikle sona erdirilmiş veyahut geçersizliği tartışma konusu yapılan asıl sözleşmelerden kaynaklanmaktadır.⁷⁹¹ Bu bağlamda, şayet tahkim anlaşması ayrı bir belge olarak düzenlenmiş ise asıl sözleşme hakkında ileri sürülecek söz konusu geçersizlik ve sona erme tartışmaları uyuşmazlığın hakemlerce çözülmesine etki etmeyecektir.

Ne var ki, uygulamada tahkim anlaşmalarının asıl sözleşme içinde bir bölümde veyahut maddede yer verilen bir tahkim şartı biçiminde akdedildiği görülmektedir.⁷⁹² Bu durumun sonucu olarak tahkim anlaşması ile asıl sözleşmenin hukuki varlıklarının birbirine olan bağlantısı önemli soru işaretlerini doğurmaktadır.

Tahkim kurumunu sistematik olarak tehdit eden⁷⁹³ sorun tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Asıl sözleşmenin geçersizliğinin tahkim şartına da sirayet ettiği kabul edildiği takdirde hakem kurulunun yargılama yetkisi de ortadan kalkacağından geçersizliğe ilişkin uyuşmazlığın hakemlerce karara bağlanması mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda asıl sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hukuki tartışmalar ve varılacak sonucun tahkim şartına olan etkisi, hakem kurulunun yargı yetkisinin varlığını etkilediği gibi asıl sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesini de etkilemektedir.⁷⁹⁴

⁷⁹⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 101.

⁷⁹¹ Weigand/Baumann, s. 88; Huysal, s. 181.

⁷⁹² Lew/Mistelis/Kröll, s. 102.

⁷⁹³ Asıl sözleşmenin geçersizliğinin tahkim şartını da doğrudan doğruya geçersiz kılması durumunun “Kendi kendini bertaraf eden” bir süreç olacağı ifade edilmektedir. Bkz.: Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 162.

⁷⁹⁴ Weigand/Baumann, s. 88; Born, s. 174.

İşte bu çerçevede geliştirilen tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi, bir sözleşme içindeki tahkim şartının da asıl sözleşmeden ayrı bir hukuki varlığa sahip olduğu ve tahkim şartının geçerliliğinin asıl sözleşmenin geçerliliğinden etkilenmeyeceği esaslarının kabul edilmesini ifade eder.⁷⁹⁵ Kıta Avrupası'nda *autonomy*, Müşterek Hukukta ise *severability/separability* olarak adlandırılan⁷⁹⁶ kavram Türk yazınında genellikle tahkim şartının “bağımsızlığı” veya “ayrılabilirliği” ifadeleriyle adlandırılmaktadır.⁷⁹⁷ “Ayrılabilirlik” sözcüğü Müşterek Hukuk sistemindeki *separability* kavramının karşılığı olmak üzere benimsendiği görüldüğünden çalışmamızda Kıta Avrupası hukuk sisteminde kullanılan *autonomy/autonomie*⁷⁹⁸ kavramının karşılığı olarak özerklik sözcüğü tercih edilmiştir.

19. yy sonu ve 20. yy başlarında esas sözleşmenin geçersizliğinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açacağı tüm dünyada yaygın bir biçimde kabul edilmekte iken, Alman ve İsviçre mahkemelerinin önemli bir kısmının tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız bir varlığı bulunduğu yaklaşımını geliştirdikleri görülmektedir.⁷⁹⁹ Alman ve İsviçre mahkemeleri, anılan zaman dilimi içinde davalı taraflarca esas sözleşmenin geçerliliğini etkileyen hile, hata, imkansızlık ve asıl sözleşme konusunun taraf iradeleriyle özgürce tasarruf edilememesi nedeniyle tahkime elverişsizlik iddiaları hakkında karar verme

⁷⁹⁵ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 162; Lew/Mistelis/Kröll, s. 102; Erkan (Asıl Sözleşmenin Yokluğu), s. 539; Huysal, s. 181; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 35.

⁷⁹⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 198.

⁷⁹⁷ Erkan (Asıl Sözleşmenin Yokluğu), s. 539. Ayrıca bkz.: Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 35, Huysal, s. 181, Özbay/Korucu, s. 45. Tahkim şartının, içinde yer aldığı sözleşmeden ayrı ya da bağımsız bir varlık biçiminde düşünülmesi varsayımsal ve soyut bir durum olduğundan *autonomy* kavramının karşılığı olarak “özerklik” ifadesi tercih edilmiştir.

⁷⁹⁸ Von Mehren, s. 1052; Poudret/Besson, s. 132; Rosen, s. 601, dn.18.

⁷⁹⁹ Nussbaum, Arthur: The Separability Doctrine in American and Foreign Arbitration, 17 N.Y.U. L. Q. Rev. 609, (1940), s. 610.

yetkisinin hakemlere bırakılması gerektiği görüşünü benimsemişlerdir.⁸⁰⁰

Autonomy/Separability doktrininin dört temel dayanağı bulunmaktadır: Tarafların iradeleriyle uyum sağlanması, tahkim sürecinin bütünlüğünün korunması, iki ayrı anlaşmanın varlığına dair hukuki varsayım ve mahkemelerin uyuşmazlığın esasını değil hakem kararlarını incelemesi gerektiği düşüncesi.⁸⁰¹

Amerikan eyalet mahkemeleri de Alman ve İsviçre hukukundaki bu gelişmeye kayıtsız kalmamış ve 1920’li yıllardan başlayarak tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesini benimsemişlerdir.⁸⁰² Federal seviyede ABD’de tahkim anlaşmasının özerkliği Amerikan Yüksek Mahkemesince 1967 tarihli *Prima Paint*⁸⁰³ davasıyla kabul edilmiş, 2006 tarihli *Buckeye*⁸⁰⁴ davasıyla bu ilkenin geçerlilik statüsü tescil edilmiştir.⁸⁰⁵

Modern tahkim hukukunun en önemli unsurlarından biri olan tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi milletlerarası tahkim merkezlerinin kurallarında ve pek çok devletin ulusal tahkim düzenlemelerinde yaygın bir biçimde kabul edilmektedir.⁸⁰⁶ Tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi HMK m.412(4) ve m.422(1), MTK m.4(4) ve m.7(H) uyarınca Türk hukukunda da tereddütsüz benimsenmektedir.⁸⁰⁷ MTK m.7(H)’nin ikinci cümlesinde yer alan “*bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne*

⁸⁰⁰ Nussbaum, s. 611.

⁸⁰¹ Rosen, s. 607

⁸⁰² Nussbaum, s. 614-615.

⁸⁰³ *Prima Paint Corp v Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967)

⁸⁰⁴ *Buckeye Check Cashing, Inc v Cardegna*, 546 U.S. 440 (2006)

⁸⁰⁵ Park, William W.: *Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?*, 11 Int’l Arb. L. Rev. 33 (2008), s. 49, dn.107.

⁸⁰⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 199; Erkan (*Asıl Sözleşmenin Yokluğu*), s. 539; Rosen, s. 602.

⁸⁰⁷ Akıncı, *Arbitration Law*, s. 102; Özbay/Korucu, s. 45; Karadaş, s. 73; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 114.

*karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz” ifadesi HMK m.422(1)’de de aynen kabul edilmiş olup Türk hukuku bakımından tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesini net bir biçimde ortaya koymaktadır.*⁸⁰⁸

Tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi, rekabet kurallarına aykırılık nedeniyle asıl sözleşmenin geçersizliğinin iddia edilmesi söz konusu olduğunda tahkimin işlevselliği bakımından önem kazanmaktadır. Örneğin, uygulamada sıkça görüldüğü üzere, üretici/sağlayıcı A ile dağıtıcı/yeniden satıcı B teşebbüsleri arasında yapılan dağıtım sözleşmesi çerçevesinde kurulmuş dikey nitelikteki bir ilişkide A’nın münhasıran kendi ürünlerinin satılması/dağıtılması şartı karşılığında B’ye ayni ve maddi destekte bulunduğunu ve fakat ortaya çıkan anlaşmazlık nedeniyle A’nın sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca uyuşmazlığı tahkime götürdüğünü düşünelim. Bu durumda B sözleşmedeki münhasırlığın muafiyet koşullarını taşımaması nedeniyle RKHK m.4’e aykırı olduğunu ve bu çerçevede sözleşmenin geçersiz bulunduğunu ileri sürerek tahkim sürecini engelleyemeyecek, tahkim yargılamasında hakemler RKHK’ya aykırılık itirazını da karara bağlayacaktır.⁸⁰⁹

B. Yetkiye İlişkin Karar Verme Yetkisi (*Competence-Competence*)

Tahkimde açılmış olan bir davada tahkim anlaşmasının geçersizliğine veyahut konunun tahkime elverişsizliğine bağlı olarak hakem kurulunun

⁸⁰⁸ Mülga HUMK m.519 uyarınca iç tahkim bakımından kabul edilmeyen bu ilke HMK ile benimsenmiştir. Bkz.: **Huysal**, s. 185.

⁸⁰⁹ Krş.: **Kühn**, s. 231.

yetkisizliğine yönelik itirazı yine aynı hakem kurulunun ele alarak karara bağlamasını öngören ilke *competence-competence* olarak adlandırılmaktadır.⁸¹⁰

Anılan ilkenin pozitif ve negatif olmak üzere iki farklı etkisi söz konusudur. Pozitif etki, hakemlerin önlerine gelen davada tahkime elverişliliğe ve dolayısıyla kendi yetkilerinin varlığına ilişkin karar verebilmelerini sağlarken; negatif etki, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemeye dava açılması durumunda mahkemece konunun tahkime gönderilmesine olanak tanır.⁸¹¹ *Competence-competence* ilkesi uyarınca hakem mahkemelerinin tahkime elverişliliğe ve bu anlamda kendi yetkilerine ilişkin karar verebilmeleri gerektiği hususu modern tahkim uygulamalarında,⁸¹² gelişmiş ülkelerin ulusal hukuklarında,⁸¹³ Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa-Cenevre Sözleşmesinde⁸¹⁴ ve kurumsal tahkim merkezlerinin usul kurallarında⁸¹⁵ benimsenmektedir.⁸¹⁶ Bu hukuki çerçeveye rağmen, *competence-competence* ilkesi tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi kadar evrensel bir biçimde benimsenmemiş olup çeşitli ülkelerde farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.⁸¹⁷

Tahkime elverişlilik sorunu eş zamanlı yürüyen tahkim süreciyle birlikte ulusal mahkemeler önüne geldiğinde konuyu ulusal mahkemelerin karara bağlaması

⁸¹⁰ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 160; Huysal, s. 181; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 102. Alman hukuku kaynaklı *kompetenz-kompetenz* ilkesi modern tahkim uygulamalarının önemli ilkelerinden biri haline gelmiştir. Bkz.: Erkan (*Asıl Sözleşmenin Yokluğu*), s. 545. Ayrıca bkz.: Lew/Mistelis/Kröll, s. 332; Carbonneau, *The Exuberant Pathway*, s. 297; Bridgeman, James; *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, 19 Eur. Bus. L. Rev. 147 (2008), s. 153. Weigand/Baumann, s. 87.

⁸¹¹ Barcelo, s. 1124.

⁸¹² Bkz.: Born, s. 203-205;

⁸¹³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 333; Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 253; Huysal, s. 181.

⁸¹⁴ Avrupa-Cenevre Sözleşmesi m. V(3). Bkz.: Born, s. 201; Barcelo, John J. : *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction - Separability and Competence - Competence in Transnational Perspective*, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1115, (2003), s. 1126.

⁸¹⁵ Weigand/Baumann, s. 88; Born, s. 219. Rosen, s. 613-614.

⁸¹⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 397; Fortier, s. 272; Poudret/Besson, s. 387; Yeşilova, s. 448; Rosen, s. 610; Rubino-Sammartano, Mauro: *International Arbitration Law and Practice*, Juris Publishing, Huntington, 2014, s. 877.

⁸¹⁷ Barcelo, s. 1123; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 395.

gerektiği görüşü de savunulmuştur.⁸¹⁸ Bu görüşü savunanlar, mahkemelerin tahkime elverişlilik sorununu hakem kararı sonrasında ele alarak iptal kararı vermesi durumunda tahkim süreçlerine yatırılan önemli zaman ve paranın ziyan olması ihtimaline binaen kararın mahkemelerce verilmesinin daha etkin ve ekonomik bir yol olacağına işaret etmektedir.⁸¹⁹

Tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi yaygın bir kabul görmüş olmasına rağmen *competence-competence* ilkesinin aynı derecede tereddütsüz uygulandığını söylemek zordur. Bu nedenle konunun karşılaştırmalı hukuk bakımından kısaca ele alınmasında yarar vardır.

1. Karşılaştırmalı Hukukta Competence-Competence İlkesi

a. ABD

Amerikan Kongresi, Federal Tahkim Kanunu’nu 1925’te kabul etmek suretiyle mahkemelerin tahkim anlaşmalarına yönelik tarihsel soğukluğunu tersine çevirerek tahkim uygulamalarını yaygınlaştırmayı ve mahkemelerdeki tıkanıklığı önlemeyi hedeflemiştir.⁸²⁰ Buna ilaveten “*Kanunun yürürlüğe konması, ilk ve her şeyden önce, tarafların akdettiği sözleşmelerin uygulanmasını sağlamaya yönelik Kongre iradesine dayanmaktadır*”.⁸²¹

Federal Temyiz Mahkemeleri, Federal Tahkim Yasası’nın hayata geçirilmesinde, “*tahkim anlaşmalarının yorumlanmasında her şüphenin tahkim*

⁸¹⁸ Poudret/Besson, s. 386. Ayrıca bkz.: Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 160, dn. 285; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 102.

⁸¹⁹ Poudret/Besson, s. 386, dn.11.

⁸²⁰ *Robert Lawrence Company v. Devonshire Fabrics, Inc.*, 271 F.2d 402, (2d Cir. 1959), s. 410.

⁸²¹ *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*, 470 U.S. 213, (1985), s. 220. “*Mahkemeler mümkün olduğu müddetçe tahkim anlaşmalarını uygulamak için Federal Tahkim Kanunu’nu kullanacaktır.*” *Monte v. Southern Delaware County Authority*, 321 F.2d 870, (3rd Cir. 1963), s. 874.

lehine çözülmeye yönelik federal politika”yı zaman içinde benimsemişlerdir.⁸²² Bu alt mahkeme ittifakını göz önünde tutan Amerikan Yüksek Mahkemesi de 1983 yılında tereddütlerin tahkim lehine çözülmesi esasını benimsemiştir.⁸²³

“Tahkime elverişlilik karinesi” olarak adlandırılan bu ilke çerçevesinde taraflar mahkemeleri açık bir biçimde yetkilendirmiş olmadıkça uyuşmazlığın tahkime elverişliliği konusunda da hakem kurulunun yetkili olacağı düşünülmekte ve bu anlayış mahkemelerce uygulanmakta iken Amerikan Yüksek Mahkemesi 1995 yılındaki *First Options*⁸²⁴ kararıyla bu karineyi tersine çevirmiştir. Anılan karardaki şu gerekçe dikkat çekmektedir:

*Uyuşmazlığın esasının tahkime elverişliliğinin tarafların uyuşmazlığı tahkime sunmaya karar verip vermediklerine bağlı olduğu gibi “tahkime elverişliliğe karar verme konusunda asıl yetki kimin” sorusu da tarafların bu konuda vardıkları anlaşmaya bağlanır...Eğer taraflar tahkime elverişlilik konusunu hakemlere sunma konusunda anlaşmamış ise bu durumda tahkime sunulmayan diğer tüm konularda olduğu gibi bu konuda da mahkeme karar vermelidir.*⁸²⁵

First Options kararıyla tahkime elverişlilik sorununu hangi makamın çözeceği hususu yanıtlanmış ise de tahkime elverişlilik kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu Amerikan Yüksek Mahkemesinin 2002 yılında verdiği *Howsam*⁸²⁶ kararında tartışılmıştır. Söz konusu kararda tahkime ilişkin savunmaların, örneğin tahkime ilişkin ön koşul ve şartların yerine getirilip getirilmediği gibi hususların ve

⁸²² Bkz.: *Dickinson v. Heinold Securities Inc.*, 661 F.2d 638, (7th Cir. 1981), s. 643; *Telenor Mobile Commc'ns AS v. Storm LLC*, 584 F.3d 396, (2d Cir. 2009), s. 406.

⁸²³ *Moses H. Cone Mem. Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, (1983), s. 24-25

⁸²⁴ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

⁸²⁵ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995), s. 943.

⁸²⁶ *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79 (2002).

davada iddia edildiği gibi feragat, gecikme ya da benzeri tahkim savunmalarının usule yönelik sorunlar olması nedeniyle hakimin değil hakemin karar vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kararda çizilen hukuki çerçevenin yarattığı sıkıntı 2010 yılındaki *Rent-A-Center*⁸²⁷ kararında da sürmüştür. Amerikan Yüksek Mahkemesi, anılan davada fahiş gabin (*unconscionability*) savunmasının tahkim sözleşmesine bir bütün olarak yöneltmesi nedeniyle tahkim anlaşmasının uygulanabilirliğini ilgilendirdiğinden mahkemeler değil hakem tarafından değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Benzeri bir belirsizlik, İkinci Daire Federal Temyiz Mahkemesinin 2014 tarihli NASDAQ⁸²⁸ kararında da tartışma konusu olmuştur. Bu davada NASDAQ borsasınca gerçekleştirilen *Facebook* halka arz işlemine ilişkin usulsüzlük iddiasına dayalı taleplerini tahkime götürmek isteyen bir aracı kurumun talebi, ilgili sözleşmedeki tahkim şartının yeterince açık olmaması nedeniyle tahkime elverişlilik konusunda mahkemenin karar vermesinin uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.⁸²⁹

b. Almanya

Alman hukukunda tahkim şartı ile bu şartın bağlı olduğu esas sözleşmenin geçerlilikleri bağımsız değerlendirilmekte olduğundan Alman hukuk kaynaklı *competence-competence* ilkesi uyarınca hakemler tahkim şartının geçerliliğini de karara bağlayabilmektedir.⁸³⁰

⁸²⁷ *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010)

⁸²⁸ *NASDAQ Group, Inc. v. UBS Securities, LLC*, 770 F.3d 1010 (2d Cir. 2014).

⁸²⁹ *NASDAQ Group, Inc. v. UBS Securities, LLC*, 770 F.3d 1010 (2d Cir. 2014), s. 1032.

⁸³⁰ *Von Zumbusch*, s. 303; *Hanefeld*, s. 481.

UNCITRAL Model Kanununu esas alan 1998 reformundan önce Alman tahkim hukukunda *kompetenz-kompetenz* olarak adlandırılan ilkenin oldukça liberal bir biçimde yorumlandığı, hatta bazı yazarlarca, tarafların açıkça hakemleri yetkileriyle ilgili karar verme konusunda yetkilendirmesi durumunda iptal davasında dahi mahkemenin inceleme yapamayacağının ileri sürüldüğü olduğu görülmektedir.⁸³¹ Tarafların açıkça tahkime elverişlilik konusunda hakemleri yetkilendirmediği durumlarda bu yetkinin varlığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁸³² Ancak her koşulda hakemlerin *competence-competence* ilkesine dayalı olarak kendi yetkilerine ilişkin verdikleri kararların hakim denetimine tabi olacağı kabul edilmektedir.⁸³³

1998 reformu sonrasında UNCITRAL Model Kanununun 8. maddesinin karşılığı olan ZPO'nun 1032. maddesinin (2). fıkrasına göre, bir Alman mahkemesi hakemlerin yargılama yetkisine yalnızca “tahkim kurulu oluşturulmadan önce” karar verebilir.⁸³⁴ Bu çerçevede, konuyu ele alan Alman mahkemesi ZPO 1032(1) uyarınca tahkime elverişliliğe ilişkin tam bir inceleme yaparken, hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararları bir ara karar niteliğinde olup nihayetinde iptal davasında yargısal denetime tabi olacaktır.⁸³⁵

c. Fransa

Fransa'da *competence-competence* ilkesinin CPC'de yapılan 1981 reformundan önce de mahkemelerce uygulandığı, uluslararası tahkim bakımından açık bir hüküm bulunmamasına rağmen Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de*

⁸³¹ Barcelo, s. 1131; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 107-108.

⁸³² Sandroek, s. 48.

⁸³³ Von Zumbusch, s. 303; Hanefeld, s. 487.

⁸³⁴ Barcelo, s. 1131.

⁸³⁵ Barcelo, s. 1131.

Cassation) tarafından kabul edildiği görülmektedir.⁸³⁶ Fransız hukukunda CPC m.1466, bir yetki itirazında bulunulması durumunda hakemlere kendi yetkileri hakkında karar vermek üzere münhasır yetki vermektedir.⁸³⁷

CPC m.1458 uyarınca, açıkça geçersiz olmayan bir tahkim anlaşmasının varlığı durumunda tarafların karşılıklı rızaları bulunmadıkça adli mahkemelerin yetkisi ortadan kaldırılmıştır. CPC m.1458(1)'e göre, tahkim süreci başlatılmış bir uyuşmazlığın mahkeme önüne gelmesi durumunda, m.1458(2)'ye göre ise uyuşmazlık tahkim süreci başlatılmamış olsa dahi açıkça geçersiz olmayan bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde mahkeme yetkisizlik kararı vermek zorundadır.⁸³⁸ Açıkça geçersizlik durumu ise dar yorumlanan ve mahkemelerin esasa girmeksizin *prima facie* incelemeye karar verecekleri bir kavramdır.⁸³⁹

Competence-competence ilkesinin uygulanmasıyla, hakem kurulunun uyuşmazlığın ele alınması ile ilgili “kronolojik önceliği” bulunması durumunda hakem kurulunun yargı yetkisinin tartışma konusu olduğu durumlarda bile, taraflar karşılıklı olarak yargı müdahalesine razı olmadıkları sürece mahkemeler tahkim yargılamasına müdahale edemeyecektir.

Bu çerçevede Fransız hukukunun konuya ilişkin yaklaşımı iki temel analize dayanmaktadır. Birincisi, hakem kurulunca incelemeye alınmış bir uyuşmazlık adli mahkeme önüne geldiğinde adli mahkeme yetkisiz olduğuna karar vererek tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı gibi sorunları hakem kuruluna bırakacaktır. İkinci olarak, uyuşmazlık henüz hakem kurulunca incelemeye

⁸³⁶ **Gaillard**, Emmanuel: *France*, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, içinde, Oxford University Press, Oxford, (2010), s. 432.

⁸³⁷ **Gaillard**, *France*, s. 432.

⁸³⁸ **Barcelo**, s. 1124.

⁸³⁹ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 407.

alınmamış ise, adli mahkeme *prima facie* incelemeyle ilk bakışta tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucuna ulaşırsa yargılamaya devam edecektir.⁸⁴⁰

d. İsviçre

İsviçre’de de açıkça kabul edilen *competence-competence* ilkesi IPRG m.186(1)’de kendini göstermektedir. Anılan madde uyarınca hakem kurulları kendi yetkileri üzerinde karar vermeye yetkilidirler. İsviçre hukukunda bu yetkinin emredici niteliği dolayısıyla aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağı belirtilmektedir.⁸⁴¹ Ne var ki, *competence-competence* ilkesi uyarınca sağlanan yetki mutlak olmayıp iptal davası bakımından İsviçre Federal Mahkemesinde, tanıma/tenfiz davaları bakımından da ilgili ülke mahkemelerinde yargısal denetime tabidir.⁸⁴²

2. Türk Hukukunda Competence-Competence İlkesi

UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanan MTK ve HMK’da *competence-competence* ilkesi kabul edilmiştir.⁸⁴³ MTK m.7(H)’de “*hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir*” denilerek bu ilke açıkça benimsenmiş, aynı düzenleme harfiyen HMK m.422(1)’e de alınmıştır. Bu bağlamda, Türk hukukunda hem iç tahkim hem uluslararası tahkim bakımından *competence-competence* ilkesinin açıkça benimsenmesiyle mülga HUMK m.519’dan kaynaklanan ve milli mahkemelerin yetkisinin ortadan kaldırılamayacağına ilişkin

⁸⁴⁰ Barcelo, s. 1124-1125.

⁸⁴¹ Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 239-240; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 109.

⁸⁴² Kaufmann-Kohler/Rigozzi, s. 239.

⁸⁴³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 773; Esen, Emre: *Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, (2011), s. 356,362.

görüşlerin⁸⁴⁴ dayanağı olan iç ve milletlerarası tahkim ayrımı bu bakımından ortadan kalkmıştır.⁸⁴⁵ Diğer yandan, MTK m.15(1)'deki düzenleme uyarınca UNCITRAL Model Kanunu'ndan farklı olarak hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin kararları hakkında mahkemeye itiraz ancak iptal davası ile birlikte gündeme gelebilecektir.⁸⁴⁶

Tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi olmadan asıl anlaşmanın geçerliliğine ilişkin tartışmaların tahkim şartına ve dolayısıyla hakem kurulunun yetkisine etki etmesi kaçınılmazdır. *Competence-competence* ilkesi ile tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi bu anlamda aynı amaca hizmet eder.⁸⁴⁷

Asıl sözleşmenin yokluğuna (*non-existent/keenlemyekün*) bağlı olarak tahkim şartının yokluğu tartışmaları, bu ilkelere hangisinin öncelikle aranması gerektiği sorusunu da beraberinde getirmektedir.⁸⁴⁸ Ancak, belirtmek gerekir ki, MTK ve HMK'da yer alan hükümlerden, hakemlerin tahkim anlaşmasının “var olup olmadığına” da karar verecekleri anlaşıldığından, ilkeler arasında bir öncelikten söz etmek mümkün değildir.⁸⁴⁹

Nitekim Yargıtay, henüz mülga HUMK yürürlükte iken vermiş olduğu 2007 tarihli bir kararında tahkim şartının geçerli olup olmadığı, MTK kapsamına girip girmediği hususunda karar yetkisinin hakemlerde olduğunu vurgulamıştır:

“7. maddenin H bendinde tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkileri

⁸⁴⁴ Bkz.: **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Alkim Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 619-620.

⁸⁴⁵ **Esen**, s. 377-378.

⁸⁴⁶ **Esen**, s. 376.

⁸⁴⁷ **Erkan** (*Asıl Sözleşmenin Yokluğu*), s. 545.

⁸⁴⁸ **Erkan** (*Asıl Sözleşmenin Yokluğu*), s. 547. Ayrıca bkz.: **Smit**, Robert H.: *Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?* 13 Am. Rev. Int'l Arb. 19 (2002).

⁸⁴⁹ Nitekim ICC Tahkim Kuralları m.6/9'da yokluk iddiası bulunsa da hakemlerin yetkisinin devam edeceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca bkz.: **Rosen** s. 615.

hakkında karar verme imkanı 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.”⁸⁵⁰

Kararda, *competence-competence* ilkesini yalnızca pozitif etkisi (hakemlerin önlerindeki yetki itirazını karar bağlayabilmeleri) yönüyle değil, negatif etkisi (mahkemelerde tahkim itirazının yargılamayı durdurması) yönüyle de benimsediği görülmektedir.

Yargıtay, 2014 tarihinde verdiği bir diğer kararda da bu çizgisini korumuştur.⁸⁵¹ Anılan kararın karşı oyunda hakemlerin yalnızca önlerine gelen bir başvuru konusunda karar yetkisine sahip oldukları, ancak mahkemelerde açılan davalarda bu konunun mahkemece karara bağlanması gerektiği görüşü dile getirilmiş ise de çoğunluk “tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğu” görüşündedir. Danıştay da imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak açılan davada benzer bir yaklaşım sergilemiştir.⁸⁵²

Tahkime elverişliliğin hakemlerce re’sen gözetilerek inceleneceği görüşü⁸⁵³ yaygın kabul görmüş olmayıp, aksine hakemler tarafından re’sen inceleme yapılmaması görüşü de doktrinde ciddi bir biçimde savunulmaktadır.⁸⁵⁴

⁸⁵⁰ Yargıtay 15.HD, 27.06.2007 tarih, E.2007/2145, K.2007/4389.

⁸⁵¹ Yargıtay 15.HD, 01.07.2014 tarih, E.2014/3330, K.2014/4606.

⁸⁵² Danıştay 13. Dairesi, 07.01.2009, E.2008/12346, K.2009/78. Bkz.: **Esen**, s.378.

⁸⁵³ **Akıncı**, *Arbitration Law*, s. 153; **Balssen/Kınıkoğlu**, s. 46.

Hakemlerin tahkime elverişlilik konusunda en azından genel hukuk ilkelerine aykırı bulunan, hiçbir ülkede hukuki himaye göremeyecek tahkim anlaşmaları bakımından re'sen inceleme yapması gerekliliği kabul edilir⁸⁵⁵ ise, kanımızca hakemlerin bu durumun varlığına ilişkin bir tespitte bulunabilmesi de re'sen inceleme yapmalarına bağlıdır. O halde, hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik değerlendirmesi yapması, kendi tespit edebilecekleri tahkime elverişsizliğe dayalı iptal nedeniyle ortaya çıkacak zahmetli ve masraflı bir sürecin önüne geçebilmeleri anlamına geldiğinden, özen borcuna uygun davranılması gerekliliğine de uygun olacaktır.⁸⁵⁶

Asıl olan adli mahkemelerin yargı yetkisi olduğundan istisnai bir yargı yetkisi⁸⁵⁷ kullanan hakemlerin kendi yetkilerinin varlığının temelini oluşturan tahkime elverişlilik hususunu re'sen değerlendirmek durumundadırlar.⁸⁵⁸ Bu tespit, *competence-competence* ilkesiyle de uyumlu olup, hakemlerin yürüttükleri hizmetin yalnızca taraflara yönelik özel nitelikte bir hizmet değil, fakat temel kamusal çıkarları da ilgilendiren bir görev niteliğinde olduğu gerçeğine dayanmaktadır.⁸⁵⁹

C. Hakemlerce Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Tahkime elverişlilik, aynı zamanda hakemlerin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmadıklarını da belirlediğinden tahkime elverişlilik analizinin hangi hukuka göre yapılacağı sorusu hakemlerin önündeki en zor ve önemli sorulardan birisidir.⁸⁶⁰ Zira tahkime elverişliliğe uygulanmak üzere seçilen hukuka göre ilgili uyuşmazlık

⁸⁵⁴ Huysal, s. 334-335.

⁸⁵⁵ Huysal, s. 335.

⁸⁵⁶ Lew/Mistelis/Kröll, s. 220.

⁸⁵⁷ Bkz.: Yargıtay HGK, 18.10.2006, E. 2006/15-609, K. 2006/656

⁸⁵⁸ Rubino-Sammartano, s. 160-161.

⁸⁵⁹ Yeşilova, s. 367; Lew/Mistelis/Kröll, s. 221; Mourre, s. 14-16.

⁸⁶⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 188; Hanotiau, s. 878.

konusunun tahkime götürülemeyeceği sonucuna ulaşıyor ise tahkim anlaşması baştan beri (*ab initio*) geçersiz ve dolayısıyla hakem kurulu da yetkisiz olacaktır.⁸⁶¹

Bu nedenle, tahkime elverişli olmadığı açıkça düzenlenmiş bulunan bir konuda önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak hakem kurulunun yetkisizlik kararı vererek ilgili uyuşmazlıktan el çekmesi gerekecektir.⁸⁶²

Tahkim anlaşmasının özerkliği ve *competence-competence* ilkelerinin yaygın kabul görmesiyle tahkime elverişlilik konusunda karar verme yetkisi bakımından güçlenmiş olan hakemlerin bu konudaki yaklaşımları zamana, tahkim yerine ve tahkim merkezinin kurumsallığına göre değişmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yargılamasının yapıldığı devletin tahkime bakış açısı ve tahkimdeki çıkarları etkin rol oynamaktadır.⁸⁶³ Devletler tahkime elverişlilik konusunda kendi kamu düzeni anlayışını kabul ettirme yarışında olduklarından bu konuda ortaya çıkan bu görüş farklılıkları şaşırtıcı değildir.⁸⁶⁴

Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda mahkemeler, hakemler ve yazarlar arasında uzlaşılabilen tek konu tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun ne olması gerektiği hususundaki görüş ayrılıklarıdır.⁸⁶⁵ Milletlerarası antlaşmalar da bu konuda suskun görünmektedir.⁸⁶⁶

Ulusal mahkemelerin doğrudan uygulamakla yükümlü oldukları iç hukuk kurallarının mevcudiyeti nedeniyle işleri görece daha kolay iken uluslararası tahkim

⁸⁶¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 188; Hanotiau, s. 874; Brekoulakis, *Arbitrability*, s. 37. Krş.: Akıncı, *Arbitration Law*, s. 38; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 38. Ayrıca bkz.: Oğuzman/Öz, s. 84.

⁸⁶² Huysal, s. 343.

⁸⁶³ Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 99.

⁸⁶⁴ Lehmann, s. 761.

⁸⁶⁵ Yeşilova, s. 323; Lehmann, Matthias: *A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice*, 42 Colum. J. Transnat'l L. 753, (2004), s. 761.

⁸⁶⁶ Yeşilova, s. 325;

kurulları herhangi bir milliyete ya da belirli bir ülkenin yargı ağına mensup olmadıkları halde ulusal kanunlardan birini seçmek zorunda kaldıklarından kanunlar ihtilafı kavramından kaçınmaları pek mümkün değildir.⁸⁶⁷ Zira, hakem kurulunun uygulayacağı bir *lex fori* bulunamamaktadır.⁸⁶⁸ Buna ek olarak tahkime elverişlilikle ilgili olarak *lex fori*'ye işaret eden New York ve Avrupa Sözleşmeleri, tahkim kurullarına değil ulusal mahkemelere hitap etmektedir.⁸⁶⁹

Hakem kurulunun bir *lex fori*'si bulunmasa da gerek New York gerek Avrupa Sözleşmelerinde tahkim yeri hukukuna (*lex loci arbitri*) yapılan atıflar ve kararın iptal edilmesini önleme güdüsü nedeniyle hakemlerin tahkim yeri hukukunu dikkate aldıkları görülmektedir.⁸⁷⁰ Geniş anlamda tahkimin tabi olduğu hukuku ifade eden *lex arbitri* kavramından yola çıkan bazı yazarlar tahkime elverişliliğin de bu bağlamda milliyetsiz/yerden bağımsız (*anational/delocalized*) kurallar çerçevesinde çözülebileceğini ifade etmektedir.⁸⁷¹ Bununla birlikte, gerek New York Sözleşmesinin açık düzenlemesi, gerek hakem kararlarının tahkim yeri mahkemesince iptalini önlemek için *lex loci arbitri*'yi uygulama eğiliminde olduklarından pratikte yalnızca tahkim yeri hukukunun izin verdiği ölçüde bağımsızlıktan söz edilebilir.⁸⁷² Nitekim *delocalization* teorisinin uygulayıcısı olan Belçika da uluslararası tahkim alanında avantajını kaybetmesine neden olduğu gerekçesiyle bu yaklaşımı terk etmiştir.⁸⁷³

⁸⁶⁷ Lehmann, s. 757. Krş.: Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 39.

⁸⁶⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 122; Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 111; Lehmann, s. 757; Huysal, s. 351.

⁸⁶⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 196.

⁸⁷⁰ Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 111; Rubino-Sammartano, s. 158.

⁸⁷¹ Bkz.: Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 90, dn.67-68.

⁸⁷² Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, s. 91; Lew/Mistelis/Kröll, s. 197.

⁸⁷³ Bulut, Belma: *The Role of the Place of Arbitration in International Commercial Arbitration Proceeding; Turkey as a Place of Arbitration*, 4 Ankara B. Rev. 33, 46 (2011), s. 38.

Doktrinde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka ilişkin sekiz farklı alternatif önerilmiştir.⁸⁷⁴ Bu alternatifler şu şekilde sıralanabilir:

1. Tarafların ya da taraflardan birinin ulusal hukuku,
2. Tahkim anlaşması olmasaydı uyuşmazlığı çözmeye yetkili olacak mahkemenin bulunduğu ülke hukuku,
3. Esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*),
4. Tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*),
5. Tenfiz büyük ihtimalle isteneceği ülke hukuku (*lex loci executionis*),
6. Tahkim anlaşmasının/şartının tabi olduğu hukuk (*lex electionis*),
7. Tüm bu bağlama kurallarının kombinasyonu sonucu bulunacak hukuk,
8. Anasyonel yaklaşımın uygulanmasıyla bulunacak hukukun ortak ve temel ilkeleri.

Tarafların ulusal hukuklarının veyahut tahkim anlaşması bulunmaması halinde yetki sahibi olacağı varsayılan mahkeme hukukunun tahkim uygulamalarında neredeyse hiç kullanılmadığı belirtilmektedir.⁸⁷⁵

Muhtemel tenfiz yeri hukukunun (*lex loci executionis*) seçilmesi de hakemler tarafından karardan önce kesin olarak öngörülmesi mümkün olmayan bir hukukun seçimini gerektirdiğinden işlevsel görünmemektedir.⁸⁷⁶ Tenfiz yeri hukukunun

⁸⁷⁴ Lehmann, s. 758; Lew/Mistelis/Kröll, s. 196; Landolt, *Modernised*, s. 91. Krş.: Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 54; Huysal, s. 353. Lehmann, s. 758, Arfazadeh, s. 73, dn.1; Rubino-Sammartano, s. 157. Ayrıca bkz.: Lew/Mistelis/Kröll, s. 197, dn.26.

⁸⁷⁵ Lehmann, s. 760.

⁸⁷⁶ Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 56, Huysal, s. 369; Lehmann, s. 759.

tahkime elverişliliğin belirlenmesinde esas alınamayacağı, tenfize ilişkin riskleri davacının hesap etmesi gerektiği hususu haklı olarak dile getirilmektedir.⁸⁷⁷

Tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsızlığı (*separability*) ilkesi ile de uyumlu bir çözüm olarak tahkime elverişliliğe tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun (*lex electionis*) uygulanması gerektiği görüşü de ciddi taraftar bulmaktadır.⁸⁷⁸ Tahkime elverişliliğin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre belirlenmesi, tarafların tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuku belirleme hakları dolayısıyla ortaya çıkan irade özerkliğine saygı gösterilmesi esasına dayanır.⁸⁷⁹ Hatta bunun New York ve Avrupa Sözleşmelerinin öngördüğü çözüm olduğu hususu da dile getirilmiştir.⁸⁸⁰ Bununla birlikte, bu yaklaşımdaki en büyük zorluklardan birisi tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku nadiren belirlemeleridir.⁸⁸¹ Ancak tahkime elverişliliğin taraflarca seçilen hukuka göre belirlenmesine yönelik en önemli eleştiri, kamu düzenini ilgilendiren tahkime elverişliliğin taraf iradelerine bırakılmasının mümkün olmadığıdır.⁸⁸² Tahkime elverişlilik itirazı söz konusu olduğu takdirde taraflarca seçilen hukuk ile birlikte tahkim yeri hukukunun tahkime elverişlilik koşullarının aynı anda aranması da önerilmiştir.⁸⁸³ Ancak bu durumda dahi tahkim yeri hukukunun kamu düzeni anlayışından kaçınılması mümkün değildir.

Diğer yandan, uluslararası bakımdan tahkime elverişlilik sorununu malvarlığına ilişkin çıkarlar ölçütü çerçevesinde bir maddi hukuk (*substantive law*)

⁸⁷⁷ Poudret/Besson, s. 285; Huysal, s. 371.

⁸⁷⁸ Huysal, s. 353.

⁸⁷⁹ Lehmann, s. 758; Huysal, s. 354.

⁸⁸⁰ Hanotiau, s. 879.

⁸⁸¹ Huysal, s. 354; Arfazadeh, s. 84.

⁸⁸² Lehmann, s. 758.

⁸⁸³ Herrmann, Gerold: *Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?: The 1998 Freshfields Lecture*, 15 Arb. Int'l 211, (1999), s. 220.

kuralıyla çözümleyen İsviçre ve her iki ölçütü birleştiren Almanya’da mahkemeler yalnızca uyuşmazlık konusunun parasal çıkarlardan ibaret olup olmadığı hususunu tespit etmekle yetineceklerdir. Türkiye gibi tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklar ölçütüne ya da belirli kavramların tahkime elverişli veyahut elverişsiz olduğuna ilişkin düzenlemelere sahip ülkelerde konu kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde çözümlenecektir.⁸⁸⁴ Bu çerçevede hakemlerin genellikle *lex causae*’yi uyguladıkları görülmektedir.⁸⁸⁵ Ne var ki, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) seçilmesi durumunda tahkim anlaşmasının özerkliği ilkesi zarar görecektir.⁸⁸⁶ Buna ek olarak, tahkime elverişlilik kavramı tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir kavram olup doğası gereği tarafların irade özerkliği üzerinde hukuki bir sınırlama oluşturduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir.⁸⁸⁷ Tahkime elverişlilik bir yetki (*jurisdiction*) sorunu olduğundan esasa uygulanacak hukuka dayanılarak varılacak çözüm neticesinde tahkim yeri hukukunun kamu düzeni kurallarının dikkate alınmaması nedeniyle hakem kararının iptal edilme riski söz konusu olacaktır.

Uygulamada konuyla ilgili tüm hukukların dikkate alınarak bir karar verildiği de görülmektedir.⁸⁸⁸ Ancak mümkün olan tüm hukukların incelenmesi tahkimin hızlılık karakterine uygun olmadığı gibi verilen kararların tenfiz ve iptal davalarında mahkeme denetimine tabi olması açısından pratik bakımdan anlamlı da değildir.⁸⁸⁹

⁸⁸⁴ Huysal, s. 362. Krş.: Lew/Mistelis/Kröll, s. 194-195;

⁸⁸⁵ Huysal, s. 362.

⁸⁸⁶ Huysal, s. 355; Mourre, s. 22;

⁸⁸⁷ Brekoulakis, *Law Applicable*, s. 113; Poudret/Besson, s. 284; Sajko, s. 967.

⁸⁸⁸ Huysal, s. 373.

⁸⁸⁹ Huysal, s. 374.

Diğer bir yaklaşım da transnasyonel, hiçbir devlete ait olmayan, genel hukuk prensiplerinden hareketle ulaşılan kuralların uygulanmasıdır.⁸⁹⁰ Gerçekten uygulamada taraflarca tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuk seçilmemiş ise genellikle ya esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçildiği veyahut milli hiçbir hukuka ait olmayan anasyonel kurallarla da çözüme gidildiği belirtilmektedir.⁸⁹¹ Ancak, dayanılan hukuk kuralının kaynağının net bir biçimde ortaya konamaması nedeniyle ‘kimin kamu düzeni anlayışı?’ sorusu yanıtsız kaldığından anasyonel bir yaklaşımın hukuki meşruiyet sorunlarına neden olacağı, hakem kararının tenfizi konusunda sıkıntılar yaşanacağı açıktır.⁸⁹²

Sonuç olarak, irade özerkliği ilkesi tahkim yeri hukukunun emredici kuralları ile sınırlı olduğundan tarafların hukuk seçimine dayanılarak tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına bağlı tahkime elverişlilik ölçütlerinden etkilenmeyen bir tahkim yargılamasından söz etmek mümkün değildir.⁸⁹³ Bu nedenle, tahkime elverişliliğin belirlenmesinde tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*) yukarıda sayılan alternatifler arasında en sık başvurulmuş hukuk seçimi olmaktadır.⁸⁹⁴ Tahkim yeri Türkiye olan veyahut MTK’nın uygulanacağı uyuşmazlıklar bakımından hakem kurullarınca kabul edilebilecek en uygun çözüm yolunun Türk hukukunun tahkime elverişlilik ölçütlerinin uygulanması olduğu kanaatindeyiz.⁸⁹⁵ Bu çerçevede, rekabet hukukuna dayalı uyuşmazlıklardan kaynaklanan tazminat talepleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri mal varlığına ilişkin haklardan olmakla tahkime elverişli

⁸⁹⁰ Bu tür bir hakem kararı için bkz.: *Framatome S.A. et al. v. Atomic Energy Organization of Iran*, (I.C.C. case No. 3896), 1982. Ayrıca bkz.: **Mourre**, s. 22.

⁸⁹¹ **Huysal**, s. 355.

⁸⁹² **Belohlavek**, s. 42.

⁸⁹³ **Poudret/Besson**, s. 284; **Huysal**, s. 359; **Lehmann**, s. 758-759.

⁸⁹⁴ **Lehmann**, s. 758; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 197; **Hanotiau**, s. 879,883; **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 55; **Huysal**, s. 353,361.

⁸⁹⁵ Aynı yönde: **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 265; **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 56, 58; **Huysal**, s. 374.

kabul edilerek tahkim yargılamasına devam edilmesinin önünde bir engel bulunmadığı söylenebilir.⁸⁹⁶

II. Mahkemeler Tarafından Yapılacak İnceleme

Tahkime elverişlilik kavramı, uyuşmazlık taraflarınca tahkim sürecinin başlamasını önlemek amacıyla esasa ilişkin açılmış olan bir davada tahkim itirazında bulunulması durumunda adli mahkeme tarafından incelenecektir. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının varlığına rağmen çeşitli gerekçelerle uyuşmazlığın çözümü için doğrudan doğruya adli mahkemede dava açılması oldukça sık görülen bir durumdur.⁸⁹⁷ Tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlıkta tahkim yargılaması başlamadan yahut tamamlanmadan önce mahkemede dava açılması durumunda mahkemelerin verecekleri karar tahkim kavramının etkinliğini temelden etkileme potansiyeline sahiptir. Zira mahkemelerin tahkim itirazını incelerken kullanacakları inceleme standardı ve uygulayacakları hukuk tahkimin önünü tıkayabileceği gibi doğru bir süzgeç görevi görerek ileride iptal edilmesi güçlü bir olasılık taşıyan kararların verilmesini engellemek suretiyle tahkime yardımcı da olabilecektir.

Tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasının hükümsüz/tesirsiz/uygulanması imkansız olup olmadığının tespiti, kaçınılmaz bir biçimde uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı analizini içerecektir.⁸⁹⁸ Ancak bu analizin derinliği ve dolayısıyla tahkime elverişliliğe aslında kimin karar vereceği tartışma konusudur.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Güçer, s. 220; Özsunay, s. 83; Narbay/Kesici, s. 212, dn. 7.

⁸⁹⁷ Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, s. 64; Huysal, s. 337;

⁸⁹⁸ Speidel, s. 175.

⁸⁹⁹ Yeşilova, s. 547-548.

Uyuşmazlık konusu sözleşmede veya bu sözleşmeyi kapsayacak biçimde yapılmış bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen adli mahkemede uyuşmazlığın esasına ilişkin açılan bir davada tahkim şartı veya anlaşması bulunduğu hususuna bağlı olarak mahkemenin yetkisine itiraz edildiğinde mahkemenin iki seçeneği bulunmaktadır. HMK m.413 veya MTK m.5 uyarınca mahkeme, ya tahkim anlaşmasının varlığını tespit ederek davayı tahkimde görülmek üzere usulden reddedecek veya tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu gerekçesiyle davayı esastan görüp karara bağlayacaktır.

Emredici bir yasa kuralıyla uyuşmazlığın çözüm yetkisi mahkemeye verilmiş olmadıkça New York Sözleşmesinin II. maddesi ile bağlı bulunan mahkemenin yapması gereken, geçerli bir biçimde akdedilmiş olan tahkim anlaşmasını tanıyarak uygulamaktır.⁹⁰⁰ Madde II(3) uyarınca tahkim anlaşması geçersiz, etkisiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme yetkisizlik kararı vererek uyuşmazlığı hakemlere yönlendirecektir.⁹⁰¹ Ancak bu noktada mahkemelerin tahkim itirazını reddetmelerine gerekçe olabilecek “geçersiz, etkisiz veya uygulanması imkansız” ifadelerinin doğru yorumlanması gereklidir.

UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak düzenlenen HMK’nın 413. maddesindeki düzenleme açıktır:

“Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümünü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder.”

⁹⁰⁰ Arfazadeh, s. 82; Pamboukis, 141.

⁹⁰¹ Erkan (Asıl Sözleşmenin Yokluğu), s. 549.

HMK m.413'e benzer biçimde yine aynı model kanunu esas alan MTK'nın 5. maddesindeki hüküm şu şekildedir:

“Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim 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.”

Önüne gelen davada, hakkında tahkim anlaşması bulunan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim itirazıyla karşılaşan mahkemenin milli mahkemeler ile tahkim yargısı arasındaki yetki çatışmasını (*conflict of jurisdiction*) çözmesi gerekmektedir. Diğer yandan, tahkim anlaşması uyarınca tahkim yeri ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk yabancı olduğu takdirde bir yetki çatışması bulunmasa dahi, Türk mahkemesinde açılan davada tahkim itirazında bulunulması durumunda, MTK m.1(2) uyarınca tahkim itirazı MTK m.5 çerçevesinde değerlendirilerek HMK'nın ilk itiraza ilişkin düzenlemeleri esas alınacaktır.⁹⁰²

Tahkime elverişliliğe ve dolayısıyla hakemlerin yetkisine ilişkin kararın kim tarafından verileceği hususu çeşitli ülkelerin tahkime yönelik tutumları çerçevesinde *competence-competence* ilkesine nasıl yaklaştıklarına bağlı olarak şekillenmektedir.⁹⁰³ Diğer yandan, mahkemeler tarafından tahkime elverişliliğin hangi hukuka göre belirleneceği hususu da son derece önemlidir.⁹⁰⁴

⁹⁰² Büyükalp, s. 2025.

⁹⁰³ Rubino-Sammartano, s. 158.

⁹⁰⁴ Huysal, s. 375.

A. Negatif *Competence-Competence* İlkesi

Pozitif *competence-competence* ilkesinin yansıması olarak hakemlerin kendi yetkilerine yönelik itirazları karara bağlayabilecekleri hususu yaygın kabul görmüş iken tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede açılmış bulunan bir davada mahkemenin karar yetkisini hakeme bırakması şeklinde kendini gösteren negatif etkisi Türk hukukunda oldukça tartışmalıdır.⁹⁰⁵

HMK'nın yürürlüğünden önce konu iç tahkim ve milletlerarası tahkim bakımından iki ayrı kategoride ele alınmıştır. İç tahkime ilişkin olarak mülga HUMK m. 519 uyarınca *competence-competence* ilkesini toptan reddeden bir yaklaşım hakimdir.⁹⁰⁶ Milletlerarası tahkime ilişkin olarak *competence-competence* ilkesinin pozitif boyutunun benimsendiği ancak negatif boyutunun kabul edilmediği görüşler⁹⁰⁷ bulunduğu gibi her iki boyutun benimsendiği görüşler⁹⁰⁸ de bulunmaktadır.

MTK m.5 ve HMK m.413 bir tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılması durumunda karşı tarafın tahkim itirazında bulunabileceğini düzenlemektedir. MTK m.5'te yer alan düzenlemede, *tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların* mahkemece mülga HUMK ilk itirazlara ilişkin kuralları uygulanarak çözüleceği öngörülmüştür.

HMK m.413, MTK m.5'den farklı olarak “*tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder*” hükmüne yer vererek UNCITRAL Model Kanununda

⁹⁰⁵ Yeşilova, s. 514.

⁹⁰⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 616-619. Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, S Yayınları, Ankara, 1990, s. 586; Kalpsüz, s. 55.

⁹⁰⁷ Yeşilova, s. 514; Özel, Kanunlar İhtilafı, s. 56, 109.

⁹⁰⁸ Huysal, s. 340.

benimsenen mahkemece genel ve ilk bakışta (*prima facie*) tespit edilebilecek geçersizlik nedenlerini kabul etmiştir.

Her ne kadar, “açıkça” ibaresine yer verilmediğinden dolayı incelemenin ilk bakışta bir inceleme değil tam bir denetim şeklinde olacağı ileri sürülmüş⁹⁰⁹ ise de, Avrupa-Cenevre Sözleşmesi m.VI(3), MTK m.5 ve özellikle HMK m.413 düzenlemeleriyle Türk hukukunda da açıkça benimsenen negatif *competence-competence* ilkesi uyarınca şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit eden Türk mahkemeleri tahkime elverişlilik dahil yetkiye ilişkin itirazları usulden reddederek sorunu hakemlerin çözmesine yardımcı olmak durumundadır. Bu çerçevede, henüz bir hakem kararı verilmemiş veyhut tahkim yargılaması başlamamış iken mahkemede dava açılması durumunda da mahkemenin tahkime elverişliliğe karar verme yetkisini hakemlere bırakması esastır.⁹¹⁰ Türk yargı iktihadında mahkemelerin hakem kararlarına kamu düzeni ölçütüne dayalı yargısal müdahaleyi yalnızca tahkim sonunda verilen kararın iptali veyahut tanınması/tenfizi talebinin reddi ile sınırlı tutması anlayışını ifade eden *second look* doktrinine ilişkin yön arayışı göze çarpmaktadır.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 2014 yılında verdiği bir kararda, taraflar arasındaki işletme devri anlaşmasından doğan alacak uyuşmazlığının tahkim şartına rağmen doğrudan iflas yolu ile takibe konu edilmiş olması karşısında iflas davasının tahkim itirazına dayalı olarak reddedilmesini doğru bulmamıştır.

Sözü edilen davada, taraflar arasında kurulan Ordu Limanı İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin 37. maddesinde, anılan sözleşmeden doğan her türlü ihtilafın

⁹⁰⁹ Yeşilova, s. 554.

⁹¹⁰ Yeşilova, s. 552’de Avrupa Konvansiyonu m.V(3)’ün henüz tahkim yargılamasının başlamadığı durumları düzenlemediğinden incelemenin *prima facie* değil tam olması gerekeceği ileri sürülmüş ise de bkz.: Huysal, s. 340;

öncelikle 30 gün içinde sulh yolu ile, bu gerçekleştirilemediği takdirde tahkim yolu ile ihtilafın çözümleneceğinin belirtildiği görülmektedir.

Davacı taraf olan Türkiye Denizcilik İşletmeleri (TDİ), sözleşmenin 37. maddesinde öngörülen tahkim şartına rağmen icra takibi yaptıktan sonra, alacağının ödenmemesi üzerine doğrudan doğruya davalının iflasını talep etmiş ise de yerel mahkeme tahkim şartı nedeniyle mahkemede bu davanın görülme imkanı bulunmadığı gerekçesiyle İstanbul 30. Asliye Ticaret Mahkemesi davayı reddetmiştir.⁹¹¹

Kararı temyizen inceleyen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi şu gerekçeyle yerel mahkeme kararını bozmuştur:

*“6100 sayılı HMK'nın 408. maddesi "Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir." hükmünü içermektedir. İflas davaları, iki tarafın iradelerine tabi işlerden olmadığından, tahkime elverişli değildir. Mahkemece, İİK'nın 177/1, 177/2 ve 179. madde hükmü koşullarının somut olayda oluşup oluşmadığı hususunda taraf delilleri araştırılıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın taraf iradelerine dayalı işlemlerden olmadığı hususu gözardı edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”*⁹¹²

Yargıtayın anılan kararı, tahkime elverişliliğe ilişkin tutarlı ve belirgin bir çerçeve çizilememesi nedeniyle uyuşmazlık konularının kategorik olarak elverişli ya da elverişsiz kabul edilmesi anlayışının bir yansımasını ifade etmektedir. Tahkim

⁹¹¹ İstanbul 30. Asliye Ticaret Mahkemesi, 17.06.2013, E. 2012/244, K.2013/195.

⁹¹² Yargıtay 23. HD, 21.04.2014, E. 2013/9183, K. 2014/3124.

şartı bulunduğu gerekçesiyle yetki itirazında bulunulan bir davada mahkeme öncelikle geçerli bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığını incelemek durumundandır.⁹¹³ Ancak bu inceleme yapılırken iflas davalarının her iki tarafın iradelerine tabi bulunmadığı gerekçesiyle kategorik olarak tahkime elverişli olmadığından söz edilmesi⁹¹⁴ tartışmaya açıktır.⁹¹⁵

Tahkime elverişlilik tartışmalarında bazı tür uyuşmazlıklara kategorik biçimde olumsuz bakılması hatalı sonuçlara yol açabileceğinden bu durumun çarpıcı bir örneğini oluşturan tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlıkta ilamsız icra takibi yapılması konusuna kısaca eğilmekte yarar bulunmaktadır.

Uyuşmazlığa ilişkin bir tahkim anlaşması bulunurken doğrudan doğruya ilamsız takip yoluna gidilip gidilemeyeceği hususunda yasal bir düzenleme bulunmadığından konu oldukça tartışmalıdır.⁹¹⁶ İcra daireleri her ne kadar dar anlamda devlet yargısı içinde sayılmaz ise de geniş anlamda devletin adalet mekanizmasının bir parçasıdır.⁹¹⁷ Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesini devlet yargısı dışına taşıma iradelerine dayanan tahkim anlaşmasının dolanılmasına imkan tanıyacak biçimde ilamsız takibe geçilmesinin mümkün görülmesi tahkimden beklenen faydayı önemli ölçüde sekteye uğratacak bir yaklaşımdır.⁹¹⁸ Nitekim Yargıtay da bu noktaya işaret eden bir karar vermiştir:

“İflas davalarında Türk Mahkemeleri İİK'nın 154/son maddesi uyarınca kesin yetkilidir. Bu yetki kamu düzeni ile ilgilidir. Ancak, iflas davalarında öncelikle alacaklı olduğunu iddia eden davacının alacaklı

⁹¹³ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 85. Krş.: Lew/Mistelis/Kröll, s. 340.

⁹¹⁴ Bkz.: Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 766.

⁹¹⁵ Yeşilova, s. 358; Şanlı, s. 470-471.

⁹¹⁶ Yılmaz, s. 540-542.

⁹¹⁷ Yılmaz, s. 541

⁹¹⁸ Huysal, s. 291.

olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Taraflar arasında imzalanan 27.04.2005 tarihli sözleşmenin 14/e maddesinde taraflarca alacak borç miktarının belirlenmesi bakımından İngiliz Hukuk ve Mahkemelerinin yetkili kılındığı tarafların kabulündedir. Bu itibarla davacı, alacaklı olduğunu ve miktarını somut olayda İngiliz Mahkemesinde açacağı alacak davası ile MÖHUK'nın 47.maddesi uyarınca net olarak belirlemeli ve kesinleştirdikten sonra iflas yollarından birisiyle alacağının tahsili yoluna gitmelidir... Bu durumda...alacaklıya taraflar arasındaki sözleşme uyarınca İngiltere Mahkemelerinden alacağını belirtir ilam alması için süre verilmeli, dava açılması halinde bu dava sonucu beklenmeli...”⁹¹⁹

Yargıtay, bu kararı ile iflas uyuşmazlığının temelindeki alacağın tespitinde yetki sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir. Tahkime elverişlilik temelde hakem kurulu ile devlet mahkemesi arasındaki bir yetki sorunu olduğundan taraflarca bir başka ülkenin mahkemesinin yetkili kılınmasıyla tahkim şartı öngörülmesi arasında pratik bir fark yoktur. Bu noktadan hareketle, iflas davası veyahut ilamsız takip de söz konusu olsa uyuşmazlığın esasını oluşturan alacağın belirlenmesinde yetki sözleşmesi gibi tahkim sözleşmesinin de dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁹²⁰

Yargıtayın son dönemde itirazın iptali davalarına yönelik verdiği kararlarda olumlu bir yaklaşım göze çarpmaktadır. Yargıtay tahkim anlaşmasına rağmen yapılan ilamsız icra takibine ilişkin itirazın iptali davasında, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı karşısında mahkemenin yetkisiz olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar veren yerel mahkeme kararını aşağıdaki gerekçeyle onamıştır:

⁹¹⁹ Yargıtay 23. HD, 21.01.2013, E. 2012/4732, K. 2013/255

⁹²⁰ Şanlı, s. 471.

“Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, tahkimin ilk itiraz olarak davalının cevap dilekçesinde ileri sürüldüğü, tarafların sözleşmenin geçerliliğine ve imzalara bir itirazlarının bulunmadığı...taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunduğu ve yargılama yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir...davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”⁹²¹

Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, tahkime elverişsizlik (*non-arbitrability*) uyuşmazlık konusunun salt kamu düzeniyle ilgili olmasından değil, kamu düzeninin açık biçimde ihlal edilmesi riskinden kaynaklanır.⁹²² Uyuşmazlığın konusu net bir biçimde belirlenmeden ve bu bağlamda tahkim anlaşmasının kamu düzenini ne şekilde ihlal ettiği ortaya konmadan tahkimin kategorik olarak reddedilmesi suretiyle mahkemelerin yetkili kabul edilmesi kanımızca isabetli değildir.⁹²³ Nitekim HMK m.413(1)’de yer alan düzenleme bu kanıyı desteklemektedir.

HMK’nın bu açık düzenlemesine rağmen Yargıtayda tahkime elverişliliğe ve dolayısıyla hakemlerin yetkisine ilişkin karar verme yetkisinin mahkemelere ait olduğu yönünde bir eğilimin varlığından söz etmek mümkündür. Yargıtayca 2014 yılında verilmiş olan diğer bir kararda bu eğilimi görmek mümkündür:

4686 Sayılı Kanun’un 5. maddesinde, tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa karşı tarafın tahkim itirazında bulunabileceği, tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine dair uyuşmazlıkların çözülmesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilk itirazlara dair hükümlerine tabi olduğu,

⁹²¹ Yargıtay 11. HD, 26.04.2017, E. 2016/1331, K. 2017/2459.

⁹²² Yeşilova, s. 336-337.

⁹²³ Aynı yönde bkz.: Yılmaz, s. 541; Şanlı, s. 327, dn.425; Yeşilova, s. 360-361.

*tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir. Benzer düzenleme HMK'da da yer almış, HMK'nın 413. maddesinde tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği, bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değilse mahkemenin tahkim itirazını kabul edeceği ve davayı usulden reddedeceği belirtilmiştir. Bu hükümlere göre davanın açıldığı mahkeme tahkim ilk itirazını inceleyecek, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını, tahkim sözleşmesi ya da şartının geçerli olup olmadığını değerlendirecek, ulaştığı sonuca göre davaya bakmakla görevli olup olmadığını, davaya mahkemede mi yoksa hakemde mi bakılması gerektiğini kendisi belirleyecektir. Görev kamu düzenine dair olup, açılan bir davada mahkemenin davaya bakmakla görevli olup olmadığını belirleme yetkisi mahkemeye aittir. Bu yetki başka bir merciye, özellikle sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığının hakem kurulunca belirlenmesi gerektiğinden bahisle hakem kuruluna verilemez.*⁹²⁴

Yargıtayın, bu kararında, aslında HMK m.413'ü amacı dışında yorumlanması suretiyle Türk hukukunda açıkça benimsenmiş olan *competence-competence* ilkesinin negatif etkisinin reddedildiği görülmektedir. Oysa yukarıda değinildiği üzere, hakkında tahkim sözleşmesi bulunan bir uyuşmazlıkta mahkeme tahkime elverişlilik ve tahkim anlaşmasının geçerliliği konularında derinlemesine bir inceleme yaparak uyuşmazlığı çözme eğiliminde olmamaları HMK ve MTK'nın ruhuna uygun düşecektir. Tahkim anlaşmasında ilk bakışta anlaşılacak şekli veya hut

⁹²⁴ Yargıtay 15. HD, 01.07.2014, E. 2014/3310, K. 2014/4606.

iradi açık geçersizlik nedenleri bulunmuyorsa mahkeme davayı usulden reddetmelidir. Mülga HUMK m.519 anlayışını yansıtan bir yaklaşımla mahkemelerin yetkili olduğunun kabulü kanımızca temelsizdir.

MTK m.5'te yer alan düzenleme, mahkemelerin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin karar verme yetkisinin ortadan kaldırıldığı sonucuna ulaşmaya engel değildir. Nitekim henüz HMK'nın 413. maddesinin yasalaşmadığı 2007 yılındaki bir kararında dahi Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, MTK'ya tabi bir tahkim anlaşmasının mahkemece denetlenerek geçersizliğine karar verilmesinin doğru olmadığını belirtmiş, MTK m.7(H)'de yer alan düzenleme nedeniyle HUMK m.519. maddesine dayalı olarak mahkemelerin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin karar verme yetkisinin ortadan kalktığını akıcı bir gerekçeyle son derece isabetli bir biçimde tespit etmiştir. Bu kararında *second look* doktrininde somutlaşmış bulunan *competence-competence* ilkesinin negatif yönünü açıkça benimseyen Yargıtay şu tespitleri yapmıştır:

“...7. maddenin H bendinde tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verme imkanı 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... 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.”⁹²⁵

Bu karardan yıllar sonra üstelik HMK yürürlüğe girmiş iken Yargıtayın negatif *competence-competence* ilkesine ilişkin görülen yön belirsizliğinin asıl nedeni, yukarıdaki 01.07.2014 tarihli kararın gerekçesinde de görüldüğü üzere, mahkemelerin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine yönelik denetiminin derinliğine dair somut bir ölçüt bulunmaması sorunudur.

Tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlığa ilişkin davada tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunun ilk bakışta (*prima facie*) fark edilen hususlarda sınırlı olarak mı yoksa derinlemesine tam bir denetim biçiminde mi yapılacağı sorusu ülkeden ülkeye farklı yanıtlar bulmaktadır.⁹²⁶ Ancak UNCITRAL Model Kanununun 5. maddesinde mahkemelerin müdahale yetkisinin sınırlanarak *prima facie* geçerliliğin yeterli kabul edildiği söylenebilir.⁹²⁷ Nitekim Model Kanunun 8(2) maddesi uyarınca yetki itirazı

⁹²⁵ Yargıtay 15. HD, 27.06.2007, E. 2007/2145, K. 2007/4389.

⁹²⁶ Örneğin, ABD’de taraflar tahkime elverişlilik sorununu da açıkça hakemlere bırakmış olmadıkça konunun mahkemelerce çözülmesi söz konusudur. Bkz.: **Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides**, s. 262. Fransa’da ise geçersizlik ve uygulanamazlık “açık” olmalıdır. Bkz.: **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 123; **Büyükalp**, s. 2022.

⁹²⁷ **Yeşilova**, s. 97; **Poudret/Besson**, s. 413.

yapılmış olsa dahi tahkim yargısının başlaması veyahut devam etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Türk hukukunda da MTK m.3 ve HMK m.411 UNCITRAL Model Kanunu ile uyumlu bir yaklaşımı benimseyerek mahkemelerin tahkim yargısına müdahalesini sınırlamaktadır. Tahkim anlaşmasına tabi uyuşmazlıklar hakkında açılan davalarda mahkemenin tahkim itirazı karşısında nasıl bir inceleme yapacağı konusunda MTK m.5 ve HMK m.413'ün farklı bir düzenleme içerdikleri, bu durumun da uygulamada farklı görüşlere ve çelişkili kararlara yol açtığı görülmektedir.⁹²⁸ MTK m.7(H)'de *competence-competence* ilkesinin pozitif yansıması açıkça kabul edilirken MTK m.5'de *competence-competence* ilkesinin negatif yansımasının benimsenmediği, HUMK'a yapılan atıfla da konunun mahkemelerin yetkisine bırakıldığı ileri sürülmüştür.⁹²⁹

Öte yandan, her ne kadar MTK'da yer verilmemiş olsa da HMK m.413(2) ile Model Kanunun 8(2) maddesi iktibas edilmiştir. Bu hüküm karşısında, mahkemede ileri sürülen hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itirazın dahi tahkim yargısını durdurması söz konusu olmayacağına göre, tahkim anlaşmasının geçersizliği dolayısıyla yetkiye ilişkin kararın hakemlere bırakılmasının gerekli olduğu, mahkemelerin muhtemel iptal davasında konuyu değerlendireceği açıktır.⁹³⁰

Konuya ilişkin olarak HMK bakımından bir duraksama bulunmamakla birlikte MTK bakımından da HMK'daki düzenleme göz önünde tutulmalı, uluslararası tahkim hükümlerinin iç hukuka tabi tahkim hükümlerinden daha elverişsiz biçimde yorumlanmaması gerektiği unutulmamalıdır. Mahkemelerin

⁹²⁸ Huysal, s. 338.

⁹²⁹ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 98; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 56; Yeşilova, s. 100-101.

⁹³⁰ Huysal, s. 340.

yapacağı incelemenin kapsamı kötü niyetli kişilerin mahkeme yoluyla süreci uzatmalarını engelleyecek biçimde “ticari ilişkilerdeki gelişmeler, tarafların menfaati, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde sürat ve istikrarın sağlanması” gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir.⁹³¹ Sonuç olarak, Türk mahkemelerinin yetki itirazı karşısında tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve dolayısıyla tahkim kurulunun yetkisinin varlığına ilişkin incelemenin kapsamını dar tutmaları, *prima facie* bir inceleme ile yetinmelerinin uygun olduğu kanısındayız.⁹³²

Nitekim Yargıtayın 2015 tarihinde verdiği iki ayrı karardan negatif *competence-competence* ilkesinin ve *prima facie* yaklaşımın yerleştiği anlaşılmaktadır.

Mart 2015 tarihli kararında Yargıtay, Rekabet Kurumunca çıkarılan 2000/3 sayılı Tebliğ ile değişik 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında rekabet hukukunun uygulanmasını gerektiren dikey anlaşma niteliğindeki otomotiv dağıtım/servis anlaşmalarının feshinden doğan uyuşmazlıkta davalı taraflardan birinin tahkim itirazını kabul ederek davayı reddeden İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin kararının onanmasına ilişkin karar düzeltme talebini reddetmiştir.⁹³³

Eylül 2015 tarihli kararında Yargıtay, İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesince tahkim itirazı üzerine verilen görevsizlik kararını şu gerekçeyle onamıştır:

“New York Konvansiyonu'nun 2/1. fıkrası gereğince tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiğinin belirtildiği, 2/2. fıkrasında

⁹³¹ Nomer/Eksi/Öztekin-Gelgel, s. 64.

⁹³² Yeşilova, s. 459,555.

⁹³³ Yargıtay 11.HD, 26.03.2015 tarih E. 2014/15567, K. 2015/4212.

*da yazılı anlaşma teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya mukavelesinin anlaşılacağına düzenlendiği, somut uyuşmazlıkta sözleşmenin yazılı olduğu hususunda ihtilaf olmadığı, taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı tahkim şartının bulunduğu gerekçesiyle davalı tarafın tahkim itirazının kabulü ile dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmiştir... davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...*⁹³⁴

Bu çerçevede, rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda Yargıtayın duraksaması bulunmadığından hakkında tahkim anlaşması bulunan bir rekabet uyuşmazlığına ilişkin açılacak davada, tahkim anlaşmasının ilk bakışta (*prima facie*) geçerliliği tespit edildikten sonra davanın usulden reddedilmesi ve tarafların tahkime yönlendirilmesi gereklidir.

B. Mahkemelerce Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlık mahkeme önüne, tahkim yeri ya yabancı ülke olarak yahut da Türkiye olarak kararlaştırılmış biçimde iki farklı bağlamda gelebilir. Her iki durumda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk değişkenlik gösterecektir.

New York Sözleşmesinde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka ilişkin bir kural getirilmemiş olduğundan, bu durum çeşitli ülke mahkemelerinin farklı yaklaşım ve uygulamalarına neden olmuştur.⁹³⁵ New York Sözleşmesinin II. maddesi

⁹³⁴ Yargıtay 11. HD, 16.09.2015 tarih E.2015/7064, K.2015/9348

⁹³⁵ Pamboukis, s. 140; Mistelis, s. 11; Hanotiau, s. 884; Huysal s. 378.

genel olarak bir ulusal mahkemenin tahkim itirazı karşısında izleyeceği yolu belirlemekte olduğundan tahkim anlaşması bulunmasaydı o davayı esastan inceleyecek olan mahkemenin yasal yetkisine bir istisna oluşturmaktadır.⁹³⁶ Anılan II. maddenin sistematığı incelendiğinde ulusal mahkemede açılan tahkim şartının geçersizliğinin tespitine ilişkin bir dava ile veyahut uyuşmazlığın esasına yönelik bir dava yolu ile geldiğinde maddenin yorumlanması ve uygulanması söz konusu olacaktır⁹³⁷

Tahkim anlaşmasının geçersizliği, tahkime elverişsiz bir konuyu düzenlemesinden kaynaklanabilir; ancak geçersizliğin tek nedeni de tahkime elverişsizlik olmadığı gibi tahkime elverişlilik ile tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuklar da farklıdır.⁹³⁸ Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun ne olduğuna ilişkin olarak itirazın ortaya çıktığı aşamaya göre de değişen çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlar temel olarak, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun (*lex electionis*) veyahut bu belirsiz ise kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde bulunacak hukukun uygulanması gerektiği, milletlerarası nitelikteki ortak kuralların uygulanması gerektiği ve nihayet yargılama yerinin hukukunun (*lex fori*) uygulanması gerektiği yönündeki görüşlerdir.⁹³⁹ *Lex fori*'nin uygulanması gerektiği görüş içinde yer alan bir başka görüş ise, *lex fori*'nin ancak yakın bağlantılı olduğu durumlarda uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁴⁰

Lex electionis'in uygulanmasını savunan ilk görüşe göre hakem kararı öncesinde açılan bir davada yapılan tahkim itirazı üzerine mahkeme New York

⁹³⁶ Arfazadeh, s. 81; Brekoulakis, *Arbitrability*, s. 38. Krş. Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 38.

⁹³⁷ Pamboukis, s. 141.

⁹³⁸ Özel, *Tahkim Sözleşmesi*, s. 317.

⁹³⁹ Bkz.: Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 56-57, Huysal, s. 380-385.

⁹⁴⁰ Brekoulakis, s. 105; Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 57.

Sözleşmesi m.II(3), HMK 413 ve MTK 5'te hükme bağlandığı üzere tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka, bunun tespit edilememesi halinde ise tahkim yeri hukukuna göre inceleyecektir.⁹⁴¹

Bu kapsamda, şayet tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk yok ise tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda Türk hukukun dikkate alınması gerektiği ve bu kuralın tahkim yeri yabancı ülke olan uyuşmazlıklara da kıyasen uygulanmasının doğru olacağı ileri sürülmektedir.⁹⁴² Ancak mahkemenin kendi yetkisine ilişkin olarak taraflarca seçilmiş olan yabancı bir hukuka göre karar vermesi milletlerarası usul hukuku esasları ile bağdaşmayacağı dikkate alınmalıdır.⁹⁴³

Tahkim yeri ile maddi bağı bulunmayan tahkim anlaşmaları hakkında tahkim yeri mahkemelerinde açılmış bulunan davalar bakımından artık mahkeme ile tahkim kurulu arasındaki bir yetki (*jurisdiction*) çatışmasından değil, mahkemenin yetkisizliğinden söz edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁴⁴ Ancak, bu durumda mahkemenin yetkisizlik kararının tamamen bölgesel nitelikte bir usul kuralı haline indirgenmesi söz konusudur. Özellikle, henüz hakem kurulunun teşkil edilmemiş olduğu durumlarda ilgili mahkemenin kimin yetkisi lehine uyuşmazlıktan el çekeceği belirsiz olduğundan kanımızca doğru bir yöntem olarak görünmemektedir. Tahkime elverişlilik konusunu ele alan bir tahkim yeri mahkemesinin kendi ulusal hukukunu (*lex fori*) uygulaması en uygun çözüm olarak kabul edilmektedir.⁹⁴⁵ Tahkim

⁹⁴¹ Huysal, s. 380; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 112.

⁹⁴² Şanlı, s. 325.

⁹⁴³ Arfazadeh, s. 82; Huysal, s. 383,405.

⁹⁴⁴ Brekoulakis, s. 105-107. Aynı yönde: Huysal, s. 403.

⁹⁴⁵ Huysal, s. 387; Yeşilova, s. 328-329; Hanotiau, s. 884.

anlaşmasının geçerliliği ile tahkime elverişlilik kavramlarının farklılığından dolayı tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tahkime elverişliliğe uygulanması doğru bir yol olarak görünmemektedir.⁹⁴⁶

§3. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN HAKEM KARARI SONRASINDA İNCELENMESİ

Tahkim kurullarının tahkime elverişliliğe ve dolayısıyla kendi yetkilerine dair verdikleri kararlar iptal veyahut tanıma/tenfiz davalarında mahkemelerce re'sen inceleme konusu yapılacaktır. Hakem kararlarının iptaline ve tanıma tenfiz engellerine ilişkin kurallar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Ancak, özellikle New York Sözleşmesindeki düzenlemeyi benimseyen UNCITRAL Model Kanununun yaygın kabul görmesinin de etkisiyle bu kurallar giderek benzeşmekte ve bir noktada buluşmaktadır.⁹⁴⁷ Türkiye’de de hakem kararlarının iptaline ilişkin kurallar UNCITRAL Model Kanunu ile uyumlu olarak MTK m.15 ve HMK m.439’da, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kurallar MÖHUK m.60-63’de düzenlenmiştir.

I. İptal Davalarında

A. İlgili Mevzuat

Türk hukukunda MTK m.15 ve HMK m.439’da hakem kararlarına karşı tahkim yeri mahkemelerinde yalnızca iptal davası açılabileceği öngörülmüş ve bu hususta her iki kanunda da UNCITRAL Model Kanununun 34. maddesi esas

⁹⁴⁶ **Özel**, *Tahkim Sözleşmesi*, s. 315; **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 113.

⁹⁴⁷ **Di Brozolo**, Luca G. Radicati: *Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings (Court Review)*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 756.

alınmıştır. UNCITRAL Model Kanunundaki düzenleme de New York Sözleşmesinin V. maddesindeki tanıma/tenfiz engellerine ilişkin hükümlerle uyumludur.⁹⁴⁸

UNCITRAL Model Kanununu esas alan HMK m.439(1) ve MTK m.15(2)'de yer alan benzer nitelikteki hükümlere göre, bir hakem kararı; tahkim sözleşmesinin geçersizliği, hakem seçimindeki usulsüzlük, tahkim süresinin aşılması, yetki konusunda hukuka aykırı karar verilmesi, tahkim anlaşmasındaki yetkinin aşılması yahut eksik kullanılması, tahkim yargılamasındaki esasa etkili usulsüzlük, eşitlik ve hukuki dinlenilme hakkına riayetsizlik, tahkime elverişsizlik ve kamu düzenine aykırılık gerekçeleriyle iptal edilebilir.⁹⁴⁹

New York Sözleşmesinin yalnızca tanıma ve tenfizi düzenleyen V. maddesinden farklı olarak Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin IX. maddesinde taraf devletlerin mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının diğer taraf devletlerde tanınması ve tenfizine engel oluşturabilmesi için kabul edilecek iptal gerekçeleri belirlenmiştir. Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin IX(2) maddesiyle aynı zamanda New York Sözleşmesine üye devletler bakımından ilgili devlet mahkemelerince iptal edilmiş hakem kararlarının tanınması ve tenfizine engel haller bakımından da sınırlama getirilmiştir. Buna göre, bir yabancı hakem kararının Avrupa-Cenevre Sözleşmesinin IX(1) maddesinde sayılan nedenler dışında, özellikle de New York Sözleşmesinin V(2) maddesinde yer alan kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişsizlik gerekçelerine bağlı olarak iptal edilmesi söz konusu ise bu durum

⁹⁴⁸ **Van den Berg**, Albert, J.: "The New York Convention Of 1958: An Overview", Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (Gaillard, Emmanuel/Di Pietro, Domenico, Edlr.), Cameron May, London, 2008

⁹⁴⁹ İptal gerekçelerinde sayı ve içerik olarak UNCITRAL Model Kanunu'ndan ayrılmış olması **Kalpsüz** (s. 105) tarafından eleştirilmektedir.

Avrupa-Cenevre Sözleşmesine taraf devletler bakımından tanıma/tenfiz engeli oluşturmayacaktır.⁹⁵⁰

Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı veyahut bu tür uyuşmazlıkları konu alan hakem kararlarının kamu düzenini ihlal ettiği gerekçelerine dayalı iptal kararları bakımından önemli bir farklılık yaratan bu düzenleme çerçevesinde Avrupa-Cenevre Sözleşmesine üye devletlerde verilen hakem kararlarının diğer üye devletlerde tanınması/tenfizi kolaylaşmaktadır.

Gerek MTK ve gerek HMK’da düzenlenen iptal nedenleri, taraflarca ispatlanması gerekenler ve mahkemece re’sen gözetilmesi gerekenler olarak iki ana gruba ayrılmaktadır.⁹⁵¹ Buna göre, hakem kararları hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması yahut kararın kamu düzenine aykırı olması hususları mahkemece re’sen (*ex officio*) gözetilerek iptal edilebilecektir.⁹⁵²

İptal davalarında rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ve kamu düzenine aykırılığa ilişkin iptal gerekçelerinin uygulamada nasıl hayata geçirileceği hususu tahkimin etkinliği bakımından son derece önemlidir.

Bir uyuşmazlığın konu bakımından tahkime elverişli olmaması (objektif elverişlilik) ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olması biçiminde ortaya çıkan iki iptal gerekçesi de kamu düzeni anlayışına dayandığından aradaki farkın ayırt edilmesi oldukça zordur.⁹⁵³ Bununla birlikte, tahkime elverişlilik kavramının kamu

⁹⁵⁰ Ataman-Fıganmeşe, s. 62-63.

⁹⁵¹ Bkz.: Tiryakioğlu, Bilgin/Canyaş, Aslı, Bayata: *Challenges to Arbitral Awards*, Arbitration in Turkey (Yeşilırmak, Ali/Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s. 190.

⁹⁵² Tiryakioğlu/Canyaş, s. 201; Akıncı, Arbitration Law, s. 38-39

⁹⁵³ Akıncı, Arbitration Law, s. 39; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 332; Brekoulakis, *Arbitrability*, s. 20-21.

düzeniyle yakın ilgisi bulunduğu ancak iki kavramın birbirinden bağımsız olduğu hususu yukarıda §1(I)(A)’da ortaya konmuştur. Rekabet hukundan kaynaklanan bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan hakem kararının iptali talebini konu alan bir davada mahkeme tarafından yeniden bir tahkime elverişlilik tartışmasına girilmemesi gerekir.⁹⁵⁴ Diğer bir deyişle, mahkemeler, rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğunu göz önüne alarak ilgili hakem kararlarını tahkime elverişlilik yönünden değil, Türk hukukuna göre müdahaleci kurallardan sayılan⁹⁵⁵ rekabet kurallarının hakemlerce ele alınmak suretiyle uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmadığını denetlemelidir.⁹⁵⁶

Bu anlamda mahkemelerce yapılması gereken inceleme, MTK ve HMK’da yer alan usuli iptal nedenleri dışında rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda rekabet kurallarına aykırı hususların dikkate alınarak karar bağlanıp bağlanmadığı, yani rekabet kurallarının uygulanmasının göz ardı edilmesi suretiyle negatif yanlışlık (*false negative*)⁹⁵⁷ oluşup oluşmadığı konusuna odaklanmalıdır.⁹⁵⁸

B. İptale İlişkin Kamu Düzeni Ölçütü: Rekabet Kurallarının Hakemlerce Gündeme Getirilmesi ve Uygulanması

Hakemlerin rekabet hukukunu uygulama yetki ve görevlerinin kapsamının ne olduğu sorusu, en önemli iptal gerekçesi olarak göze çarpan kamu düzenine aykırılığa ilişkin kaygıların giderilmesi ve hakem kararlarının tenfiz kabiliyetinin

⁹⁵⁴ Krş.: Schubert, s. 23-29.

⁹⁵⁵ Tiryakioğlu, s. 5 ; Huysal, s. 120;

⁹⁵⁶ Hukuka uygunluk ölçütünün içeriği ve denetimin kapsamı yoğun tartışma konusu olan bir diğer konudur. Bkz.: Gaillard, Emmanuel: “*Extent of Court Review of Public Policy*” (*Court Review*), 237 NYLJ 1, (2007) s. 4.

⁹⁵⁷ Rekabet ihlali var olduğu halde ihlalin tespit edilememesi durumu doktrinde false negative terimiyle ifade edilmektedir. Bkz.: Easterbrook, Frank H.: *Comparative Advantage and Antitrust Law*, 75 Cal. L. Rev. 983 (1987), s. 985.

⁹⁵⁸ Akıncı, Ziya: *Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi (Devlet Yargısınca Denetlenme)*, 17 BATİDER 119, 147 (1994), s. 143.

artması bağlamında önemli tartışma noktalarından biridir.⁹⁵⁹ Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişsizliğine ilişkin yaklaşımı en fazla etkileyen unsur olarak ekonomik kamu düzenini ilgilendiren emredici kuralların tahkim yargılamasında re'sen gündeme getirilmesi ve uygulanması konusunda hakemlerin karşı karşıya oldukları hukuki çerçevenin belirlenmesi önemlidir.

Rekabet hukukuna dayanan bir uyuşmazlığın varlığını tespit eden hakemlerin taraflarca herhangi bir biçimde ileri sürülmeyen rekabet hukuku sorunlarını gündeme getirmeleri ile rekabet kurallarını doğrudan doğruya önlerindeki somut olaya uygulamaları birbirinden farklı kavramlardır. Ancak bu kavramlar arasında sıkı bir ilişki de bulunmaktadır. Taraflarca ileri sürülmeyen rekabet hukuku sorunlarının gündeme getirilmesi (*raising competition/antitrust issues*) suretiyle taraflara bu konuda savunma ve görüş bildirme hakkı verilmesi, uyuşmazlığa doğrudan doğruya rekabet kurallarının uygulanmasından (*direct application*) önce gerçekleştirilmesi gereken ve hakemlerin yetki sınırlarında kalmasını temin eden bir usul aşaması olduğu yönündeki görüşe biz de katılıyoruz.⁹⁶⁰

Gerçekten de, irade özerkliği ilkesi çerçevesinde tarafların iradelerinin hakemlerce dikkate alınması ve hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesi bakımından, öncelikle rekabet sorunlarının tarafların dikkatine sunulması gerekir. Bu suretle, tarafların savunma haklarının gözetilmesi gerekir. Ancak hakemlerin rekabet kurallarını uygulama yükümlülüklerinin kaynağı taraf iradeleri ya da uyuşmazlığın

⁹⁵⁹ **Landolt**, *Modernised*, s. 229; **Bridgeman**, s. 166; **Brower**, s. 1136-1139. **Brower**, hakemlerin uluslararası tahkim yargılamalarında verecekleri kararın tenfiz kabiliyetini gözeterek tahkım anlaşmasını bir kenara koyarak yabancı emredici hukuk kurallarını uygulama eğilimlerini şiddetle eleştirmekte, bu durumun tahkimin ruhu ile bağdaşmadığını ileri sürmektedir.

⁹⁶⁰ Bu konuda bkz.: **Blanke**, *Gordon, Antitrust Arbitration Under the ICC Rules*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, (Blanke, Gordon/Landolt, Phillip L., Edlr.) KluwerLaw International, Alphen aan den Rijn, 2011, s. 1774.

esasını düzenleyen hukuk olmadığından hakemlerin taraf iradelerine göre rekabet kurallarını uygulama yükümlülüğünden kurtulmaları söz konusu değildir.⁹⁶¹ Bu bağlamda, savunma haklarının gözetilmesi bakımından usule ilişkin sayılan bu nokta bir kenara bırakılacak olursa, hakemlerin önlerindeki uyuşmazlığın çözümünü etkileyecek rekabet kurallarını taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi gündeme getirme ve uygulama yükümlülüğü günümüzde yaygın biçimde kabul edilmektedir.⁹⁶²

ABAD tarafından *Eco Swiss* kararıyla açıkça ortaya konduğu üzere, AB rekabet kurallarının hiç gözetilmemiş veyahut hukuka uygun biçimde tatbik edilmemiş olması, rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin bir hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesine yol açacaktır.⁹⁶³

ABD’de özellikle *Mitsubishi* kararında ortaya konulan *second look* yaklaşımı çerçevesinde mahkemelerin tahkime olan desteği ve takdiri hakem kararlarına bırakma eğilimi hakemlerin esasa ilişkin kuralları tıpkı mahkemeler gibi uygulayacağı varsayımına dayanmaktadır.⁹⁶⁴ Bu çerçevede, hakemlerce Amerikan antitröst yasalarının gözetilip uygulandığı hakem kararında gösterilmedikçe Amerikan mahkemelerince hakem kararlarının tanınması/tenfizi kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilecektir.⁹⁶⁵

Yargıtayın yukarıda değinilen 2016 tarihli kararında⁹⁶⁶ yer alan şu gerekçe dikkat çekmektedir:

⁹⁶¹ **Di Brozolo**, *OECD*, s. 47.

⁹⁶² **Di Brozolo**, *OECD*, s. 45; **Di Brozolo**, Luca G. Radicati: *Competition Law and Arbitration (Competition)*, 7 *Competition L. Int'l* 12, 15 (2011), s. 12.

⁹⁶³ **Landolt**, *Modernised*, s. 229;

⁹⁶⁴ **Guzman**, s. 1307.

⁹⁶⁵ **Brown/Houck**, s. 81-82.

⁹⁶⁶ Yargıtay 11HD, 06.10.2016, E.2016/725, K.2016/7777.

“...tahkim mahkemesi İtalyan Hukukuna göre sözleşmenin geçerliliği koşullarını değerlendirip hükmünü verdiğinden bu yöndeki savunma ve itirazların da yerinde görülmediği, hakem mahkemesince hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine veya kamu düzenine aykırı olacak şekilde usul hatası yapıldığına dair bir veri bulunmadığı gerekçesiyle...hakem kararının tenfizine karar verilmiştir...davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”

Yukarıdaki gerekçeden Yargıtay tarafından Türk rekabet hukuku kurallarının doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülmeyerek bu kuralların uygulanmaması halinin kamu düzenini ihlal eden bir durum olarak değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Bu kararda Yargıtay kamu düzeni ihlali halini usuli hatalarla sınırlandırmıştır. Bu durum, Yargıtayın AB ve ABD mahkemeleriyle önemli bir anlayış farklılığı içinde bulunduğu işaret etmektedir. Öyle ki, anılan kararda taraflarca tahkim yargılamasında ileri sürülmeyen rekabet hukuku itirazlarının tenfiz aşamasında re’sen incelenmeyeceği ve bu kapsamda ret nedeni olarak görülmeyeceği belirtilmektedir. Bu yaklaşım, Benzeri Hollanda⁹⁶⁷ ve İsviçre⁹⁶⁸ yargısında da görülen ve yalnızca “*hukuki sistemin en temel ilkelerinin ihlali*”⁹⁶⁹ durumunun New York Sözleşmesi m.V(2) (b)’de düzenlenen kamu düzeni ihlali olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe yakınlık göstermektedir.

⁹⁶⁷ *Eco Swiss* kararına konu davada Hollanda Temyiz Mahkemesi (Hoge Raad), 21.03.1997 tarih 8850 (R96 / 57 HR) sayılı kararında Hollanda rekabet kurallarının hakem kararında uygulanmamış olmasının doğrudan doğruya kamu düzeni ihlaline yol açmayacağını belirtmiş, AB rekabet kuralları bakımından konuyu ABAD’a ön karar için sunmuştur. <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:1997:AA4945> (Son Erişim: 29.11.2017)

⁹⁶⁸ *Tensacciai S.p.A. v. Terra Armata Srl*, BGE 132 III 389.

⁹⁶⁹ **Liebscher**, Christoph: “*Arbitration of Antitrust Disputes*” Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (Gaillard, Emmanuel/Di Pietro, Domenico, Edlr.), Cameron May, London, 2008, s. 538.

Şayet, Yargıtayın anılan gerekçesindeki yaklaşım, rekabet kurallarının dikkate alınmamasını temel hukuki ilkelerin ihlaliyle özdeş olmadığı ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle hakem kararının iptaline zemin teşkil etmeyeceği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi görüşüne⁹⁷⁰ katılma iradesini yansıtmakta ise Türk hukuku bakımından rekabet kurallarının hiç uygulanmaması nedeniyle hakem kararının iptali söz konusu olmayacaktır ki bu durumun hukukumuz bakımından tartışmalı sonuçlara yol açabileceği ortadadır.

Bugüne kadar, RKHK'nın ihlalden doğan tazminat davalarında mahkemeleri tazminata esas rekabet ihlalinin tespiti konusunda ehil görmeyerek ihlalin varlığına dair kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararının beklenmesini isteyen Yargıtayın, RKHK'nın uygulanması konusunda hakemlerin takdirine güvenmesi ilgi çekici ve tahkim yargılamasında ortaya çıkan özel hukuk yaptırımları açısından umut verici görünmektedir. Ancak, aşağıda iptal incelemesinin kapsamı kısmında da değinildiği üzere uyuşmazlığa uygulanması gereken rekabet kurallarının hiç uygulanmaması ya da RKHK'nın 4. maddesinde yasaklanan açık ve ağır ihlaller konusunda ilk bakışta anlaşılabilir derecede esaslı bir biçimde aykırı karar verilmiş olması durumunun kamu düzenine aykırılık oluşturacağı ve bu halde hakem kararının iptal edilmesi gerektiği kanısındayız.

C. İptal İncelemesinin Kapsamı

Hakem kararlarının iptal davalarında esastan incelenemeyeceği görüşü dünya çapında kabul edilen bir ilke halini almıştır.⁹⁷¹ Türk hukuku bakımından da hakem

⁹⁷⁰ *X. Ltd v. Y. BV*, BGE 128 III 234, s. 243-244.

⁹⁷¹ **Rubino-Sammartano**, s. 1339-1340; **Di Brozolo**, *Court Review*, s. 757.

kararlarına karşı gidilen iptal yolunun teknik anlamda bir kanun yolu olmadığı, bu bağlamda iptal nedenlerinin usule ilişkin nedenler olduğu belirtilmektedir.⁹⁷²

Tahkime ve hakem kararlarına milletlerarası ticaretin gereklerine uygun esnek ve özgürlükçü bir perspektiften yaklaşılarak “*kamu düzenine aykırılık iddiasının iç hukuktaki bakış açısıyla değil, milletlerarası tahkim uygulamasına uygun*” biçimde incelenmesi uygun olacaktır.⁹⁷³

ABAD’ın *Eco Swiss* kararında ortaya konan ilkenin Türk mahkemelerince de izlenmesi ve bu yapılırken *minimalist* yargısal kontrol anlayışı ışığında “esaslılık” (*fundamentality*)⁹⁷⁴ testinin kullanılması akla yatkın görünmektedir.⁹⁷⁵ Hakemlerin fiilen yetkili hukuku ve bu hukukun ilgili hükümlerini dikkate almamış olmaları yahut ilgili hükme açıkça aykırı karar vermiş olmaları kendilerine verilen yetki sınırları içerisinde uyuşmazlığı karar bağlamadıkları anlamına gelecektir.⁹⁷⁶ Bu noktada hukukun yanlış uygulanması ile hiç uygulanmaması yahut açıkça aykırı uygulanmasının farklı kavramlar olduğu kabul edilmektedir. ABD hukukunda “hukukun açıkça göz ardı edilmesi” (*manifest disregard of law*)⁹⁷⁷ olarak adlandırılan bu durumun hakem kararının iptal nedeni sayılması gerektiği düşüncesine biz de katılıyoruz.⁹⁷⁸

⁹⁷² Kalpsüz, s. 100-101.

⁹⁷³ Kalpsüz, s. 121.

⁹⁷⁴ Liebscher, s. 539.

⁹⁷⁵ Fransa’da Paris İstinaf Mahkemesinin *Thales v. Euromissile* kararındaki “açık, etkili ve somut” ihlal ölçütü bu anlamda yol gösterici sayılabilir. *Thales Air Defence v. G.I.E Euromissile*, Cour d’Appel de Paris, 18.11.2004, 2002/60932.

⁹⁷⁶ Akıncı, *Devlet Yargısınca Denetlenme*, s. 143.

⁹⁷⁷ Ayrıntı için bkz.: **Drahozal**, Christopher R.: *Codifying Manifest Disregard*, 8 Nev. L.J. 234 (2007), s. 235.

⁹⁷⁸ Akıncı, *Devlet Yargısınca Denetlenme*, s. 143-144.

Bu çerçevede, otomatik bir düşünce rahatlığı içinde emredici görünen tüm rekabet kurallarının değil⁹⁷⁹, Türk rekabet politikasının en temel⁹⁸⁰ kuralı olan ve RKHK m.4 bünyesinde somutlaşan açık ve ağır ihlallere ilişkin yasaklama hükmünün hakem kararının iptaline neden olabilecek kamu düzeni kuralı olarak değerlendirilmesinin kamu düzeni kaygılarıyla tahkimden beklenen faydanın dengelenmesini sağlayacağı kanısındayız.⁹⁸¹

Gerçekten hakem kararlarında rekabet hukukunun uygulanmasının denetimi konusunda makul bir çizginin bulunması bir gerekliliktir. Hakem kararlarında rekabet kurallarının hiç uygulanmaması ya da açık ve somut bir biçimde rekabet politikası amaçlarına ters biçimde uygulanması durumunda hakem kararlarının iptal edilebileceği görüşü genel kabul gören bir yaklaşımdır.⁹⁸² Bununla birlikte, iptal nedeni sayılabilecek durumların mümkün olduğunca somut ölçütlerle ortaya konması bir zorunluluktur.

Rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin olarak ileri sürülen tüm iddiaların RKHK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde tek tek değerlendirilmesi hakemlere tahkim anlaşmasıyla yüklenen bir yükümlülüktür. Öte yandan, taraflarca gündeme getirilmeyen rekabet ihlali sorunlarının hakemlerce re'sen gündeme getirilmesi ve rekabet kurallarının bu iddialara uygulanması hususunda tüm rekabet kurallarının değil en temel rekabet kuralı olan 4. maddenin uygulanmasının gözetilmesi gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda, örneğin Amerikan hukukunda tamamen farklı bir yaklaşımla, AB'de ise farklı ölçütlerle uygulanan hakim durumun kötüye

⁹⁷⁹ **Kalpsüz**, s. 120; **Akıncı**, *Arbitration Law*, s. 154:“Tüm emredici kuralların ihlali doğrudan doğruya kamu düzeninin ihlali anlamına gelmez”.

⁹⁸⁰ Bkz.: **Can**, Burcu: Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 17.

⁹⁸¹ Krş.: **Di Brozolo**, *Court Review*, s. 776.

⁹⁸² **Di Brozolo**, *Court Review*, s. 774-775; **Liebscher**, s. 543.

kullanılması ve birleşme-devralma işlemlerinin kontrolüne ilişkin RKHK'nın 6. ve 7. maddelerinin hiç uygulanmamış olmasının kamu düzeni ihlali olarak değerlendirilmesi kanımızca mümkün değildir. Benzer biçimde hakemlerin RKHK'nın 4. maddesini uygulayarak rekabet otoritesinden farklı bir anlayışla (yanlış olarak nitelendirilebilecek biçimde) karar vermiş olması da kararın kamu düzenine aykırılık bağlamında iptaline gerekçe teşkil etmemelidir.

Ancak, rekabet kurallarının ülkenin ekonomik düzeninin temelini oluşturan rekabet politikasına zarar verecek şekilde görmezden gelinmesi yahut anılan politika bakımından ciddi ve ağır sonuçlara yol açabilecek derecede aykırı biçimde uygulanması durumunda artık hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerekir.⁹⁸³ Zira; *“hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku ve söz konusu hukukun uyuşmazlık ile ilgili yasa hükümlerini kararda belirtmelerine rağmen, uyuşmazlığın, ilgili yasa hükümlerine açıkça aykırı bir şekilde çözümlenmesi de, hakemlerin yetkilerini aştığı anlamına gelecektir.”*⁹⁸⁴

Hakemler, tarafların uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak ileri sürdükleri tüm iddiaları ayrı ayrı inceleyerek hukuki değerlendirme yapmakla yükümlü olduklarından bu yükümlülüğe riayet edilmemesi MTK m.15(A)(1)(e) uyarınca hakem kararının iptaline gerekçe oluşturur.⁹⁸⁵ Kanımızca, hakem kararında anılan kuralların taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalar çerçevesinde somut olaya uygulandığı anlaşılıyorsa mahkemenin incelemeyi derinleştirmemesi gereklidir.

⁹⁸³ Tanıma/Tenfiz taleplerinin reddine ilişkin kamu düzeni gerekçesinin *“Vazgeçilmez nitelikteki temel prensiplerle bağdaşmama”* ölçütü kullanılarak uygulanması konusunda bkz.: **Gürzumar, A.**, s. 30.

⁹⁸⁴ **Akıncı**, *Devlet Yargısınca Denetlenme*, s. 143.

⁹⁸⁵ **Aslan**, İrmak: *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali*, Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, 2012, s. 59-60.

RKHK 4. madde bakımından *per se* yasak kabul edilen ve uygulamada kartel⁹⁸⁶ olarak adlandırılan rakip teşebbüsler arası fiyat/bölge-müşteri paylaşımı anlaşmaları karşısında anılan maddenin uyumsuzluk konusu olayda uygulanmasının açıkça ihmal edilmesi veyahut bu ihlallerin sürmesine neden olacak derecede açık ve etkili aykırılıklar taşıyan bir karar verilmesi durumunda hakem kararı iptal edilmelidir.⁹⁸⁷

Burada dikkat çeken bir karara değinmekte yarar vardır. Yargıtay 2015 tarihli bir kararında sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun kamu düzeni anlayışının da seçilmiş olduğu görüşündedir:

*Taraflar tahkim sözleşmesinde, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku seçmişlerse hakem, tarafların bu vesile ile uygulanacak olan hukukun kamu düzenini de seçtiklerini kabul etmek durumundadır. Başka bir ifade ile, kamu düzeninin, seçilen hukuka bağlı kalınarak değerlendirilmesi gereklidir. Somut olayda, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında, ihtilafın "Türk Hukuk Kuralları" esas alınarak çözümleneceği yazılı olduğundan, kamu düzenine aykırılığın tespiti bakımından da, uygulanacak hukuk olan Türk Hukuk Kurallarının kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır.*⁹⁸⁸

Bu kararıyla Yargıtayın kamu düzeni ölçütü konusunda taraflarca seçilen hukukun uygulanmasını benimsemiştir. Ancak, bu yaklaşımın kabul edilmesi durumunda seçilen hukukun Türk hukuku olmadığı hallerde başka bir egemen

⁹⁸⁶ Rekabet Kurumunca çıkarılan Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (RG 15.02.2009, 27142) 3. maddesinde "Kartel: Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri...ifade eder" denmektedir. Ayrıca bkz.: **Can**, s. 17-19.

⁹⁸⁷ Aynı yönde: **Özel**, *Kanunlar İhtilafı*, s. 189. Krş.: **Di Brozolo**, *Court Review*, s. 778-779;

⁹⁸⁸ Yargıtay HGK, 30.09.2015, E.2013/1847, K.2015/2020.

ülkenin kamu düzeni anlayışının Türk kamu düzeni ölçütlerinin üzerinde görülerek uygulanmasına izin verilmesi anlamına geleceğinden bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.⁹⁸⁹

Şayet Türk kamu düzeni anlayışından vazgeçilerek daha üst bir kamu düzeni kavramı benimsenmesi söz konusu ise, egemen ülkelerin kamu düzeni kurallarının soyut ve ortak özelliklerinin “uluslararası kamu düzeni” kavramı çerçevesinde yıllardır süren uygulamayla somutlaşan ilkelerinin (*transnational rules*)⁹⁹⁰ yorumlanarak uygulanması yönteminin tercih edilmesi daha isabetli olabilirdi.⁹⁹¹ Ancak, Fransız ve Amerikan hukuklarında⁹⁹² görülen bu liberal yaklaşımın Türk hukukunda nasıl benimsenip uygulanacağı meselesi, yanıt verilmesi oldukça güç bir soru olarak durmaktadır.

Kamu düzenine bağlı iptal gerekçesi bakımından en hassas nokta, hakem kararının anılan kurallara açık bir biçimde aykırılık taşıdığı ve MTK m.15(A)(2)(b) uyarınca kamu düzenine aykırılık oluşup oluşmadığının tespit edilebilmesi için esasa ilişkin bir denetimin söz konusu olup olmayacağıdır. Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilmeden kararın yüzeysel olarak incelenmesinden hakem kararının kartel türündeki per se ihlal eylemleri bakımından açıkça RKHK m.4’e aykırı bir çözüm içerdiği anlaşılmakta ve bu aykırılık uyuşmazlığın esasına girilerek derinlemesine ve ayrıntılı bir inceleme yapılmaksızın ilk bakışta (*prima facie*) anlaşılabilecek derecede esaslı bir aykırılık ise kamu düzeninin ihlali gerekçesiyle hakem kararının iptali gündeme gelebilecektir. Ancak, bu tür hakem kararlarına istisnaen rastlanacağı düşüncesindeyiz.

⁹⁸⁹ Krş.: Gürzumar, A., s. 28-29.

⁹⁹⁰ Bkz.: Mourre, s. 22.

⁹⁹¹ Huysal, s. 372.

⁹⁹² Bkz.: Lehmann, s. 763.

D. Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

New York Sözleşmesinin V(2)(b) maddesinde iptal talebi çerçevesinde kararı inceleyen mahkeme tarafından tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun tanıma/tenfiz istenecek yer hukuku (*lex fori*) olduğu tartışmasız biçimde kabul edilmektedir.⁹⁹³ Nitekim çok sayıda davada ulusal mahkemeler tahkime elverişlilik sorununu *lex fori*'yi uygulayarak çözmüştür.⁹⁹⁴ Avrupa-Cenevre Sözleşmesi bakımından da tahkime elverişliliğin belirlenmesinde uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku (*lex fori*) olduğu kabul edilmektedir.

Türkiye’de verilmiş bir hakem kararının iptali için açılan davada mahkeme New York Sözleşmesi, Avrupa-Cenevre Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu ile uyumlu biçimde düzenlenmiş bulunan HMK m.439(2)(g) ve MTK m.15(A)(2)(a) gereğince Türk hukukunun tahkime elverişlilik ölçütlerini uygulayacaktır.⁹⁹⁵ Diğer bir deyişle, tahkim yerinin Türkiye olduğu veyahut yargılamanın tabi olduğu hukukun MTK olarak seçildiği durumlarda iptal davası Türk mahkemelerinde görülebileceğinden, mahkemeler tahkime elverişliliğin varlığını Türk hukukuna göre değerlendireceklerdir.⁹⁹⁶ Bu çerçevede, Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bakımından bir engel bulunmadığı ifade edilmelidir.

II. Tanıma ve Tenfiz Davalarında

Tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararı, kararın verildiği ülkeden farklı bir ülkede uygulanmak isteniyor ise ilgili ülkenin mahkemelerinden hakem kararının tenfizi talep edilecektir.

⁹⁹³ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 357; Huysal, s. 412.

⁹⁹⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 191.

⁹⁹⁵ Huysal, s. 412.

⁹⁹⁶ Kalpsüz, s. 119.

Tanıma ise başlamış bulunan ayrı bir yargılama sürecinde örneğin hakem kararına rağmen başka bir ülke mahkemesinde ya da farklı tahkim kurulunda uyuşmazlığa ilişkin bir dava açılması durumunda kesin hüküm etkisinden yararlanabilmek ya da idari bir işlem tesis edilebilmesini sağlamak gibi amaçlarla talep edilebilir.⁹⁹⁷ Tenfiz için mutlaka ayrı bir dava açılması gerekli iken tanıma, yürümekte olan bir davada davayı gören mahkemeden talep edilebilir.⁹⁹⁸

Tanıma ve tenfiz engellerine yönelik hükümler ulusal ve uluslararası metinlerde özdeş biçimde düzenlendiklerinden dolayı özellikle tahkime elverişlilik ölçütü bakımından farklı bir değerlendirme gerekmediğinden bu iki kavram tek bir başlık altında incelenecektir.⁹⁹⁹

A. İlgili Mevzuat

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi New York Sözleşmesinin kapsamına girmekte olduğundan taraf devlet mahkemeleri New York Sözleşmesinin öncelikle uygulamakla yükümlüdür.¹⁰⁰⁰ New York Sözleşmesinin III. maddesi tanıma ve tenfiz konusunda taraf devletlere yükümlülük getirirken V. maddesi tanıma/tenfiz engeli sayılabilecek halleri sınırlayıcı biçimde hükme bağlamaktadır. MÖHUK m.62(1)'de yer alan tanıma/tenfiz engelleri de New York Sözleşmesi ile

⁹⁹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 748; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 173; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 329-330.

⁹⁹⁸ Ekşi, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi S.1 (2009), s. 58.

⁹⁹⁹ Bkz.: Şanlı, s. 407. Öte yandan, MÖHUK m.63 “Yabancı hakem kararlarının tanınması da tenfizine ilişkin hükümlere tâbidir” şeklindeki düzenlemesiyle bu özdeşliğe işaret etmektedir.

¹⁰⁰⁰ Şanlı, s. 390; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 170, Şanlı, Cemal/Esen, Emre; *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Arbitration in Turkey (Yeşilırmak, Ali/Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, s. 211.

uyumludur.¹⁰⁰¹ Diğer yandan, taraflarca hakem kararının ilgili ülke iç hukukuna göre tanınmasının ya da tenfizinin talep edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.¹⁰⁰²

New York Sözleşmesinin V. maddesinde hakem kararlarının tanınması/tenfizine engel oluşturan haller, taraflarca ileri sürülmesi gerekenler ve mahkemelerce re'sen dikkate alınması gerekenler olarak iki grup altında düzenlenmiştir.¹⁰⁰³ Buna göre, hakem kararlarının tanınması/tenfizi; m.(V)(1)'de beş bent halinde sayılan (a)tahkim sözleşmesinin geçersizliği, (b)hakem seçiminde yahut tahkim sürecinde savunma hakkının kısıtlanması, (c)tahkim anlaşmasındaki yetkinin aşılması yahut eksik kullanılması, (d)hakem kurulunun ya da usul kurallarının tahkim anlaşmasına yahut tahkim yeri hukukuna aykırı belirlenmesi, (e)hakem kararının bağlayıcılık kazanmamış yahut iptal edilmiş olması hallerinin taraflarca ispatı durumunda veya m.(V)(2)'de iki bent halinde sayılan (a)tahkime elverişsizlik ve (b)kamu düzenine aykırılık gerekçelerinin mahkemece re'sen dikkate alınması suretiyle reddedilebilir.

B. Tanıma ve Tenfiz Engeli Olarak Tahkime Elverişlilik ve Kamu Düzeni Ölçütü

Tahkime elverişlilik kavramı iptal davalarında olduğu gibi tanıma/tenfiz davalarında da davanın reddi nedenleri arasında sayılmıştır. Buna göre, hakem kararları hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması yahut kararın kamu düzenine aykırı olması hususları mahkemece re'sen gözetilerek tanıma/tenfiz talebi reddedilebilecektir.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ Şanlı/Esen, s. 240.

¹⁰⁰² Rubino-Sammartano, s. 1385. Krş.: Şanlı/Esen, s. 240.

¹⁰⁰³ Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, s. 112; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 153-156.

¹⁰⁰⁴ Şanlı/Esen, s. 236-237; Akıncı, *Arbitration Law*, s. 153,154.

Yukarıda iptal davaları ile ilgili olarak da ifade edilen inceleme esasları tanıma/tenfiz davaları için de geçerli olacaktır.¹⁰⁰⁵ Rekabet kurallarından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme bağlayan bir yabancı hakem kararının Türkiye’de tenfizi talep edildiğinde mahkemeler rekabet kurallarının tahkime elverişli olduğunu kabul ederek¹⁰⁰⁶ söz konusu hakem kararının kamu düzeni gerekçesiyle iptali için Türk rekabet hukukunun temel ve vazgeçilmez nitelikteki hedeflerine zarar verici nitelikte bir ihmal yahut ilk bakışta açıkça anlaşılabilen aykırı bir uygulamanın varlığını aramalıdır.¹⁰⁰⁷ Daha önce de belirtildiği gibi, mahkemece hakem kararının yüzeysel olarak incelenmesinden RKHK’nın 4. maddesine açıkça aykırı bir çözüm içerdiği anlaşılmakta ve bu aykırılık uyuşmazlıkla ilgili ayrıntılı bir inceleme yapılmaksızın ilk bakışta (*prima facie*) anlaşılabilecek derecede esaslı bir aykırılık ise kamu düzeninin ihlali gerekçesiyle hakem kararının iptali yoluna gidilmelidir.

Kamu düzeni ölçütü bakımından yabancı hakem kararlarının tenfizinde ortaya çıkması muhtemel önemli bir nokta, hakem kararının AB rekabet kuralları uygulanarak verilmesi nedeniyle, TFEU m.101(3) uyarınca hakemlerin muafiyet değerlendirmesi yapmış olması olasılığıdır. Bu durumda, Türkiye’de Rekabet Kurulunun bireysel muafiyet kararı konusunda münhasır yetkisi olduğu gerekçesiyle Türk kamu düzeninin ihlal edildiğinden söz edilebilecek midir? Daha önce de belirtildiği gibi, RKHK’nın 5. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklikte anlaşma ve uyumlu eylemlerin Rekabet Kurumuna bildirim zorunluluğunun kaldırılması sonrasında, başta dağıtım anlaşmaları olmak üzere çoğunlukla RKHK m.4

¹⁰⁰⁵ Krş.: **Di Brozolo**, *Court Review*, s. 757.

¹⁰⁰⁶ Bkz.: Yargıtay, 11. HD, 06.10.2016, E. 2016/725, K. 2016/7777

¹⁰⁰⁷ Krş.: **Gürzumar, A.**, s. 30.

kapsamında kalan tüm anlaşmaların geçersizliğinden söz edilmesi gerekecektir ki bu durumu hukuk güvenliği ilkesi ve hukuk devletiyle bağdaştırmak mümkün değildir.¹⁰⁰⁸

Başvuru şartının kaldırılmasıyla Rekabet Kurulu tarafından yapılacak bir incelemede re'sen verilecek muafiyet kararı geçmişe etkili biçimde sonuç doğuracağından aslında RKHK m. 5'deki muafiyet koşullarını taşıyan bir anlaşmanın askıda geçersiz olması da söz konusu olmayacaktır. Zira muafiyet koşulları oluştuğunda Rekabet Kurulunun muafiyet kararı verme konusunda bir takdir hakkı bulunmamakta, karar bu koşulların var olduğunu ve böylelikle ilgili anlaşmanın başından beri geçerli olduğunu tespit eden bir idari işleminden ibaret olmaktadır.¹⁰⁰⁹

Muafiyet koşullarının oluşup oluşmadığı konusundaki takdir hakkı meselesi ise 1/2003 sayılı Tüzük ile AB'de gerçekleşen reform sonrasında Komisyon'un yapacağı incelemelerde kullanacağı takdir hakkı meselesinden farksızdır. Zira TFEU m.101(3)'de yer alan “*may, however, be declared inapplicable*” ifadesiyle RKHK m.5'deki “*Kurul...muaf tutulmasına karar verebilir*” ifadesinden anlaşıldığı üzere muafiyet kararlarının “bir yetkili organ” tarafından verilmesi/açıklanması gerektiği hususu ortaktır. Ancak, AB rekabet hukukuna tabi teşebbüslerin kendi kendini değerlendirmeleri (*self assessment*) bu değerlendirme sonucunda “yasaklamanın uygulanmayacağını ilan etme” yetkisi ve anlamı taşımadığından bir yetkili organın

¹⁰⁰⁸ Özellikle aksak muafiyet sistemiyle çağdaş düzenlemelerin bir hayli gerisinde kalan RKHK'da geniş bir değişiklik yapılmasına ilişkin tartışma ve öneriler çalışmanın kapsamını aşacağı için burada yalnızca AB hukukuna uyumun sağlanması bakımından Kurul kararına bağlı muafiyet sisteminin kaldırılmasının gerekliliğini vurgulamakla yetiniyoruz. Bu anlamda RKHK'nın 8. ve 13. maddelerin kaldırılmasının, 5. Maddenin ikinci fıkrasıyla birinci fıkrada yer alan Kurul ifadesinin kaldırılarak muafiyetin doğrudan uygulanabilirliğini teminen cümlede edilgen bir ifadenin tercih edilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz.

¹⁰⁰⁹ **Sanlı**, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği (*Geçersizlik*), Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 127 ve dn. 421; **Bolatoğlu**, Hilmi: Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi (*Yargısal Denetim*), Rekabet Kurumu, Ankara, 2002, s. 26.

kararına gerek bulunmadığı ortadadır. Bu bağlamda, Türk hukukuna tabi teşebbüslerin de aynı konumda değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, muafiyet ilişkin TFEU m.101(3) kurallarını ya da AB veya Türk grup muafiyeti tebliğlerini olaya uygulayan veyahut RKHK'nın 5. maddesindeki şartların bulunmadığını tespit eden bir yabancı hakem kararının Türk kamu düzeni bakımından herhangi bir aykırılık unsuru taşımayacağı söylenebilir.

C. Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunu düzenleyen New York Sözleşmesinin V(2)(a) maddesindeki düzenleme hiçbir tereddüde yer vermeyecek derecede açıktır. Buna göre, tahkime elverişlilik, tanıma/tenfiz istenen ülke hukukuna (*lex fori*) göre belirlenecektir.¹⁰¹⁰

¹⁰¹⁰ **Huysal**, s. 410; **Özel**, Kanunlar İhtilafi, s. 57; **Arfazadeh**, s. 85.

SONUÇ

Bir pozitif hukuk meselesi olarak tahkime elverişlilik, temelde hangi tür konuların tahkime sunulup hangilerinin sunulamayacağı ve tahkim süreçlerinden muaf özel uyuşmazlık sınıflarının olup olmadığı sorularını barındıran, tahkimin sözleşmesel ve yargısal karakterlerinin çatıştığı bir alandır.¹⁰¹¹ Kavramsal açıdan, tahkime elverişliliğin, hukuki ilişki taraflarının beklentileriyle kamusal çıkarların dengelenmesine olanak sağlayan bir araç olduğu söylenebilir.¹⁰¹² Bu çerçevede tahkime elverişlilik, sözleşme özgürlüğünün bitip kamusal çıkarlar bakımından yargı organlarının görevinin başladığı noktanın bulunmasına hizmet etmektedir.¹⁰¹³ Tahkime elverişlilik kavramının kapsamı ilgili devlet tarafından bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim kurumuna atfedilen önem ve duyulan güvenin derecesine bağlıdır.¹⁰¹⁴

Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıkları bakımından tahkim kurumunun sınırlarının nasıl belirleneceği ve işlevselliğinin nasıl sağlanacağı sorusu yanıt bekleyen önemli bir sorudur. Örneğin, hakemlerin tahkime elverişlilik konusunda karar verip veremeyeceği, üç katı tazminat talebinin tahkimde çözülüp çözilemeyeceği gibi hususlarda açık düzenlemeler yapılması, diğer yandan karar vericilerin bu alanda eğitilmesi ve farkındalığın artırılması konularında daha net bir hukuk politikası geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Doktrinde hukuki uyuşmazlıkların yargı organları yerine özel kişilerce çözülmesine olanak sağlayan sözleşme özgürlüğü ilkesinin ancak belirli

¹⁰¹¹ Mistelis, s. 3; Yeşilova, s. 318.

¹⁰¹² Freimane, s. 4.

¹⁰¹³ Huysal, s. 13; Özbay/Korucu, s. 7.

¹⁰¹⁴ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 331.

uyuşmazlıkları kapsayacağı ifade edilmektedir.¹⁰¹⁵ Ancak sözleşme özgürlüğünün asıl, kamu düzeni kaygılarına dayalı olarak getirilen sınırlamaların istisnai olduğu göz önüne alındığında konuya ancak belirli uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olacağı biçiminde daraltıcı bir yorumla yaklaşılması MTK ve HMK’da kendini gösteren *favor arbitrandum* anlayışına daha uygun olacaktır.¹⁰¹⁶

Rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı sorunu birçok ülkenin tahkim yazınında ve mahkeme kararlarında uzun süren tartışmalara konu olmuştur. Çalışmamızın birinci bölümünde, rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin olarak ABD’de 2. Daire Federal Temyiz Mahkemesi’nin *American Safety* kararıyla gelişen tahkime elverişsizlik doktrininin (*non-arbitrability*) Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1985 yılındaki *Mitsubishi* kararı sonrasında zayıfladığı, zaman içinde milli-milletlerarası ayrımı olmaksızın tahkime elverişlilik yaklaşımının yaygın bir kabul gördüğü ortaya konmuştur. Birinci bölümde ayrıca tahkime elverişsizlik doktrinine temel teşkil eden unsurlar incelenerek bu unsurların günümüzdeki hukuki değerleri değerlendirilmiş, anılan unsurların rekabet uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla etkin bir biçimde çözülmesinin önünde bir engel oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu unsurlardan günümüzde de tereddütlere yol açabilecek olanlarla ilgili hukuki çerçeve tartışılarak çözüm önerileri getirilmiştir.

Rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği düşüncesi pek çok gelişmiş ve gelişmekte olan ülke hukuklarında kabul edilmekte, ancak tahkime elverişlilik, yargı müdahalesi ve hakemlerin rekabet kurallarını uygulama yetkisinin/yükümlülüğünün kapsamı gibi tartışmalı alanlara yaklaşım ülkeden ülkeye

¹⁰¹⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 196.

¹⁰¹⁶ Özel, *Kanunlar İhtilafı*, s. 39; Balssen/Kınıkoğlu, s. 44.

değişmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın ikinci bölümünde rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde incelenmiş, ABD ve AB hukukunda konuya ilişkin tarihsel gelişim doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmiştir. Bu bölümde, önde gelen hukuk sistemlerinde rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin artık tartışmasız bir biçimde benimsendiği sonucuna varılmıştır.

Üçüncü bölümde, Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin belirlenmesine yönelik sistematik bir analiz yapılmıştır. Öncelikle tahkime elverişlilik kavramını düzenleyen mevzuat metinleri tespit edilerek bunların ne şekilde yorumlanması gerektiği ele alınmış ve konuya ilişkin yargı kararları tarihi gelişim perspektifi içinde incelenmiştir. Bu bölümde son olarak birinci bölümde yer verilen tahkime elverişsizlik (*non-arbitrability*) doktrini bağlamında ileri sürülen çekinceler Türk hukuku açısından değerlendirilmiştir. Bu bölümde yapılan incelemeler ışığında, Türk hukukunda mevzuat, doktrin ve yargı kararları bakımından rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu bölümde RKHK'ya aykırılık tespitinin hakemlerce yapılabileceği, hakemlerin muafiyet kararı verme yetkileri bulunmasa da muafiyet koşullarının bulunmadığını ve dolayısıyla 4. maddenin ihlal edildiğini tespiti yetkili bulundukları ifade edilmiştir. Benzer biçimde, hakemler uyuşmazlık konusu anlaşmanın grup muafiyeti tebliğleri kapsamında olup olmadığı hususunu da karara bağlayabilirler.

1999'dan itibaren verilen Yargıtay kararları çerçevesinde, tazminat talepleri için RKHK'nın ihlaline dair Rekabet Kurulu kararının “dava şartı” olduğu yaklaşımı terk edilmiş ancak Rekabet Kurumuna başvuru yapılması ve ilgili Rekabet Kurulu

kararının kesinleşmesinin beklenmesi yaklaşımı devam etmiştir. Kanımızca, Rekabet Kurulunun gerek RKHK'nın 6. maddesindeki hakim durumun kötüye kullanılması halinin tespitine, gerek RKHK'nın 5. maddesinde düzenlenen muafiyet kararına ilişkin yetkisi nedeniyle 4. maddenin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik yetkileri, tazminat ve geçersizlik sorununun mahkemelerde ve dolayısıyla tahkimde çözülmesine engel teşkil etmemektedir.

Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu tespitinden sonra, bu tespitin kim tarafından hangi aşamada yapılacağı sorununa yanıt aramak gerekmiştir. Bu çerçevede, çalışmanın dördüncü ve son bölümünde tahkim elverişliliğe ilişkin itirazların hakem kararı öncesinde ve hakem kararı verildikten sonra nasıl yapılacağı ve ne gibi incelemelere tabi tutulacağı tartışılmıştır. Tahkime elverişliliğin belirlenmesinde en önemli unsur olarak tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun seçimi konusu öne çıkmaktadır. “Hangi devletin tahkime elverişlilik anlayışı?” sorusuna verilecek yanıt hakem kurulları ve ulusal mahkemeler bakımından farklılaşmaktadır. Tahkime elverişlilik bir kamu yararı sorunu olduğundan tahkim konusuna liberal yaklaşan bazı devlet mahkemeleri ve hakem kurullarının uygulamalarında “uluslararası kamu düzeni” kavramı öne çıkmakta ise de, genel kabul gören eğilim, hakem kurulları bakımından tahkim yeri hukukunun (*lex loci arbitri*) mahkemeler bakımından hakimin hukukunun (*lex fori*) öngördüğü kamu yararı anlayışı çerçevesinde ortaya çıkan tahkime elverişlilik yaklaşımının esas alınmasıdır.

Türk hukukunda rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bakımından çalışmamızda değinilen önemli sorunlardan birisi de hakem kararlarının iptaline ilişkin davalar ve tanıma/tenfiz süreçlerinde gündeme gelebilecek kamu düzenine

aykırılık iddialarının hangi ölçütlere göre değerlendirileceği sorunudur. Kanımızca Rekabet hukundan kaynaklanan bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan hakem kararının iptali veyahut tanınması/tenfizi taleplerinin değerlendirilmesinde mahkeme tarafından yeniden bir tahkime elverişlilik tartışmasına girilmemesi gerekir.

İptale gerekçe oluşturabilecek derecede ciddi bir kamu düzeni aykırılığının RKHK'nın 4. maddesinde açık ve ağır (*per se*) ihlal olarak kabul edilen ve uygulamada kartel olarak adlandırılan rakip teşebbüsler arası fiyat, arz kısıtı veya bölge-müşteri paylaşımı anlaşmaları bakımından söz konusu olabileceği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, açık ve ağır ihlal iddia ve bulgularının söz konusu olduğu durumlarda anılan maddenin uyuşmazlık konusu olayda uygulanmasının açıkça ihmal edilmesi veyahut bu ihlallerin sürmesine neden olacak derecede açık ve etkili aykırılıklar taşıyan bir karar verilmesi durumunda hakem kararı iptal edilmelidir

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.
- Akıncı**, Müslüm: *Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu*, Rekabet Dergisi S. 5 (2001), s.2-16.
- Akıncı**, Ziya: *Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi*, 17 BATİDER 119, 147 (1994).
- Akıncı**, Ziya: Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure, Juris, New York, 2011.
- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Akıncı**, Ziya: *Neden İstanbul Tahkim Merkezi? Why Center for Arbitration in İstanbul?* 8 Journal of Yaşar University 79, 96 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayı), (2013).
- Akıl**, Cenk: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi*, GÜHFD, C. 16, S.4, 2012, s.1-18.
- Aksen**, Gerald, *Arbitration and Antitrust: Are They Compatible?* 44 N.Y.U. L. Rev. 1097, (1969)
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Allison**, John R.; *Arbitration Agreements and Antitrust Claims: The Need for Enhanced Accommodation of Conflicting Public Policies* (Arbitration Agreements), 64 N.C. L. Rev. 219, 276 (1986).

Allison, John R.; *Arbitration of Private Antitrust Claims in International Trade: A Study in the Subordination of National Interests to the Demands of a World Market* (Arbitration of Private Antitrust Claims), 18 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 361, 439 (1986).

Arfazadeh, Homayoon: *Arbitrability Under the New York Convention: The lex fori revisited*, 17 Arb. Int'l 73, 87 (2001).

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, Ankara, 2016.

Ataman-Figanmeşe, İnci: *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri*, 31 MHB 35, 81 (2012).

Aslan, Irmak: *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali*, Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, 2012, s. 59-60.

Ason, Agnieszka; *Antitrust Arbitration and Public Policy*, Queen Mary Law Journal, C. 3, 2013, s. 1-63.

Atamer, Yeşim: *Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması*, 55 İÜHFM 421, 450 (1996).

Aygül, Musa: *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delillerin Milletlerarası İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi ve Karşılaşılabilecek Sorunlar*, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, (2013), s. 261-290,

Aygül, Musa/**Gültutan**, Doğan, *Arbitration Procedure, Arbitration in Turkey* (Yeşilırmak, Ali /Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.

Ayhan, Zeynep Feyza Eker, Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırılmal Bir Analiz, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017.

Balssen, Eda Cerrahoğlu/**Kınıkoglu**, Efe: *Drafting Arbitration Agreements and Arbitrability*, Arbitration in Turkey (Yeşilirmak, Ali /Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.

Barracrough, Andrew/**Waincymer**, Jeff: *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, 6 Melb. J. Int'l L. 205, 244 (2005)

Barcelo, John J. III.: *Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction - Separability and Competence - Competence in Transnational Perspective*, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1115, 1136 (2003).

Baron, Patrick M./**Liniger** ve Stefan; *A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany*, 19 Arb. Int'l 27, 54 (2003).

Baudenbacher, Carl/**Higgins** Imelda; *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, 8 Colum. J. Eur. L. 1, 18 (2002).

Baye, Michael R./**Wright**, Joshua D.: *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 54 J. L. & Econ. 1, 24 (2011).

Belohlavek, Alexander J.: *The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute*, Yearbook of International Arbitration (Roth, M./ Giestlinger, M., Edlr.), Intersentia / DIKE / NWV, Antwerpen, 2013.

Black-Branch, Jonathan: *England&Wales*, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms: Commentary (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.) Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013.

Black-Branch, Jonathan: *Introduction to Arbitration*, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms: Commentary (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.), Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013.

Blanke, Gordon, *Antitrust Arbitration Under the ICC Rules*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners (Blanke, Gordon/Landolt, Phillip L., Edlr.), KluwerLaw International, Alphen aan den Rijn, 2011.

Blechman, Michael D./Garvey, Karin E.: *Remedies in Arbitration for US Antitrust Violations*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011.

Bolatoğlu, Hilmi: Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi (*Yargısal Denetim*), Rekabet Kurumu, Ankara, 2002.

Bolatoğlu, Hilmi: *Turkey*, International Competition Litigation (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, s.731-797.

Booc, Adam: *Observations on the Definition of Public Policy (Ordre Public) in Swiss Arbitration Law*, 53 Acta Juridica Hungarica 181, 192 (2012).

Brafford, Anne: *Arbitration Clauses in Consumer Contracts of Adhesion: Fair Play or Trap for the Weak and Unwary?* 21 J. Corp. L. 331, 362 (1996)

Brekoulakis, Stavros L.: *Law Applicable To Arbitrability: Revisiting The Revisited Lex Fori, (Law Applicable) Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

Brekoulakis, Stavros L.: *Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern, (Arbitrability) Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

Brewer, Thomas J.; *The Arbitrability of Antitrust Disputes: Freedom to Contract for an Alternative Forum*, Antitrust Law Journal, C. 66, S. 1 (1997).

Bridgeman, James; *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, 19 Eur. Bus. L. Rev. 147,174 (2008).

Brower, Charles H.: *Arbitration and Antitrust: Navigating the Contours of Mandatory Law*, 59 Buff. L. Rev. 1127, 1167 (2011).

Brown, Alexis C.: *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, 16 Am. U. Int'l L. Rev. 969, 1026 (2001).

Brown, Daniel/O'Connor, Eric, *United States of America*, International Competition Litigation, (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 798-893.

Brown, William J. T./Houck, Stephen D.; *Arbitrating International Antitrust Disputes*, 7 J. Int'l Arb. 77, 90 (1990).

Born, Gary: *International Arbitration*, Aspen Publishers, New York, 2011.

Bucher, Andreas/Tschanz, Pierre-Yves: International Arbitration in Switzerland, Helbing & Lichtenhahn, 1989.

Bulst, Friedrich Wenzel/Hilbig, Katharina/Mäger, Thorsten/Paul, Thomas/Reher, Tim, *Germany, International Competition Litigation*, (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr.) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.

Bulut, Belma: *The Role of the Place of Arbitration in International Commercial Arbitration Proceeding; Turkey as a Place of Arbitration*, 4 Ankara B. Rev. 33, 46 (2011).

Buys, Cindy Galway, *The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, 14 Am. Rev. Int'l Arb. 121, 138 (2003).

Bühler, Michael W./Jarvin, Sigvard, *The Arbitration Rules of International Chamber of Commerce (ICC)*, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Oxford University Press, Oxford, (2010).

Büyükalp, A. İpek Sarıöz: *Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları*, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s.2015-2061.

Büyüksagis, Erdem: *İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri*, 8 Journal of Yaşar University 675, 712 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayı), (2013).

Can, Burcu: Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.

- Carbonneau, Thomas E.:** *The Reform of the French Procedural Law on Arbitration: An Analytical Commentary on the Decree of May 14, 1980, (The Reform)* 4 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 273, 339 (1980).
- Carbonneau, Thomas E.:** *The Elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity, (French Court Doctrine)* 55 Tul. L. Rev. 1, 62 (1980).
- Carbonneau, Thomas E.:** *Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions (Rendering Arbitral Awards)*, 23 Colum. J. Transnat'l L. 579, 614 (1985).
- Carbonneau, Thomas E.;***The Exuberant Pathway to Quixiotic Internationalism: Assessing the Folly of Mitsubishi, (The Exuberant Pathway)* 19 Vand. J. Transnat'l L. 265, 298 (1986).
- Carbonneau, Thomas E.;** *The Reception of Arbitration in United States Law, (The Reception of Arbitration)* 40 Me. L. Rev. 263, 286 (1988).
- Carnathan, Sean T.:** *Discovery In Arbitration*, 10 Bus. L. Today 22, 28 (2001).
- Chen, Meng,** *Emerging Internal Control in Institutional Arbitration*, 18 Cardozo J. Conflict Resol. 295, 310 (2017).
- Cohen, Julius H./Dayton, Kenneth:** *The New Federal Arbitration Law*, 12 Va. L. Rev. 265, 286 (1926).
- Connolly, Dennis. J.;** *The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in The United States: Defenses to Arbitrability*, 37 S. C. L. Rev. 719, 748 (1986).

Connor, John M./Lande, Robert H.: *Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less than Single Damages*, 100 Iowa L. Rev. 1997, 2023 (2015).

Coşkun, Sevda Yaşar: *Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. Journal of Current Researches on Social Sciences, C.7, S.1 (2017), s. 149-172.

Delvolvé, Jean-Louis/Rouche, Jean/Pointon, Gerald H.: *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

Dessementet, François: *Arbitration and Confidentiality*, 7 Am. Rev. Int'l Arb. 299, 318 (1996).

Dessementet, François/Stoffel Walter, Swiss Private International Law, <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Intro%20Sw%20Law.pdf> (Son erişim: 03.03.2017)

Di Brozolo, Luca G. Radicati: *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, (OECD) OECD, Competition Committee, Working Party N. 3, Arbitration and Competition DAF/COMP(2010)40, 2011, s.31-50 <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> (Son Erişim:08.05.2017)

Di Brozolo, Luca G. Radicati: *Competition Law and Arbitration, (Competition)*, 7 Competition L. Int'l 12, 15 (2011).

Di Brozolo, Luca G. Radicati: *Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings, (Court Review)*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 755-784.

- Di Pietro**, Domenico: *Arbitrability Under the New York Convention*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- von Dietze**, Philip/**Brödermann**, Eckart: *Germany*, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, (Foer, Albert A./Cuneo, Jonathan. W., Edlr.), Edward Elgar, 2010.
- Doğan**, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, 15 MHB 21, 42 (1995).
- Dolmans**, Maurits/**Grierson**, Jacob: *Arbitration and the Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities*, 14 ICC International Court of Arbitration Bulletin, 37, 51 (2003).
- Drahozal**, Christopher R.: *Codifying Manifest Disregard*, 8 Nev. L.J. 234, 250 (2007).
- Easterbrook**, Frank H.: *Comparative Advantage and Antitrust Law*, 75 Cal. L. Rev. 983, 990 (1987).
- Edis**, Seyfullah: *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1987.
- Ekşi**, Nuray: *Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2009, s. 54-74.
- Elhauge**, Einer: *How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement by Replacing It with Ineffective Forms of Arbitration*, 38 Fordham Int'l L.J. 771, 778 (2015).

- Emanuele**, Ferdinando/**Molfa**, Milo/**D'Elia**, Pierantonio: *EU Merger Remedy Arbitration: Key Features And Strategic Issues in Light of the First Reported Arbitral Award*, 2013 Int'l Bus. L.J. 445, 465 (2013).
- Erkan**, Mustafa: *Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki (Münhasır Yetki)*, SÜHFD C.20, S.1, 2012, s.11-51.
- Erkan**, Mustafa: *Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi (Asıl Sözleşmenin Yokluğu)*, GÜHFD, C.17, 2013, s. 535-562.
- Erten**, Rifat: *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Esen**, Emre: *Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011, s. 355-381.
- Fauvarque-Cosson**, Bénédicte/**Mazeaud**, Denis: *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Walter de Gruyter, München, 2008.
- Feinberg**, Wilfred.: *Arbitration and Antitrust-An Introduction*, 44 N.Y.U. L. Rev. 1069, 1071 (1969).
- Feldman**, Steven W.: *Italian Colors and Freedom of Contract under the Federal Arbitration Act: Has the Supreme Court Enabled Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 2016 Mich. St. L. Rev. 109, 160 (2016).

- Finn**, John J.: *Private Arbitration and Antitrust Enforcement: A Conflict of Policies*, 10 B.C.L. Rev. 406, 420 (1969)
- Fons**, Manuel P.: *Beyond the Prima Facie Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control*, 49 CMLR 1915, 1949 (2012).
- Fortier**, L. Yves: *Arbitrability of Disputes*, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, (G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, M. Mustill, P.M. Patocchi, A.-M. Whitesell, Edlr.) ICC Publishing, 2005.
- Fouchard Philippe/Gaillard**, Emmanuel/**Goldman**, Berthold (Gaillard, Emmanuel ve Savage, John, Edlr.) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- Freimane**, Natalja; *Arbitrability: Problematic Issues of the Legal Term*, (Yüksek Lisans Tezi) Riga Graduate School Of Law, 2012.
- Fuglsang**, Eric James; *The Arbitrability of Domestic Antitrust Disputes: Where Does the Law Stand*, 46 DePaul L. Rev. 779, 822 (1997).
- Gaillard**, Emmanuel: *France*, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.), Oxford University Press, Oxford, (2010).
- Gaillard**, Emmanuel: “*Extent of Court Review of Public Policy*” (*Court Review*), 237 NYLJ 1, 4 (2007).
- Geradin**, Damien/**Villano**, Emilio, *Arbitrability of EU Competition Law-Based Claims: Where Do We Stand after the CDC Hydrogen Peroxide Case?* TILEC Discussion Paper, 2016-033 (2016) <http://ssrn.com/abstract=2851112>

- Geradin**, Damien: *Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration: A Competition Law Practitioner's Viewpoint*, TILEC Discussion Paper, 2016-029 (2016) <http://ssrn.com/abstract=2786370>
- Gerber**, David J.: *U.S. Anti-Trust Law and the Convergence of Competition Laws*, 50 Am. J. Comp. L. 263, 296 (2002)
- Gharavi**, Hamid G.: *The Proper Scope of Arbitration in European Community Competition Law*, 11 Tul. Eur. & Civ. L.F. 185, 205 (1996)
- Giray**, Faruk Kerem: *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, UTTDER, C.4, S. 2, 2015, s. 65-121.
- Glover**, J. Maria: *Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 124 Yale L. J. 3052, 3093 (2015).
- Goicovici**, Ana-Juanita: *Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence*, Transylvanian Review of Administrative Sciences, S. 38, 2013, s. 44-60.
- Goldsmith**, Aren: *Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions*, 34 ASA Bull. 1, 40 (2016)
- Gospodinov**, Penio P.: *The Application of European Competition Law in Arbitration Proceedings*, European Doctorate in Law & Economics, (Doktora Tezi) Erasmus University of Rotterdam, 2014.
- Gotanda**, John Y.: *Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is The Tide Changing*, 45 Colum. J. Transnat'l L. 507, 528 (2006).

Graf, Karin/Bieri, De Vito Sandra: *Switzerland, International Commercial Arbitration: Standard Clauses and Forms: Commentary*, (Conrad, Nicole/Münch, Peter/Black-Branch, Jonathan L., Edlr.) Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013.

Goldberg, Joshep/Gustafson, Dan, E.: *“Pretrial Discovery in Civil Litigation”*, Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook, (Foer, Albert A./Stutz, Randy, Edlr.), Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

Guzman, Andrew T.: *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, 49 Duke L.J. 1279, 1334 (2000).

Güçer, Sülün: *Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları*, 25 BATİDER 205, 226 (2009).

Güriz, Adnan: Hukuk Felsefesi, AÜHF Yayınları, Ankara, 1987.

Gürzumar, Osman Berat: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, S. 12, 2002, s. 3-76.

Güven, Pelin: *Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Rekabet Kurumu, Ankara, 2007.

Hacıbekiroğlu, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, XII Levha, İstanbul, 2012.

Hanotiau, Bernard, *The Law Applicable to Arbitrability*, 26 SAcLJ 874, 885 (2014).

Hayford, Stephen L.: *New Paradigm for Commercial Arbitration: Rethinking the Relationship Between Reasoned Awards and the Judicial Standards for Vacatur*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 443, 507 (1998).

Heper, Altan: *Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler*, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2012, s. 71-85.

Herrmann, Gerold: *Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?: The 1998 Freshfields Lecture*, 15 Arb. Int’l 211, 236 (1999).

Higginbotham, Patrick E.: *Discovery Management Considerations in Antitrust Cases*, 51 Antitrust L. J. 231, 238 (1982).

Ho, Wendy: “*Discovery in Commercial Arbitration Proceedings*”, 34 Hous. L. Rev. 199, 228 (1997).

Hrle, Jelena, *International Arbitration and Competition Law (Yüksek Lisans Tezi)*, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, McGill University, 1999.

Husserl, Gerhart: *Public Policy and Ordre Public*, 25 Va. L. Rev. 37, 67 (1938).

Huysal, Burak; *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2010.

Hondius, Ewoud: *The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis*, 27 J. Consum. Pol. 245, 251 (2004).

İzveren, Adil: *Hukuk Felsefesi*, DEÜHF Yayınları, Ankara, 1994.

Jermini, Cesare/**Bernardoni**, Nicola: *Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure*, Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide (Arroyo, Manuel, Ed.), Kluwer Law International, 2013.

- Joelson**, Mark R.: *The Ex Officio Application of US Antitrust Law By Arbitrators*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, 1379-1391.
- Johnson**, Thomas E.; *International Antitrust Litigation and Arbitration Clauses*, 3 J.L. & Com. 91, 106 (1983).
- Kalp    **, Turgut; Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, BTHAE, Ankara, 2007.
- Karada  **, İzzet: Ulusal (İ ) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Karademir**, Ebru: *Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması*, 32 MHB 73, 104 (2012).
- Karakoç**, İrem: *Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım*, 8 DEÜHFD 87, 122 (2006).
- Kaufmann-Kohler**, Gabrielle: *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, 23 Arb. Int'l 357, 378 (2007).
- Kaufmann-Kohler**, Gabrielle/ **Rigozzi**, Antonio: International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Kellor**, Frances: American Arbitration: Its History, Functions and Achievements (Brother Books, 1948) Yeniden basım, Beard Books, Washington D.C., 2000.
- Kırca**,   i dem: *  rt  l   (Gizli) Bo  luk ve Bu Bo  lu  un Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)*, 50 A  HFD 91, 119 (2001).
- Kraft** Michael E./**Furlong**, Scott R.: Public Policy: Politics, Analysis, and Alternatives, SAGE, Los Angeles, 2012.

Kröll, Stephan: *Arbitrability of Disputes Arising from Commercial Representation*, Mistelis, L. A./Brekoulakis S. L., (Edlr.), Arbitrability: International & Comparative Perspectives içinde, Kluwer Law International, Alpen aan den Rijn, 2009.

Kolasky, William: *Antitrust Litigation: What's Changed in Twenty-Five Years?*, 27 Antitrust 9, 17 (2012).

Kolkey, Daniel M.: *Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations*, 22 The International Lawyer 693, 715 (1988).

Koral, Rabi: *Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme*, 30 İÜHFM 745, 783 (1964).

Kotsiris, Lambros E.: *An Antitrust Case in Ancient Greek Law*, 22 The International Lawyer 451, 457 (1988).

Koziol, Helmut: *Punitive Damages - A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741, 764 (2008).

Kurkela, Matti: *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 2005.

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, S Yayınları, 1990.

Kühn, Wolfgang: *Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany*, 3 Arb. Int'l 226, 239 (1987).

Landi, Niccolò/**Rogers**, Catherine A., *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 07-01;

Corcorrenza e Mercato, 2007. <https://ssrn.com/abstract=962334> (Son erişim:06.03.2017)

Landolt, Phillip; Modernised EC Competition Law in International Arbitration, KluwerLaw International (*Modernised*), The Hague, 2006.

Landolt, Phillip: Arbitration and Antitrust: An overview of EU and National Case Law (*Arbitration and Antitrust*), 13 April 2012, No. 45083, https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawLandolt_ArbitrationAntitrust_e-Competitions.pdf (Son Erişim: 15.07.2017)

Lascoumes, Pierre/**Le Galès**, Patrick: *Introduction: Understanding Public Policy Through Its Instruments—From The Nature of Instruments to The Sociology of Public Policy Instrumentation*, 20 Governance 1, 21 (2007).

Lehmann, Matthias: *A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice*, 42 Colum. J. Transnat'l L. 753, 776 (2004).

Lemley, Mark A./**Leslie**, Christopher R.: *Antitrust Arbitration and Illinois Brick*, 100 Iowa L. Rev. 2115, 2133 (2015).

Lee, Mark R.: *Antitrust and Commercial Arbitration: An Economic Analysis*, 62 St. John's L. Rev. 1, 44 (1987).

Lew, Julian D. M./**Mistelis**, Loukas A./**Kröll**, Stefan: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

Lew, Julian, D.M.: *Competition Laws-Limits to Arbitrators' Authority*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis,

Stavros L., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, (241-262)

Liebscher, Christoph: *Arbitration of Antitrust Disputes*, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (Gaillard, Emmanuel/Di Pietro, Domenico, Edlr.), Cameron May, London, 2008, s. 522-549.

Lipner, Seth E.; *International Antitrust Law: To Arbitrate or Not to Arbitrate*, 19 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 395, 432 (1985).

Loevinger, Lee: *Antitrust Issues as Subjects of Arbitration*, 44 N.Y.U. L. Rev. 1085, 1096 (1969).

Martinez-Fraga, Pedro J.: *Juridical Convergence in International Dispute Resolution: Developing a Substantive Principle of Transparency and Transnational Evidence Gathering*, 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 37, 71 (2012).

Mavromati, Despina, *The Legality of an Arbitration Agreement in Favour of CAS Under German Civil and Competition Law - The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2800044>

McLean, D. J.: *Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 1087, 1097 (2014).

von Mehren, Arthur Taylor: *International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence*, 46 La. L. Rev. 1045, 1059 (1986).

- Meriwether**, Ellen: *Class Action Waiver and the Effective Vindication Doctrine at the Antitrust/Arbitration Crossroads*, 26 Antitrust 67, 72 (2011).
- Mistelis**, Loukas A.: *Arbitrability-International and Comparative Perspectives*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Moses**, Margaret L.: *Can Parties Tell Court What to Do? Expanded Judicial Review of Arbitral Awards*, 52 U. Kan. L. Rev. 429, 465 (2004).
- Mojkowski**, Mariusz M./**Kleiner**, Krystyna: *The Pechstein Case in Germany: A Review of Sports Arbitration Clauses in Light of Competition Law*, 8 JECL & Pract 457, 462 (2017).
- Morgan**, Edward: *Contract Theory and the Sources of Rights: An Approach to the Arbitrability Question*, 60 S. Cal. L. Rev. 1059, 1082 (1987).
- Mourre**, Alexis: *Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives*, EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners, C.1, (Blanke, Gordon/ Landolt, Phillip L., Edlr), Kluwer Law International, 2011, s. 3-67.
- Murphy**, Kent: *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law*, 11 Ga. J. Int'l & Comp. L. 591, 615 (1981).
- Nazzini**, Renato: *Are Claims for Tortious Damages for Breach of the Antitrust Rules Arbitrable in the European Union? Some Reflections on the CDC Case in the Court of Justice*, Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust Review, 3(1) (2016).

Narbay, Şafak/Kesici, Buğra: *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1 (2015), s. 207-262.

Niedermaier, Tilman: *Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power-Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic*, 39 ZDAR 12, 21 (2014).

Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. 1, Beta, İstanbul, 2016.

Nussbaum, Arthur: *The Separability Doctrine in American and Foreign Arbitration*, 17 N.Y.U. L. Q. Rev. 609, (1940).

O'Connor, Kevin J./Renfro, Hannah L./Briggs, Adam C.: *Interaction of Public and Private Enforcement*, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law (Foer, Albert A./Cuneo, Jonathan. W., Edlr.), Edward Elgar, 2010

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: *Borçlar Hukuku*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Ökçün, A. Gündüz: *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1997.

Öz, Gamze Aşçıoğlu: *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.

Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Özel, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, (*Kanunlar İhtilafı*) Legal, İstanbul, 2008.

Özel, Sibel: “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması*” (*Tahkim Sözleşmesi*), 23 MÜHFHAD 303, 323 (2017).

Özsunay, Ergun; *Tahkime Elverişlilik Kavramına İlişkin Yeni Gelişmelerin Işığında Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Tahkim ve Türk Hukukunun Durumu*, Milletlerarası Ticari Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, 2005.

Pamboukis, Charalambos: *The Arbitrator as a Problem Solver*, Arbitrability: International & Comparative Perspectives (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

Park, William W.: *Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?*, 11 Int'l Arb. L. Rev. 33 (2008) 33-49.

Poudret, Jean-François/Besson, Sébastien: Comparative Law of International Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 2007.

Pitofsky, Robert: *Arbitration and Antitrust Enforcement*, 44 N.Y.U. L. Rev. 1072, (1969).

Pitofsky, Robert: *The Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa. L. Rev. 1051, 1075 (1979).

Pitofsky, Robert/**Goldschmid**, Harvey J./**Wood**, Diane P.: Trade Regulation, Foundation Press, New York, 2005.

Posner, Richard A.: Antitrust Law (Second Edition), University of Chicago Press, Chicago, 2009.

Ragazzo, Carlos/**Binder**, Mariana.: *Antitrust and International Arbitration*, 15 U.C. Davis Bus. L.J. 173 (2014).

Rau, A. Scott: *The Arbitrability Question Itself*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 287, 370 (1999).

Redfern, Alan/**Hunter**, Martin/**Blackaby**, Nigel/**Partasides**, Constantine: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 2005.

Ritter, Lennart/**Braun**, W. David/**Rawlinson**, J. Francis: EEC Competition Law: A Practitioner's Guide, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1991.

Rogers, Catherine A.: *The Vocation of the International Arbitrator*, 20 Am. U. Int'l L. Rev. 957, (2005).

Rosen, Janet A.: *Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence*, 17 Fordham Int'l LJ 599, 666 (1993).

Rosenberg, David/**Sullivan**, James P.: *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law*, 2 J. Comp. L. & Econ. 159, 187 (2006).

Rouhette, Thomas: The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept." 74 Def. Counsel J. 320, 342 (2007).

Rubino-Sammartano, Mauro: International Arbitration Law and Practice, Juris Publishing, Huntington, 2014.

Ruhi, A. Cemal/**Kaplan**, Yavuz: *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni*, 22 MHB 643, 663 (2002).

Rutledge, Peter B./**Kent**, Rachael/**Henel**, Christian, *United States*, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, içinde, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Sajko, Kresimir: *On Arbitrability in Comparative Arbitration - An Outline*, 60 Zbornik PFZ 961, 970, (2010).

Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği (*Geçersizlik*), Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.

Sanlı, Kerem Cem: *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi*, Rekabet Dergisi, S. 30 (2007).

Sayre, Paul L: *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L. J. 595, 617 (1928)

Sandrock, Otto: *Arbitration Between U.S. and West German Companies: An Example of Effective Dispute Resolution in International Business Transactions*, 9 U. Pa. J. Int'l Bus. L. 27, (1986-1987)

- Sarıtaş**, Hatice: *4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 59, 2005.
- Schubert**, William R: *Reviewing Arbitration Awards for Competition Law Violations* (2015), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2675611>
- Smith**, Laurence M.; *Determining the Arbitrability of International Antitrust Disputes*, 8 J. Comp. Bus. & Cap. Market L. 197,218 (1986).
- Smit**, Robert H.: *Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?* 13 Am. Rev. Int'l Arb. 19 (2002).
- Smutny**, A. Cohen/**Pham**, Hansel T.; *Enforcing Foreign Arbitral Awards in the United States: The Non-Arbitral Subject Matter Defense*, 25 J. Int'l. Arb. 657 (2008).
- Speidel**, Richard E.: *Arbitration of Statutory Rights Under the Federal Arbitration Act: The Case for Reform*, 4 J. Disp. Res. 157 (1989).
- Steingruber**, Andrea M.: *Consent in International Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, OUP, Oxford, 2012.
- Stempel**, Jeffrey W.: *Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements (Public Policy)*, 22 St. Mary's L.J. 298 (1990).
- Stempel**, Jeffrey W.; *A Better Approach To Arbitrability (Arbitrability)*, 65 Tul. L. Rev. 1377 1990-1991
- Stigler**, George J.; *The Origin of the Sherman Act*, J. Legal Stud. 1, 12 (1985).

Stipanowich, Thomas J.; *Arbitration: the “New Litigation”*, 2010 U. Ill. L. Rev. 1, 50 (2010).

Strong, Stacie, I.: *Monism and Dualism in International Commercial Arbitration: Overcoming Barriers to Consistent Application of Principles of Public International Law*, University of Missouri Legal Studies Research Paper Series, No. 2012-39 <http://ssrn.com/abstract=2189905>

Şanlı, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Taşpınarlı, Caner: *Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Tekinsoy, Özge Okay: *Avrupa Kamu Düzeni Kavramı*, HÜHFD, C.1, S.1, s. 66–79, (2011).

Teomete-Yalabık, Fulya: *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanmasında Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016.

Tiryakioğlu, Bilgin: *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996.

Tiryakioğlu, Bilgin/Canyaş, Aslı Bayata: *Challenges to Arbitral Awards, Arbitration in Turkey*, (Yeşilırmak, Ali/Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.

Topçuoğlu, Metin: *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları (Hukuki Sonuçlar)*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

Topçuoğlu, Metin: *Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat (Üç Kat Tazminat)*, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2009.

Turhan, Ozan: Amerikan Antitröst Yasalarının Özel Hukuk İlişkilerine Tatbiki Sonucu Ortaya Çıkan ‘Treble Damages’ Kararlarının Avrupa ve Türkiye’de Tenfizi Sorunu, YÜHFD C. 7, S.1 (2010), s. 91-113.

Uluç, Didem: Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.

Varga, István: *The Relationship between the Extension of Arbitration to Competition Law and the Private Enforcement of Competition Law*, The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration, Lewiathan Court of Arbitration, Warsaw, (2015), s. 100-124.

Van Bochove, Laura Maria: *Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law*, 3 Erasmus L. Rev. 147, 156 (2014).

Van den Berg, Albert, J.: “*The New York Convention Of 1958: An Overview*”, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice (Gaillard, Emmanuel/Di Pietro, Domenico, Edlr.), Cameron May, London, 2008.

Van Leyenhorst, Max, C./Van den Nieuwendijk, Isabelle P. M.: *Characterization of Competition Law as Public Policy*, Practical Aspects of Arbitrating EC

Competition Law, (Zuberbühler, Tobias/Oetiker, Christian, Edlr.), Schulthess, Zürich, 2007.

Viscasillas, Pilar Perales: *The Good, the Bad, and the Ugly in Distribution Contracts: Limitation of Party Autonomy in Arbitration?*, 4 Penn. St. J.L. & Int'l Aff. 213 (2015).

Vogel, Louis/**Vogel**, Joshep: *France*, International Competition Litigation, (Blanke, Gordon/Nazzini, Renato, Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.

Voit, Ulrich: Die objektive Schiedsfähigkeit nach österreichischem Recht, PhD Dissertation, Universität Wien, 2009.

Ward, Robert: *Divide & Conquer: How The Supreme Court Used The Federal Arbitration Act To Threaten Statutory Rights And The Need To Codify The Effective Vindication Rule*, 39 Seton Hall Legis. J. 149, 179 (2015).

Ware, Stephen J.: *Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government's Role in Punishment and Federal Preemption of State Law*, 63 Fordham L. Rev. 529, 572 (1994).

Weidemaier, Mark C.: *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1895 (1986).

Weigand, Frank-Bernd/**Baumann**, Antje: *Introduction*, (Weigand, Frank-Bernd, Ed.) Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, içinde, Oxford University Press, Oxford, (2010).

Woods, Donncadh/**Sinclair**, Ailsa/**Ashton**, David: Private enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead,

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2004_2_31_en.pdf (Son Erişim: 20.12.2017).

Yeşilırmak, Ali: *Legal Framework, Arbitration in Turkey*, (Yeşilırmak, Ali/Esin, İsmail, G., Edlr.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.

Yeşilova, Bilgehan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

Yılmaz, Ejder: *Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı*, 16 DEÜHFD 531, 554 (2014). (Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan).

Yongalık, Aynur: *İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi*, 60 AÜHFD 1, 15 (2011).

Youssef, Karim, *The Death of Inarbitrability*, *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, (Mistelis, Loukas A./Brekoulakis, Stavros L., Edlr.), KluwerLaw International, 2009.

Zekos, Georgios I.; *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV: Court’s Intervention in Arbitration (Eco Swiss)*, 17 J. Int’l Arb. 91, 94 (2000).

Zekos, Georgios I.: *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law (Competition Arbitration)* 25 J. Int’l Arb. 1, 29 (2008).

von Zumbusch, Ludwig: *Arbitrability of Antitrust Claims under U.S., German, and EEC Law: The International Transaction Criterion and Public Policy*; 22 Tex.Int’l L. J. 291, (1987).

İnternet Kaynakları

Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf> (Son Erişim: 08.05.2017)

Damages Directive, of The European Parliament and of The Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ L 349/1, 05.12.2014. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.ENG (Son Erişim: 22.09.2017)

HMK Tasarısı <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (Son Erişim: 11.12.2017)

IBA Milletlerarası Tahkimde Delil Toplama Kuralları, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Son Erişim: 30.12.2017)

ICC Tahkim Kuralları, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf> (Son Erişim: 30.12.2017)

ICDR Tahkim Kuralları, https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_English.pdf (Son Erişim: 30.12.2017)

İTM Tahkim Kuralları, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/02/ISTAC-Tahkim-ve-Arabuluculuk-Kurallar%C4%B1-f.pdf> (Son Erişim:20.09.2017)

İTOTAM Tahkim Kuralları,

<https://www.itotam.com/Dosyalar/ITOTAM%20TAHKIM%20KURALLARI-%2014.04.2016.pdf> (Son Erişim:20.09.2017)

LCIA Tahkim Kuralları, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (Son Erişim: 30.12.2017)

MTK Genel Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (Son Erişim:12.12.2017)

New York Sözleşmesi, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf> (Son Erişim: 20.12.2017)

PWC Survey, PwC/Queen Mary University, Corporate Choices in International Arbitration; Industry Perspectives, International Arbitration Survey, 2013.
<http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf> (Son Erişim: 18.09.2017)

QMU Survey, Queen Mary University/White&Case, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration,
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (Son Erişim: 18.09.2017)

Rekabet El Kitabı

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2frkelkitabi.pdf> (Son Erişim: 07.06.2017)

RKHK Madde Gerekçeleri, <http://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri> (Son Erişim: 17.01.2018).

Yoğunlaşma Tüzüğü, Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.01.2004, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32004R0139> (Son Erişim: 27.12.2017)

