



T.C.

ALTINBAŞ ÜNİVERSİTESİ

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Doğuş DARAOĞLU

Yüksek Lisans Tezi

Danışman

Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM

İstanbul, 2023

TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Doğuş DARAOĞLU

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

ALTINBAŞ ÜNİVERSİTESİ

2023

Doğuş DARAOĞLU tarafından hazırlanmış ve 28/08/2023 tarihinde sunulmuş TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ başlıklı tez Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Tez Türü Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM

Danışman

Tez Savunma Sınavı Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM	Medeni Usulve İcra İflas Hukuku, Altınbaş Üniversitesi	_____
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK	Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi	_____
Prof. Dr. Murat Serhat SARISÖZEN	Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku, Kıbrıs Ada Kent Üniversitesi	_____

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak bütün şartları sağladığını beyan ederim.

Tezin Lisansüstü Eğitim Enstitüsüne teslim tarihi:

Bu tezdeki tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik davranışlara uygun olarak edinildiğini ve sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca, bu kuralların ve davranışların gerektirdiği şekilde, bu çalışmada, orijinal olmayan tüm materyalleri ve sonuçları tamamen alıntı yaptığımı ve referans gösterdiğimi de beyan ederim.

Doğuş DARAOĞLU

İmzası

ÖZET

TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

DARAOĞLU, Doğuş

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Altınbaş Üniversitesi

Danışman: Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM

Tarih: Ağustos / 2023

Sayfa: 106

Bu çalışma Türk hukuk sistemi ve uluslararası hukuk doktrinin çeşitli yönlerini ele almakta olup, "tahkim" kavramını ve "tahkime elverişlilik", "tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk" ve "tahkime elverişliliğin çeşitli hukuk prensiplerine tahkime elverişliliğin yansımaları" gibi çeşitli hususları tartışmaktadır. Ayrıca metin, tahkime elverişliliğin Türk hukuk sistemindeki rolünü, yasal sistem içindeki yeri ve işlevine de ışık tutmaktadır.

"Tahkime elverişlilik" kavramı, bir anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülüp çözilemeyeceği sorusunu işaret eder. Bu, tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin, uygulanabilirliği ve ihtilaf türlerinin sınırları ile ilgilidir. Bu bağlamda, Türk hukuk sisteminde "tahkime elverişlilik" kavramının, uluslararası hukuk doktrini nezdinde farklı yönleri incelenmiştir.

Türk hukukunda tahkim, anlaşmazlıkların daha hızlı ve özel bir şekilde çözülmesini sağlayan bir araç olarak önemli bir yer işgal etmektedir. Bu çerçevede, "tahkime elverişlilik" kavramı, hangi tür uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği ve hangi türlerin bu mekanizmaya uygun olmadığı konusunda kritik bir rol oynamaktadır. "Tahkime elverişlilik" kavramı, bu alternatif çözüm yönteminin kapsamını ve sınırlarını belirleyerek, uyuşmazlık türlerinin tahkim yoluyla çözülebilirliğini analiz etmektedir.

Sonuç olarak, metin Türk ve uluslararası hukuk sistemlerinin "arbitrability" kavramının çeşitlerini kapsamlı bir şekilde ele almaktadır. Tahkimin hukuk sistemdeki rolünü anlamak

ve "tahkime elverişlilik" kavramının önemini kavramak, etkili bir hukuki çözüm sağlama sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır.

Anahtar Kelimeler:



ABSTRACT

ARBITRABILITY DOCTRINE

DARAOĞLU, Doğuş

LL.M., Law, Altınbaş University,

Supervisor: Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM

Date: August / 2023

Pages: 106

This study addresses various aspects of the Turkish legal system and international legal doctrine, focusing on the concept of "arbitration" and its various dimensions, such as "arbitrability," "applicable law to arbitrability," and "reflection of arbitrability in various legal principles." Additionally, the text discusses the role of arbitrability in the Turkish legal system, its place within the legal framework, and its function.

The concept of "arbitrability" pertains to whether a dispute can be resolved through arbitration. It concerns the applicability of arbitration as an alternative dispute resolution method and the boundaries of types of disputes suitable for arbitration. In the context of the Turkish legal system, the various aspects of the concept of "arbitrability" have been examined within the framework of international legal doctrine.

In Turkish law, arbitration holds a significant position as a means to expedite the resolution of disputes in a more specialized manner. Accordingly, the concept of "arbitrability" plays a crucial role in determining which types of disputes can be resolved through arbitration and which types are unsuitable for this mechanism. Analyzing the scope and limitations of this alternative dispute resolution method, the concept of "arbitrability" determines the ability of certain dispute types to be resolved through arbitration.

In conclusion, this text comprehensively explores the various dimensions of the "arbitrability" concept within both Turkish and international legal systems. Understanding the role of arbitration in the legal framework and grasping the significance of the concept of "arbitrability" are integral components of an effective legal dispute resolution process.

Keywords:



İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET	v
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR.....	xi
1. GİRİŞ.....	1
2. TAHKİM KAVRAMI	3
2.1 TARİHÇESİ.....	3
2.2 MİLLETLERARASI VE ULUSAL (İÇ, MİLLİ) TAHKİM KAVRAMLARI	5
2.3 TAHKİME ELVERİŞLİLİK KAVRAMI	9
2.4 ULUSLARARASI HUKUKTA TAHKİME ELVERİŞLİLİK KAVRAMINI AÇIKLAYAN İLKELER	10
2.4.1 İrade Serbestisi.....	10
2.4.2 Kamu Yararı ve Tahkime Elverişsizlik Kavramı.....	13
2.4.3 Tahkime Elverişliliğin (Tahkim Edilebilirlik) Yargısal Niteliği	14
2.5 TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN SINIRI	20
2.5.1 Objektif Tahkime Elverişlilik	21
2.5.2 Türk Hukukunda Objektif Tahkime Elverişlilik Yaklaşımı	24
2.5.3 Subjektif Tahkime Elverişlilik	25
2.5.4 Türk Hukukunda Subjektif Tahkime Elverişlilik Yaklaşımı	28
3. TAHKİME ELVERİŞLİLİK SORUNUNA UYGULANACAK HUKUK.....	30
3.1 ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER İŞİĞİNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK.....	31
3.2 ULUSAL (İÇ-MİLLİ) TAHKİM KANUNLARI İŞİĞİNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK DOKTRİNİ	37

4. OBJEKTİF TAHKİME ELVERİŞLİLİK'E İLİŞKİN MADDİ HUKUK KURALLARI VE FARKLI HUKUK ALANLARINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN YANSIMASI.....	52
4.1 (ANTITRUST-ANTITRÖST) KARTEL ÖNLEYİCİ YATAY REKABET ANLAŞMALARI VE REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ.....	55
4.2 SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ	61
4.3 İFLAS HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ.....	64
4.4 FİKRİ VE SİNAİ MÜLKİYET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ	68
4.5 HUKUKA AYKIRILIK VE DOLANDIRICILIĞIN TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİNE YANSIMASI.....	70
4.6 RÜŞVET VE YOLSUZLUK'UN TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİNE YANSIMASI	75
4.7 ALTYAPI VE DOĞAL KAYNAKLARA İLİŞKİN YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ.....	80
5. RE'SEN TAHKİME ELVERİŞSİZLİK EKSİKLİĞİYLE BAŞA ÇIKMA GÖREVİ	83
6. SONUÇ	86
REFERANSLAR	87

KISALTMALAR

Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CISG	: United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods
Co.	: Company
Corp.	: Coperation
Dr.	: Doktor
DR	: Dispute Resolution
E.	: Esas
EC	: European Convention
ECJ	: European Court of Justice
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
Inc.	: Incorporated
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
LLMC	: Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims
Ltd	: Limited
NASD	: National Association of Securities Dealers
NASDAQ	: National Association of Securities Dealers Automated Quotations
PCA	: Permanent Court of Arbitration
PILA-IPL	: Private International Law
Para	: Paragraph

Prof.	:	Profesör
RG	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
TRIPS	:	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
U.N.T.S	:	United Nations Treaty Series
UNCITRAL	:	The United Nations Commission on International Trade Law
USA- U.S.- ABD	:	United States of America
V.	:	Versus
Vol.	:	Volume
ZPO	:	Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)
vd.	:	Ve devamı

1. GİRİŞ

Milletlerarası ticaretin karmaşıklığı, farklı ülkelerin hukuki sistemleri arasındaki farklılıkların uyuşmazlıkların çözümünü zorlaştırdığı bir gerçektir. Bu noktada, son yıllarda uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde giderek daha fazla tercih edilen bir yol olan tahkim, özellikle dikkate değer bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Geleneksel anlamda, tahkim sıklıkla devlet mahkemelerinin bir alternatifi olarak görülüyordu. Ancak, günümüzde tahkim, sadece bir alternatif değil, aynı zamanda mahkemelerle eşdeğer bir çözüm mekanizması olarak kabul edilmektedir.

Tahkim, taraflar arasındaki anlaşmazlıkları bağımsız bir üçüncü taraf olan hakemler aracılığıyla çözmeyi amaçlar. Bu yöntemin en dikkate değer avantajlarından biri, tarafların anlaşmazlık çözüm sürecine daha fazla kontrol sahibi olmalarıdır. Taraflar, hakem seçiminden uygulanacak hukuk kurallarına kadar birçok konuda anlaşma sağlayabilirler. Ancak, tahkim sürecinin değişim gösteren yasal çerçevesi, ulusal yasaların gelişimine ve uluslararası anlaşmalara bağlı olarak şekillenir.

Özellikle Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bölgelerde, son yarım yüzyıl içinde tahkimi desteklemek adına önemli kanuni ve uluslararası sözleşmelerle adımlar atılmıştır. Bu bölgeler, tahkimin etkinliğini artırmayı hedeflemiş ve ulusal yargı sistemlerinden bağımsız bir şekilde tahkim mekanizmasının gelişimini teşvik etmiştir.

Tahkim, tarafların iradesine dayalı bir çözüm mekanizmasıdır. Ancak bu irade serbestisi, bazı sınırlamalara tabi olabilir. Devletler, özellikle kamu düzeni veya toplumsal çıkarları korumak adına, bazı uyuşmazlıkların sadece devlet mahkemelerinde çözülmesini sağlama hakkını saklı tutarlar. Bu nedenle, tahkim yolunu seçen taraflar dahi, devletlerin müdahalesi veya sonradan kamu düzenine uygunluk denetimi gibi faktörlerle karşılaşabilirler.

Tahkim, hem konu hem de taraf iradesi açısından bazı sınırlamalarla karşılaşabilir. Örneğin, belirli uyuşmazlık türleri veya kişiler üzerinde tahkim yetkisi olmayabilir. Bu durum, tahkimin kullanımını kısıtlayan unsurlar arasında sayılabilir.

Tahkim elverişliliği, tahkim sürecinin sınırlarını ve kapsamını belirleyen temel bir prensiptir. Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, uyuşmazlığın mahiyeti ve

tarafların konumu göz önünde bulundurularak değerlendirilir. Bu değerlendirme, ulusal yasaların yanı sıra uluslararası tahkim standartlarına ve geçerli içtihatlarla dayanır. Buna ek olarak, tahkim sürecine başvuran tarafın yanı sıra, davaya taraf olan diğer taraf da tahkim yoluna itiraz edebilir. Bu itirazlar, genellikle tahkim sürecinin başından itibaren farklı aşamalarda dile getirilir. Ayrıca, tahkim yoluna başvurma iradesi olan davacı tarafından bile, bazı durumlarda tahkimden kaçınmanın daha avantajlı olabileceği düşünüldüğünde, tahkim elverişliliği itirazları ortaya çıkabilir.

Türk hukuku bağlamında, tahkime elverişlilik kavramı, bir uyuşmazlığın tahkime uygunluğu şeklinde ele alınmaktadır. Hem uyuşmazlığın içeriği hem de tarafların konumu, tahkim yolunun kullanılabilirliğini etkileyebilir. Bu nedenle, tahkime elverişlilik değerlendirmesi, detaylı bir incelemeyi gerektirebilir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, tahkim ve tahkime elverişlilik arasındaki bağlantı ve konuya ilişkin temel kavramlar üzerinde durulacaktır. Daha sonra tahkime elverişliliğin etkilendiği ilkelere değinilecektir. Buradaki amaç, ilkeler ışığında; tahkime elverişliliğin, özellikle dünyada tahkime olan bakış açısının günümüze yaklaşıldıkça nasıl geliştiğini ortaya koyabilmek ve güncel tartışma alanlarını ortaya çıkartabilmektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukla ilgili bilgi verilecektir. Bu bölümde de doktrinde yer alan ilkeler ve uluslararası hukuk doktrinde yer alan bakış açılarına dayanılacaktır. Ardından, ülkelerin iç hukuklarındaki düzenlemelerin ve etkilendikleri bakış açıları ve düzenlemeler eşliğinde içtihatlarla, tahkime elverişlilik konusu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise tahkime elverişliliğin bazı önemli hukuk alanlarına yansısı ve ülkeler üzerindeki yansısını etkileyen uluslararası sözleşme ve içtihatlarla değinilecektir. ABD ve AB kapsamında konunun kapsamı ortaya konulmaya çalışılacak ve yine bu bölümde de önemli karar ve kabul edilmiş temel hukuk prensiplerinden sıklıkla bahsedilecektir.

Dördüncü ve son bölümde ise tahkime elverişsizlikle ilgili bilgi verilmiştir. Bu bölümde temel soru uyuşmazlığın tahkime elverişsizliğinin ileri sürülmesi yahut re'sen incelenmesi gibi hususların incelemesinin ortaya konmasıdır.

2. TAHKİM KAVRAMI

2.1 TARİHÇESİ

Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde "tahkim" kelimesi "kuvvetlendirme", "sağlamlaştırma", "anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi yöntemi" olarak tanımlanmıştır¹. Eski hukukta tahkim, hasımların husumet ve davalarını fasl için âhar kimseyi hâkim ittihaz etmeleridir².

Doktrinde genel kabul gören bir tahkim tanımı bulmak güçtür:

“Farklı hukuk sistemlerinde tahkim süreci farklı şekilde ve farklı hukuk kurallarıyla yürütülmektedir. Her yargı sistemi, neyin tahkimle çözülebileceği ve çözilemeyeceği, kimin hakem olabileceği ve tahkim sürecinin nasıl yönetileceğini kendi kurallarına göre belirler. Tarafların benimseyebileceği tahkim kuralları da tahkimin yönetilmesini etkiler ve taraflar özel hükümler kararlaştırabilir”³.

Doktrinde tahkimin tarihçesi ile ilişkilendirildiğinde tanımı konusunda şu tespitler yapılmıştır:

"1395 tarihinde yapılan bir tanım uyarınca tahkim, 'herhangi bir şahsa tanınan ve taraflar arasındaki bir uyuşmazlığa ilişkin mantığın emrettiği bir tespitte veya bir çözümde bulunabilme iktidarı' olarak ifade edilmiştir. Tahkim kurumunun ortaya çıktığı tarihten günümüze gelinceye dek tüm hukuk sistemlerinde yapılmış olan tanımlara bakılacak olursa, tahkimin daima hakem adı verilen ve tahkimin esas unsuru sayılan kişiler temel alınarak yapıldığı göze çarpar. Diğer bir ifadeyle, hakem adı verilen kişileri vurgulamadan tahkimin tanımını yapmak mümkün değildir. Nitekim tahkim kurumunun ortaya çıkışı, Fransız hukukunda olduğu gibi, hakem kelimesinin ortaya çıkmasından daha sonraki bir tarihe rastlamaktadır. Hakem kavramını tarihsel açıdan incelersek, Roma Devrine kadar gitmek gerekir. Hakem kelimesinin Fransızca karşılığı olan 'arbitre' kelimesinin etimolojik

¹ <https://sozluk.gov.tr/>

² **Türk Hukuk Kurumu**: Türk Hukuk Lügatı, C. 1, Ankara 2021, s. 1048.

³ **Özbek**, Serdar Mustafa, *Tahkim Hukuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, Cilt I 2022, .S.139

kökenleri, bu kavramın içeriğini doldurmak bakımından oldukça yararlı açılımlara sahiptir. Şöyle ki; fransızcada hakem anlamına gelen arbitre kelimesi, Latincede özel hakim' anlamına gelen 'arbiter' den gelmektedir ve bu kavram 12 Levha Kanunlarından bu yana bu anlamda kullanılmaktadır. Arbiter kelimesi ise Latincede ad ve baetere kelimelerinin birleşiminden türemiş olup, tarafları olay yerinde dinlemek, denetlemek, sorgulamak, keşif yapmak anlamında kullanılmıştır ki bu bile kavramın bugün ifade ettiği anlama oldukça yakındır.

Hakemin görevi çok genel bir biçimde yargılama faaliyetinde bulunmak, uyuşmazlığı çözmek olarak ifade edilebilir. Oysa bilindiği gibi yargı, temelde devlete ait olan bir yetkidir ve devlet bu yetkiyi kendisinin delege ettiği hakimler aracılığıyla kullanır. Başka bir ifadeyle, bu iktidarın esas sahibi, devlet tarafından yetkili kılınan ve millet adına karar veren 'hakimler'dir. İşte bu noktada hakimlerin yürüttüğü yargılama faaliyeti ile hakemlerin yürüttüğü yargılama faaliyetinin birbiriyle aynı özelliklere sahip olup olmadığı, şayet farklılıklar varsa bunların neler olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilecek cevap büyük önem taşımaktadır. Zira, yargılama esnasında hakimler ile hakemlerin sahip oldukları yetkilerin sınırını veya genişliğini belirleyen en önemli etken, yürüttükleri yargılama faaliyetinin kapsamı ve niteliği olacaktır"⁴.

Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşen iki tarafın, aralarında anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü devletin mahkemelerine değil de, özel kişilere bırakmalarına ve bu özel kişilerin de uyuşmazlığı inceleyerek karara bağlamalarına tahkim denir⁵.

Diğer bir tanıma göre tahkim, “tarafların güvendikleri hakemleri serbest seçtikleri ve aralarındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirdekleri bir kurumdur”⁶.

⁴ **Balkar Bozkurt**, Süheyla: Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı (GSÜHFD 2017/2, s. 259-293), s. 266-267.

⁵ **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001, § 86; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, § 89; **Kuru**, Baki/**Aydın**, Burak: Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, 2, Ankara 2021, § 88. A. I; **Kuru**, Baki/**Aydın**, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara 2021, § 88. A. I; **Töre**, Nazlı: Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri, Ankara 2019, s. 2

⁶ **Boisseson**, Matthieu de: Le droit français de l'arbitrage: interne et international, Paris 1990, s. 5 (**Brown**, Henry/**Marriott**, Arthur : ADR Principles and Practice, London 1999, s.50'den naklen)

“Tahkim, iki veya daha fazla kişiyi ilgilendiren bir uyuşmazlığın, yetkilerini bir Devletten değil özel bir anlaşmadan alan ve bu anlaşmaya dayalı olarak yargılama yapıp davayı karara bağlayan bir veya birden fazla kişiye (hakem veya hakemlere) havale edilerek çözülmesi için oluşturulmuş bir yöntemdir”⁷.

2.2 MİLLETLERARASI VE ULUSAL (İÇ, MİLLİ) TAHKİM KAVRAMLARI

Tahkim, taraflar arasında doğmuş veya doğacak bir uyuşmazlığın, devlet yargısı dışında hakem adı verilen ve taraflarca seçilen özel kişilerce karara bağlanmasıdır⁸.

Bazı yazarlar ise bu tanıma “kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular kapsamında” ibaresini de eklemektedir⁹. Tahkimin bir yapı olarak tanımları birbirinden farklılık içermektedir. Ancak yapılan tüm bu tanımlar belirli bir hukuki görüşe göre dayandıklarında eksik kalmaktadır.¹⁰ Çünkü özü itibarıyla tahkim farklı hukuki ilişki ve görüşlerin birleşiminden oluşan karmaşık bir yapıdır¹¹.

⁷ "Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons - the arbitrator or arbitrators- who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement" (**David**, René: *Arbitration in International Trade*, Deventer 1985, s. 5; **Lew**, Julian M./**Mistelis**, Loukas A./**Kröll**, Stefan Michael : *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, s. 2).

⁸ **Marshall**, E.A. *Gill: The Law of Arbitration*, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London 2001, s. 1; **Şanlı**, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 17; Türk öğretisinin tahkim kavramına ilişkin tanımı genellikle bu yöndedir bkz.: **Kuru**, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, İstanbul 2001, s. 5875; **Alagonya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren Yıldırım** Nevhis: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 5.Bası, İstanbul 2005, s.642; **Nomer**, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Öztekin-Gelgel**, Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, İstanbul 2008, s. 2.; **Huysal**, Burak: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.7.

⁹ **Yeğengil**, Rasih: *Tahkim(l'arbitrage)*, İstanbul 1974, s. 7; **Akıncı**, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2007, 2.Bası, s. 29; Yargıtay da tahkimin tanımını bu şekilde kabul etmektedir; Yargıtay HGK 2005/15-728 E., 2006/1 K., (**İzmir Barosu Dergisi**, Ocak 2008, s. 255); **Huysal**, s. 7

¹⁰ **Huysal**, s.7

¹¹ **Koral**, Rabi: *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, İÜHFM, C. XIII, S. 1, s.2; **Şanlı**, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 18; Hatta bazı yazarlar tahkimi “hakemler tarafından gerçekleştirilen her türlü tahkim faaliyeti” olarak tanımlamaktadır, bkz: **Taşkın**, Alim; *Hakem Sözleşmesi*, Ankara 2000, s. 8.

Tahkim kavramı milletlerarası ve ulusal(milli, iç) boyutları kapsayıcı bir terim olarak karşımıza çıkar ve tahkime konu uyuşmazlığın özüne dayanır. Tahkimin milletlerarası anlamda karşılığı için farklı ölçütleri gözönüne alır. Bu ölçütler kabaca tahkimin konusu, kişiselliği ve coğrafi unsurlardır. Tahkime konu olan uyuşmazlık “milletlerarası ticaretin yarar alanı”nı ilgilendiriyorsa, bu tahkim “milletlerarası tahkim” olarak adlandırılmaktadır¹². Bu tanım Fransız hukukun’dan doğan bir kavram olarak karşımıza çıkar¹³. Bir başka ölçüt de tahkim kavramının kişisel ve coğrafi ölçütleridir, fakat günümüzde bu ölçütler tahkim kavramının milletlerarası nitelikte mi yahut ulusal nitelikte mi sorusuna yanıt verememektedir. UNCITRAL Model Kanunu sözleşme taraflarının ve uyuşmazlığa konu ilişkinin tahkimin “milletlerarası” olma unsuru katacağını kabul etmiştir¹⁴. 1961 Cenevre Sözleşmesi uyuşmazlığın milletlerarası “ameliye”den doğması ve tarafların farklı ülkelerde bulunması koşullarını birlikte aramıştır¹⁵. New York Sözleşmesi ise konunun çözümünü tenfiz devletine bırakmıştır¹⁶.

Türkiye’de 2001’den beri yürürlükte olan 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹⁷ ise tüm ölçütleri kapsar şekilde “yabancılık” unsurunu esas alarak, tahkime bahis konunun yabancılık unsuru içermesi dahilinde tahkimi milletlerarası olarak kabul etmiştir. Milli (iç,ulusal) tahkim ise bu minvalde yabancılık unsuru içermeyen tahkim kavramına karşılık gelmektedir. Gerek taraflar, gerek uyuşmazlık konusu itibariyle belli bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalan ve herhangi bir yabancı hukuk sistemiyle bağlantısı bulunmayan tahkim türüne milli (iç) tahkim denir¹⁸.

¹² **Huysal**, s.8

¹³Bkz. Code de procedure civile article 1504 (Fransız Usul Kanunu m.1504) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117271?init=true&page=1&query=commerce+international&searchField=ALL&tab_selection=code&anchor=LEGISCTA000006117271#LEGISCTA000006117271

¹⁴ **Huysal**, s.9

¹⁵ Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa(Cenevre) Sözleşmesi; (RG. S. 21000, 23.09.1991), “European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961, 21 April 1961, 484 U.N.T.S. 349”

¹⁶ 330 UNTS 38; 21 UST 2517; 7 ILM 1046 (1968) Cmnd 6419, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi” “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York. 10 June 1958”

¹⁷ RG. S. 24453, 05.07.2001.

¹⁸ **Dayınlarlı**, Kemal: *Eser Sözleşmesinden Doğan İhtilâfların Çözümünde İç Tahkim* (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 381, s. 381- 435), s. 388;

Hem uluslararası tahkim hem de iç tahkim, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yollar sunsa da, farklı bağlamalarda işleyiş göstermektedir ve farklı bir yapıya sahiptir.

Uluslararası tahkim, farklı ülkeler arasındaki veya sınır ötesi işlemleri içeren uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerini ifade eder. Bu tür tahkim, uluslararası anlaşmalar, sözleşmeler ve kurallar tarafından kullanılan ve bu sayede yabancı tahkim kararlarının sınır ötesi hükümleri ve uygulanması kolaylaşır, özellikle New York Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile bu hususa örnek verilebilir. Türk hukuk sistemi içinde tahkim, uyuşmazlıkları mahkemeler yerine, bağımsız bir hakem heyeti tarafından gerçekleşmesini ifade etmektedir.

Uluslararası tahkim, farklı kuruluşlar tarafından kullanılır ve çeşitli uluslararası tahkim kurallarını barındırır. Örneğin, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) ve Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) gibi önemli kurumlar, uygun ve bağımsız hakemler seçmelerine yardımcı olurlar. Bu da, uyuşmazlıkların daha adil ve etkili bir şekilde gerçekleşmesine olanak sağlar.

Öte yandan, iç tahkim Türk Hukukunda, aynı organların arasındaki uyuşmazlıkları veya yalnızca iç hukuka tabi olanı içerir. İç tahkim, Türk mahkemelerinin yetki ve müdahale yetkisine tabidir ve bu nedenle yerel mahkemelerin tahkim süreci üzerinde daha fazla denetimi vardır. İç tahkim, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu gibi iç yolların temel mevzuatına dayalı ve uluslararası tahkimden farklı olarak daha net ve açık hükümlerle belirlenmiştir. Türk hukuk düzenlemesi iç tahkimi, uyuşmazlıkların daha hızlı ve esnek bir şekilde çözülebilmesi için uygun hakemler seçme imkanı da sunmaktadır. Uluslararası tahkim, Türk hukuk sistemi içinde yabancı unsurlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, mahkemeler yerine bağımsız bir hakem heyeti tarafından hakimiyetini sağlayan etkili ve

Göksu, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, Ankara 2019, s. 115; **İlhan**, Hüseyin Afşın: *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Ankara 2016, s. 26; **Kalpsüz**, Turgut: *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları* (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın **Konuralp**, Cengiz Serhat: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011, s. 147; **Tanrıver**, Süha: *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim* (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 125-150), s. 140; **Tüysüz**, Cemre: *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar*, İstanbul 2017, s. 7-11; **Yılmaz**, Ejder: *Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim*: Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 273, **Özbek** s.140

yaygın bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu süreçte, en çok uluslararası ticari sözleşmelerden yararlanmaları ve uluslararası iş menfaatlerinde güvenlik ve istikrarın sağlanmasına önemli katkılar sunar.

Türkiye'de uluslararası tahkim, uyuşmazlık ile ilgili mahkemelere başvurmadan ve uzun sürmeden; hızlı ve etkili bir şekilde çözümünü sağlamayı amaçlar. Taraflar, anlaşmazlığın çözümü için tahkime başvurmayı tercih ederek, ihtilafı bağımsız bir hakem heyetine götürmektedirler. Bu sayede, uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözüme kavuşması ve kararların hızlı bir şekilde verilmesi sağlanır.

Uluslararası tahkim, gizlilik ve nihai kararlara ilişkin kolaylıklar gibi birçok avantaj sunar. Taraflar, uyuşmazlık çözümünü kendi tercih ettikleri ve yürüttükleri bir hukuk diliyle yürütebilirler. Bu, ayırıcı tanımlayıcı hukuki ve kültürel ayrımları çözme ve uyuşmazlığın daha etkili bir şekilde ele alınmasına olanak tanır.

Türkiye'de uluslararası tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamına giren uyuşmazlıklar, salt yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenenler ile sınırlı tutulmuştur¹⁹. Bu kanun, Türkiye'de bulunan tahkimlerin yabancı tahkimlere uygunluğunu sağlamak ve uluslararası standartlara uygun bir tahkim seviyesini temin etmektedir. Ayrıca, New York Sözleşmesi de Türkiye tarafından kabul edilmiş olup, yabancı tahkim kararlarının Türkiye'de sonuçlandırılması ve icrası konusunda önemli bir düzenlemeyi içermektedir. Bu, Türkiye'nin uluslararası alanda uyuşmazlık çözümünde güvenilir bir merkez haline getirilmesini sağlamaktadır.

Uluslararası ticaret ve yatırımın artan önemi ile birlikte, Türkiye'de uluslararası tahkim, uluslararası iş ahlakına alternatif çözümü için tercih edilen ve etkili bir yöntem olmaya devam etmektedir. Bu yöntem, yabancı işletmeler için güvenli bir ticaret ve yatırım ortamı sağlama hedefine de katkı sağlamaktadır. Türk hukuk sistemi, uluslararası tahkim yürütmeyi teşvik eden ve benimseyen bir yapıya sahiptir, bu da Türkiye'yi uluslararası uyuşmazlık çözümünde tercih edilen bir hukuki müessese haline getirmektedir.

¹⁹ **Deren Yıldırım**, Nevhis: *Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik* (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007,) s.7 (**Kısaltma: Deren Yıldırım-Tahkime Elverişlilik**)

Sonuç olarak, uluslararası ve iç tahkim Türk hukuk sisteminin temel unsurları olup, ekonomik ve hukuki sınırlarını uluslararası alanda rekabet edebilirliğini artırmak için önemli bir rol oynamaktadır. Uyuşmazlık çözümünde hakkaniyet ve adil yargılanma hakkı gibi temel ilkelerle uyumlu olarak, uluslararası tahkim, bölümleri arasında güven ve istikrarın sağlanmasında önemli bir araçtır. Her iki tahkim türü de farklı hukuki çerçevelere sahiptir. Uluslararası tahkim uluslararası anlaşmalar ve kurallar tarafından kullanılan, bu nedenle yabancı tahkim kararlarının sınırlarının ötesinde kullanımı ve kullanımı kolaylaştırır. İç tahkim ise, Türk devletinin iç mevzuatına bağlıdır ve yerel mahkemelerin denetimidir. Her iki tahkim türü de belirli uyuşmazlıkların çözümünde önemli avantajlar sunar ve piyasa şartlarına göre tercih edilebilir.

2.3 TAHKİME ELVERİŞİLİK KAVRAMI

Tahkime elverişlilik, uluslararası hukuktaki kritik bir kavramdır ve belirli bir anlaşmazlığın iç hukuk tesis eden ulusal mahkemelerde yargılanması yerine tahkime sunulup sunulamayacağının belirlenmesiyle ilgilenir. Uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının verimli ve uyumlu işleyişinin temelini oluşturur. Uluslararası hukuk anlamında kabul edilmiş temel tahkime elverişlilik ilkeleriyle tahkime elverişlilik kavramı açıklanabilmektedir. Bu ilkeler de “irade serbestisi”²⁰, “ kamu yararı ve tahkime

²⁰ **Party Autonomy**; **Blomeyer**, Karl, *Betrachtungen zur Schiedsgerichtsbarkeit*, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Rosenberg, FG **Rosenberg**, s. 62. Aynı görüşü savunan diğer yazarlar: **Niese** Werner: *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Leipzig 1931, s. 44; **Rosenberg**, Leo: *Stellvertretung im Prozess*, Berlin 1908, s. 100 vd.; **Niese**, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1950, s. 85; **Lorenz**, Werner: *Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch*, AcP 157, s. 205 ff; **Renggli**, Peter: *Die Grenzen der Parteifähigkeit im internationalen privatrechtlichen Schiedsverfahren* (Unter besonderer Berücksichtigung des Genfer Protokolls von 1923), Bern 1955. s. 53-54 (Tabii ki hakem kararı yargısal bir kararın sonucudur. Lakin burada hüküm mahkemelerin verdikleri hükümde olduğu gibi devletin hükümlerine değil, taraf iradesine dayanmaktadır.); **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik s. 11, Ayrıca İsveç Kanununa yansımaları için bkz: Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP) article 178: La convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte., İsveç Federal Yasası Madde 178: “Bu irade serbestisi ilkesi, İsveç hukukunda tahkimde temel bir unsurdur ve taraflara, tahkim sürecini özel ihtiyaçlarına ve tercihlerine göre uyarlamalarına olanak tanır.”

elverişsizlik²¹” ve “tahkime elverişliliğin yargısal niteliği²²” dir. Burada üzerinde durulması gereken husus, tahkime elverişlilik hususunun temel ilkeler dışında bir çok ilkeyle kümülatif olarak incelenmesi gerektiğidir.

2.4 ULUSLARARASI HUKUKTA TAHKİME ELVERİŞLİLİK KAVRAMINI AÇIKLAYAN İLKELER

2.4.1 İrade Serbestisi

Tarafların irade serbestisi ilkesi, uluslararası ve iç tahkimin mihenk taşıdır. Uluslararası hukuk kapsamında taraflar, anlaşmazlıklarını çözmek için tercih ettikleri yöntem olarak tahkim alternatif uyuşmazlık yöntemini seçim hakkına sahip oldukları anlamına gelmektedir. Bu ilke, Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizi üzerine New York Sözleşmesi'nde (1958) yer alır ve tahkim anlaşmalarının kutsallığını korur. Ancak irade serbestisi ilkesi kesin bir hukuk kuralı değildir, çünkü bazı konular, kamu yararı veya konuyla ilgili doğası gereği tahkime uygun olmayan nitelikleri nedeniyle tahkime elverişsiz olarak kabul edilebilmektedir.

İrade Serbestisi, taraflara uyuşmazlık çözüm sürecini tercihlerine ve ihtiyaçlarına göre şekillendirme yetkisi veren, uluslararası tahkimdeki temel ilkelere ve birçok uluslararası anlaşmaya yansımış bir prensiptir. Taraflara çözüm sürecini kendi özel ihtiyaçlarına uygun olarak düzenleme imkanı veren serbesti, uluslararası tahkimin etkinliğini ve çekiciliğini de artırmaktadır. Bu ilke, taraflara tahkim sürecinin çeşitli yönlerini belirleme özgürlüğü tanır: tahkim yerini, uygulanacak hukuku, dilini ve hakemleri seçme yetkisini de kapsamaktadır. Bu esneklik, tarafların anlaşmazlıklarını kendi ticari çıkarlarına uygun bir şekilde

²¹ **Public policy**, “*ordre public*”, “*öffentliche Ordnung*” ve **non-arbitrability**, “*irrecevabilité de l'arbitrage*”, “*Unzulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit*”

²² **Jurisdictional nature of arbitrability**, Açıklama: İsviçre hukuku, tahkime elverişliliğin yargısal niteliğini tanımaktadır; bu da bir uyuşmazlığın tahkim edilebilir olup olmadığının belirlenmesinin, tahkim heyetinin yetkisine dahil olduğu anlamına gelir. Bu prensip, uluslararası olarak tanınmış “kompetenz-kompetenz” doktriniyle uyumludur. İsviçre Özel Uluslararası Hukuk Federal Kanunu'nun (PILA) 186(1) numaralı maddesine göre, tahkim heyeti, tahkime elverişlilik dahil olmak üzere kendi yetkisini belirleme yetkisine sahiptir. Bir taraf, bir ihtilafın tahkime elverişliliğini sorguladığında, tahkim heyeti, önce davayı dinlemek için yetkisinin olup olmadığına karar verecek; ardından esas konuya geçecektir.

çözmelerini sağlar. Tarafların özerkliği önemli bir esneklik sağlasa da, uluslararası hukukla uyumlu olması gereken sınırlamaları da bulunmaktadır.

Tarafların *uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü*, irade serbestisi ilkesinin temel bir parçasıdır. Ancak bu seçim, belirli uluslararası hukuk normlarına, ulusal kamu düzenine ve adalet ilkelerine uygun olmalıdır. Örneğin, **Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV**²³ davasında, ICSID hakemleri, irade serbestisiyle diğer ilkelerin arasındaki karmaşık etkileşimi değerlendiren bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu karar ilkeler arasındaki etkileşimin yanında, devletlerin kamu düzeni ve tahkim sonucu verilen kararlar ile ilgili de önemli bir çok noktaya parmak basmaktadır²⁴. İrade serbestisi, *uluslararası kamu düzeni* ilkesi ile uyumlu olmalıdır. Burada, irade serbestisi sınırlandırılmasının, bir devletin iç yargısal süreçlerine müdahale etmeme ilkesine uygun olduğunu belirtilmiştir.

İrade serbestisi, *hakemlerin seçilmesi* konusunda da etkilidir. Ancak bu özerklik, hakemlerin etik yükümlülüklerine ve bağımsızlıklarına uymaları gerekliliği ile sınırlanır. PCA kurallarında UNICITRAL ile uyumlu olarak irade serbestisini vurgulamıştır. PCA hakemleri, tarafların özerkliğine saygı göstermek amacıyla hakemlerin sayısını da belirlemiştir²⁵.

İrade serbestisinin, bir başka uzantısı da iyiniyete(good faith)²⁶ ilişkindir. PCA iyi niyetin uluslararası hukuktaki yerine PCA Case No. 2014-22, 27 Haziran 2016²⁷ kararında tekrar değinmiştir:

..The principle of good faith has long been recognized in public international law, as it is also in all national legal systems. This principle requires parties 'to deal honestly

²³ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-126/97>.

²⁴ **Uluc, Inan:** *Corruption in International Arbitration*, SJD Dissertations Paper 1 2016, s.283

²⁵ Permanent Court of Arbitration (PCA) Arbitration Rules 2012, <https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules/>

²⁶ In Germany, the principle of good faith, known as "Treu und Glauben," is deeply rooted in civil law. It's enshrined in § 242 of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). In France, the principle of good faith, called "bonne foi," is a fundamental concept in civil law. It's expressed in Article 1134 of the French Civil Code (Code civil)

²⁷ I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic (PCA Case No. 2014-22): <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/531/i-c-w-v-czechia>

and fairly with each other, to represent their motives and purposes truthfully, and to refrain from taking unfair advantage ...

Her ne kadar karar irade serbestisine direkt atıf yapmasa da, iyi niyetin özellikle sözleşmeden kaynaklı ihtilaflardaki tahkim kararlarında önemini ortaya koymaktadır ve iyi niyetin taraf iradesini de besleyen temel bir prensip olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

İrade serbestisi ilkesinin dengeli bir hukuk tayininde rol oynayabilmesi için, tahkim sözleşmelerinde kapsamlı tahkim maddeleri de konulması gerekmektedir. Anlaşmalarda, hangi hukukun uygulanacağı ve tahkim yerinin belirtildiği kapsamlı tahkim şartlarının kullanılması, uyuşmazlığın çözüm sürecinde belirsizlikleri azaltır ve irade serbestisini güçlendirir. Bu hususa örnek olarak Polis Fondi Immobiliare di Banche Popolare S.G.R.p.A v. International Fund for Agricultural Development (IFAD) arasında ve PCA’de görülen²⁸ uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun İtalya olarak belirlenmesi ve tahkim heyetinin kararında bunun da dikkate alındığını belirtmesi verilebilir. Kararda taraflar, ilişkilerinin İtalyan Cumhuriyeti Hükümeti ile IFAD arasında yapılan merkez anlaşması tarafından yorumlanacağı bir hukuk seçimi maddesi içeren Kira Anlaşması’na tabi olduğunda genel olarak anlaşmışlardır, ayrıca uluslararası ticaret hukuku prensipleri de uygulanacaktır ibaresi bulunmaktadır.

Başka bir dengeleyici faktör de hakem yetkilerinin düzenlemeye tabii haline getirilmesidir. Tahkim heyetlerinin, irade serbestisinin kötüye kullanabilecek durumları önlemek için yargı yetkisi ve prosedürel konularda yetki sahibi olmaları gereklidir. Bu, ICSID Yönetmeliği’nin (ICSID Yönetmeliği 41)²⁹ hakemlerin yetkilerini düzenlemesi gibi uygun düzenlemelerle sağlanabilir.

Dengeleyici son faktör olarak da, eğitim kavramı gündeme gelmektedir. Uluslararası tahkimde görev alan hakemler ve hukuk uygulayıcıları, uluslararası hukuk normları ve etik standartlar konusunda eğitim almalıdır. Bu, IBA (International Bar Association)

²⁸ Polis Fondi Immobiliare di Banche Popolare S.G.R.p.A v. International Fund for Agricultural Development “*IFAD*” (PCA Case No. 2010-08): <https://pca-cpa.org/en/cases/73/>

²⁹<https://icsid.worldbank.org/procedures/arbitration/convention/services/preliminary-objections/2006#:~:text=The%20Tribunal%20may%20consider%20whether,as%20possible%20in%20the%20proceeding.> & <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partachap04.htm#s03>

Rehberi³⁰'nin hakemler için eğitim materyalleri sağlaması gibi mevcut eğitim kaynakları kullanılarak desteklenebilir.

2.4.2 Kamu Yararı ve Tahkime Elverişsizlik Kavramı

Kamu yararı ilkesi, tahkime elverişlilik konusunda önemli bir belirleyici faktör olabilmektedir ve irade serbestisi ile kamu çıkarları arasında hassas bir denge sağlamaktadır. Bu ilke, özellikle uyuşmazlığın tarafların özel çıkarlarını gözetmenin ötesinde bir rol oynar ve tahkime uygun olmayan(tahkime elverişsiz) konuların belirlenmesini amaçlar. Bazı durumlarda, anlaşmazlıkların kamu düzenini ve temel değerleri ihlal etmesi nedeniyle tahkim edilemez yani tahkime elverişsiz olarak kabul edilebilir. Örneğin, bir anlaşmazlık, insan hakları ihlallerini içeriyorsa, bu gibi önemli konular, kamu çıkarlarını korumak için tahkim dışı bir yargı yoluna yönlendirilebilir.

Birkaç önemli karar da, kamu yararının tahkime elverişlilik üzerindeki etkisini aydınlatmaktadır. Örneğin, Metalclad v. Meksika³¹ davası, bir yabancı yatırımcının çevresel düzenlemelerle ilgili olarak Meksika'ya karşı açtığı tahkim davasında ele alınmıştır. Tahkim heyeti, çevresel politikaların etkilediği yatırımı korumak amacıyla, Meksika'nın çevre düzenlemelerini ihlal etmesi nedeniyle Meksika'yı tazminata mahkum etmiştir. Bu karar, kamu yararının uluslararası yatırım anlaşmazlıklarında tahkime elverişliliği nasıl etkileyebileceğine dair bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Benzer bir karar da, Tecmed v. Meksika³² davası, radyoaktif atıkların bertarafı ile ilgili olarak Meksika'nın aldığı tedbirlerin tahkime elverişliliği konusunu ele almıştır. Tahkim heyeti, Meksika'nın bu tedbirleri alarak çevresel riskleri en aza indirmek ve kamu sağlığını korumak için harekete geçtiğini belirterek, kamu yararının, tahkime elverişlilikle uyumlu olduğuna karar vermiştir. Bu tür davalar, kamu yararının tahkime elverişlilik konusundaki önemini ve çelişkili durumları ortaya koymaktadır.

³⁰ <https://www.ibanet.org/resources>

³¹ Metalclad v. Meksika
detail?CaseNo=ARB(AF)/97/1

<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case->

³² Tecmed v. Meksika,
detail?CaseNo=ARB(AF)/00/2

<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case->

Aynı zamanda, Saipem v. Bangladeş³³ davası gibi bazı durumlarda, tahkim heyetleri insan hakları ihlalleriyle ilgili konuların tahkime elverişsiz olduğunu belirlemiştir. Bu gibi durumlarda, uluslararası yatırımcılar, yerel kanunlar yerine uluslararası hukuk ve insan hakları normlarına göre anlaşmazlıklarını çözmek için tahkime başvurmaya çalışabilirler. Ancak, tahkim heyetleri, kamu yararının bu tür meselelerde iç hukuka başvurmayı gerektirdiğine karar vermektedir.

Bu örnekler, tahkime elverişsizlik ilkesinin uygulanmasında karmaşıklığı ve değişkenliği göstermektedir. Kamu yararının önemi, irade serbestisi ile kamunun korunması arasındaki dengenin sağlanması açısından vurgulanmaktadır. Tahkime elverişsizlikle ilgili çatışmalı durumlar, tahkim heyetlerinin, anlaşmazlığın doğası ve kamu çıkarları ile uyumlu olup olmadığını dikkatlice değerlendirmesini gerektiren hassas meseleler olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.4.3 Tahkime Elverişliliğin (Tahkim Edilebilirlik) Yargısal Niteliği

Tahkime elverişlilik, tahkim heyetinin yargı yetkisiyle sıkı bir şekilde bağlantılıdır. Kompetenz-kompetenz ilkesi³⁴, tahkim heyetine, tahkime elverişlilik konularını da içeren

³³ Saipem v. Bangladeş <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/05/7>

³⁴ Açıklama: "Kompetenz-kompetenz" kavramı, Alman hukuk geleneğinden türetilmiş olup, modern uluslararası tahkimin temel ilkesi haline gelmiştir. Bu prensip, tahkim heyetlerine kendi yetkilerini bağımsız bir şekilde belirleme yetkisi tanımaktadır. "Kompetenz-kompetenz" teriminin kaynağı Almanca'dır ve "kompetenz" kelimesi "yetki" veya "yargı yetkisi" anlamına gelmektedir. Bu terimin tekrarlanması, tahkim heyetlerine kendi yeteneklerini belirleme konusundaki yetkilerinin önemini vurgulayan bir retorik aracı olarak işlev görür.

Tarihsel olarak, Alman hukuk sistemi, tarafların tercih ettikleri anlaşmazlık çözüm yöntemlerini seçme özerkliğini desteklemiştir. Tahkim heyetlerine kendi yargı yetkilerini değerlendirme yetkisi verme fikri, özellikle tahkimin verimliliği ve etkinliğini vurgulayan hukukçuların ve uygulamacıların eserlerine dayanmaktadır.

"Kompetenz-kompetenz" "yetki-yetki" terimi bu yargısal özerkliği çift anlamıyla özetler. Bu dil tekrarı, genellikle bir hukuki doktrin içindeki bir kavramın önemini vurgulamak için kullanılan bir retorik araçtır. Bu prensibin küresel kabulü ve uluslararası tahkim peyzajına entegrasyonu, tahkim uluslararası anlaşmazlıkları çözme mekanizmalarının tercih edilen yöntemi olarak önem kazandıkça ortaya çıktı. Tahkimin sağladığı belirgin avantajlar, tarafsızlık, esneklik ve hızlilik, geleneksel yargıya kıyasla daha cazip hale getirdi. Tahkimin güvenilirliğini ve kabul edilirliliğini artırmak amacıyla "kompetenz-kompetenz" gibi prensipler, tarafların mahkeme yetkisini ulusal mahkemelere taşıma girişimlerini engellemek için benimsendi.

yargı yetkisinin belirlenmesi yetkisi verir. Uluslararası hukuk, hakemlerin kendi yargı alanlarının kapsamını, tahkime götürülebilmeye ilgili sorular dahil olmak üzere, belirlemek için yetkilendirilmesine tahkim yanlısı, dostu, (pro-tahkim) bir yaklaşım benimser. Bu, anlaşmazlıkların etkin ve sorunsuz bir şekilde çözülmesine olanak tanırken irade serbestisi ve prosedürel verimliliği teşvik eder.

Tahkime elverişliliğin yargısal niteliği, uluslararası tahkim sürecinin temel unsurlarından biridir. Dahası, uluslararası hukuktaki tahkim mekanizmasının etkin işleyişini sağlamada önemli bir rol oynar. Bu ilke, tahkim heyetinin kendi yargı yetkisini belirleme ve ihtilafı, uyuşmazlığı tahkim konusunda değerlendirme yetkisini içerir. Yani, bir uyuşmazlığın tahkime uygun olup olmadığına karar vermek için tahkim heyeti, kendi yetkisini sorgulama ve tahkime elverişlilik konusunda karar verme yetkisine sahiptir.

Uluslararası tahkim, geleneksel mahkeme yargısından farklı olarak "kompetanz-kompetanz" prensibi ile yönetilir. Bu prensip, tahkim heyetinin, tahkim anlaşması veya tahkim kuralı temelinde kendi yetkisini belirlemesine olanak tanır. Tahkim heyeti, kendisinin tahkime elverişlilik konusundaki yetkisini değerlendirirken, öncelikle tahkim anlaşmasının kapsamını ve geçerliliğini inceleyerek taraflar arasında mutabık kalınan koşullara bakar.

Uluslararası hukukta tahkime elverişliliğin yargısal niteliği, "kompetanz-kompetanz" olarak bilinen ilkesiyle somutlaştırılır. Bu ilke, tahkim heyetinin kendi yargı yetkisini belirleme ve anlaşmazlıkların tahkime uygunluğunu değerlendirme yetkisine sahip olduğunu belirtir.

"Kompetenz-kompetenz" uluslararası tahkimde temel bir ilkeyi simgeler ve kaynağını Alman hukuk geleneğinden alır. Bu prensibin entegrasyonu, uluslararası tahkim sözleşmeleri, kurumsal kurallar ve ulusal yasalar içinde yankı bulmuştur. Bu, tahkim heyetlerine kendi yargı yetkisini belirleme yetkisini vererek, yerel yargılardan istenmeyen müdahaleleri önler.

Uluslar arası hukuk doktrinine yön veren birçok dava "kompetenz-kompetenz" doktrinini pekiştirmiştir. Örneğin, ünlü Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SPDR Holding Co. Ltd. (https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=546) davasında, İngiliz Temyiz Mahkemesi, tahkim heyetlerinin yetkilerini belirleme yetkisine sahip olduğunu, hatta altta yatan itirazın tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili olması durumunda bile, kabul etti. Bu dava, tahkimin özerkliğini ve etkinliğini güçlendirmek için prensibin önemini vurgulamıştır.

Sonuç olarak, "kompetenz-kompetenz", uluslararası tahkimde temel bir ilke olarak kabul edilir ve kökeni Alman hukuk geleneğine dayanır. Bu prensip, tahkim heyetlerine kendi yargı yetkisini belirleme yetkisi vererek uluslararası tahkim süreçlerinin etkinliğini, tarafsızlığını ve sağlamlığını sağlamak amacıyla hem hukuki doktrin hem de yargı kararlarıyla onaylanmıştır.

Dolayısıyla, tahkim heyeti, anlaşmazlığın tahkime uygunluğuyla ilgili olarak tarafların kendisini yetkilendirdiği önemli bir rolü üstlenir ve bu nedenle bağımsız ve tarafsız bir karar verme sürecine sahip olmalıdır.

Bir örnek olarak, "**Mitsubishi v. Soler**"³⁵ davasında, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi(US Supreme Court) tahkim heyeti, yargısal niteliği açısından önemli bir karar vermiştir. Heyet, yargı yetkisinin, taraflar arasındaki anlaşmazlığın niteliği ve tahkim anlaşmasının kapsamı hakkında inceleme yaparak belirleneceğini açıklamıştır. Bu, ilkeyi etkili bir şekilde güçlendiren bir temel sağlamaktadır. Bu önemli davada, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, tarafların tahkime götürdüğü konuyu, tahkim anlaşmasının yorumlanması ve uygulanması görevi temel olarak tahkim heyetine düşmektedir. Tahkim heyetinin yetkisini bağımsız olarak belirleme hakkı, sınırlı mahkeme denetimine tabi olmasına rağmen, modern tahkim hukuku alanında "kompetenz-kompetenz" doktrininin kalıcılığının ve baskın etkisinin göstergesidir.

Özetle, anlaşmazlığın niteliği ve tahkim anlaşmasının kapsamının titiz bir analizi yoluyla gerçekleştirilen tahkim heyetinin yetki iddiası, tam anlamıyla "kompetenz-kompetenz" ilkesinin temel özünün bir simgesidir. Bu yaklaşım, tahkim heyetinin yetki alanını titizlikle belirleme rolünü etkili bir şekilde vurgularken, aynı zamanda tarafların niyetine de sadık kalmayı sürdüren bir ilkeyi yansıtmaktadır.

Tahkime elverişliliğin yargısal niteliği, tahkim sürecinin etkin ve adil bir şekilde işleyebilmesi için önemlidir. Bu prensip, tahkim heyetlerinin yetkisini belirleme ve anlaşmazlıkların tahkime uygunluğunu değerlendirme özgürlüğüne sahip olmasını sağlar. Bu sayede, tahkim süreci, irade serbesitisi ve hızlı, etkin bir anlaşmazlık çözümünü sağlamak adına önemli bir unsurdur.

Tahkime Elverişliliğe Yönelik ICSID Karar İncelemesi- Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/11)³⁶ Uluslararası Yatırım

³⁵ Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>

³⁶ Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Pakistan & <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html> & https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=798

Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) önündeki dava, bir yatırım anlaşmazlığı tahkim bağlayıcılığı konusunu ele almıştır. Tahkim Heyeti, bir tarafın tahkim anlaşmasına bağlı olup olmadığının belirlenmesinin, tahkim heyetinin yargı yetkisi içinde olduğuna karar vermiştir, bunlar da tahkime elverişlilik konularıdır. Bu karar, kompetenz-kompetenz ilkesini teyit ederek tahkim heyetine tahkime elverişlilik konularında karar verme yetkisi vermiştir.

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Pakistan (ICSID Davası No. ARB/03/11) örneğinde, anlaşmazlık, Dallah Real Estate and Tourism Holding Company'nin (Suudi Arabistan merkezli bir şirket) Pakistan ile bir iş anlaşmasını yerine getirmediği iddiası üzerine ortaya çıkmıştır. İddiaya göre, 2000 yılında imzalanan anlaşma, Pakistan'da din turizmi yapan gruba yönelik bir lüks konut inşasıyla ilişkilidir. Dava'nın önemi İngiliz ve Fransız mahkemelerinin grup şirketleri doktrinine yaklaşımındaki farklılıkları ortaya koyması açısından önem arz etmektedir³⁷.

Davanın temel sorunu, taraflar arasındaki anlaşmanın tahkim kapsamına girip girmemesidir.

Tahkim edilebilirlik-tahkime elverişlilik(Arbitrability) konusu bu dava bağlamında iki ana noktada ele alınabilmektedir:

Tahkim Anlaşmasının Varlığı ve Geçerliliği: Pakistan, Dallah'ın iddia ettiği anlaşmanın var olmadığını veya geçerli olmadığını ileri sürmüştür. Devleti tahkime bağlamak için anlaşmayı imzalayan kişinin gerekli yetkiye sahip olmadığını öne sürmüştür. Bu durum, sözleşmenin gerçekliği ve tarafların gerçekten tahkim yoluyla anlaşmazlıkları çözmeyi kabul edip etmediklerine ilişkin soruları gündeme getirmiştir.

Tahkim Anlaşmasının Kapsamı: Tahkim anlaşmasının var olduğu ve geçerli olduğu kabul edilse bile, Dallah'ın ortaya koyduğu belirli taleplerin anlaşmanın kapsamına girip girmediği konusunda bir anlaşmazlık olabilir. Tahkim sözleşmesinin dili ve sözleşmenin ifadeleri, tahkim anlaşmasının kapsamını belirlemede önemlidir.

³⁷ Tahkim ve icra süreçleri ile ilgili bkz. Dany **Khayat** / Raid **Abu-Manneh** / Wisam **Sirhan**, *London Says 'No' and Paris Says 'Oui' on Enforcement: Contrasting the English and French Court Decisions in Dallah v. Pakistan*, https://www.martindale.com/legal-news/article_mayer-brown-llp_1393278.htm .; **Öndeş**, Ozan Mert: *Yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ve uygulanacak hukuk* (Master's thesis, Sosyal Bilimler Enstitüsü). s. 105

Bu tür durumlarda, tahkime elverişlilik konusunu belirlemekle görevli olan hakemler veya mahkemeler şu başlıklarda inceleme yapabilmektedir:

a. Açık ve Anlaşılır Anlaşmanın Varlığı: İlk adım, taraflar arasında açık ve anlaşılır bir tahkim anlaşması olup olmadığını değerlendirmektir. Bu, kullanılan dilin yanı sıra tarafların niyetini ve tahkim sözleşmesini düzenleyen uygulanabilir hukuku analiz etmeyi içermektedir.

b. Tarafların Tahkim Yoluyla Anlaşmazlıkları Çözmeye Olan Niyeti: Belirli türdeki anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine tarafların niyeti önemlidir. Tahkim sözleşmesi dar ve sınırlıysa, bazı iddialar tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyebilir.

c. Kamu Yararı ve Zorunlu Maddi Hukuku Kuralları: Bazı yargı bölgeleri, kamu çıkarı nedenleriyle veya zorunlu hükümler gereği, belirli türdeki anlaşmazlıkları tahkim edilemez(tahkime elverişsiz) olarak kabul ederler. Buna örnek olarak, ceza suçlarını, aile hukukunu veya belirli rekabet hukuku ihlallerini örnek verebiliriz. Aslında burada zorunlu kurallardan bahis kesin maddi hukuk kurallarıdır ve kesin hükümlü hususlarda tahkime gidilememektedir.

d. Yargı Yetkisine İlişkin İnceleme: Bazı durumlarda, taraflar, tahkim mahkemesinin yargı yetkisini kendisi için uygun olmadığı gerekçesiyle reddedebilir ve anlaşmazlığın başka bir forumda veya mahkemede ele alınması gerektiğini iddia edebilirler.

Dallah davasında, ICSID tahkim heyeti sonunda gerekli geçerli tahkim niyetinin yerine getirilmediğine karar vermiştir. Bu karar, anlaşmazlığın sözleşmeye göre tahkime uygun olmadığı sonucuna yol açmıştır ve dava reddedilmiştir.

Tahkime elverişlilik, karmaşık ve yargı yetkisine özgü bir konudur ve bir anlaşmazlığın tahkim yoluyla mı yoksa başka bir şekilde mi çözüleceğini belirlemek önemli bir rol oynar. Dallah v. Pakistan davası, açık ve anlaşılır tahkim anlaşmalarının önemini ve ticari sözleşmeleri düzenlerken tarafların tahkim maddelerinin kapsamını dikkatlice düşünmeleri gerektiğini vurgulamaktadır.

Uluslararası hukuktaki tahkime elverişlilik ilkeleri, uyuşmazlıkların çözümü için sağlam bir çerçeve sunsa da zorluklar devam etmektedir. Uluslararası hukukun evrensel doğası ve farklı yargı bölgelerindeki hukuk sistemleri, irade serbestisi ile kamu çıkarlarının korunması arasında hassas bir denge gerektirir. Tahkime elverişlilik uluslararası hukuktaki temel ilkelere

dayanarak güçlü bir çerçeve sağladığı kabul edilse de, zorluklar hala devam etmektedir. Tahkime elverişlilik ilkelerinin farklı yargı bölgelerinde tutarlı bir şekilde uygulanması, uluslararası tahkime olan güvenin korunması açısından önemlidir. Burada tahkimin temel prensibi olan eşitlik ilkesine değinmek de yerinde olacaktır. Jan Paulsson³⁸ Calvo'ya atıf yaparak, günümüz tahkim alternatif uyuşmazlığın eşitliği desteklediğini;

*.. One should consider that the mischief Calvo sought to combat was the de facto perpetuation of the medieval regime of reprisals, with its unilateralist feature of a state being a judge in its own cause, seeking remedies at the mouth of a cannon. The underlying principle of the Calvo Doctrine was to prevent such inequity by insisting on equality between the domestic party and the foreigner, the home state of the investor and the host state of the investment. So, if he were with us today, Calvo might justifiably point out that his doctrine supported rather than poisoned the fundamental tenet of international arbitration: his purpose was equal arms, not the pursuit of xenophobia...*³⁹

açıklardı.

Uluslararası hukukun sürekli olarak gelişmesiyle birlikte, tahkime elverişlilik, anlaşmazlık çözüm manzarasında eşitliğin temsilcisi olmada önemli bir unsur olmaya devam edecektir. Hızlandırılmış prosedürler ve belirli türdeki anlaşmazlıklar için özel tahkim kurullarını içeren yenilikçi yaklaşımlar benimsenerek, tahkime elverişlilik değerlendirmelerinin verimliliği ve etkinliği artırılabilir. Ayrıca, uluslararası kuruluşlar ve hukuki kurumlar, tahkime elverişlilik ilkelerini dünya çapında uyumlu hale getirmek için rehberlik ve en iyi uygulamaların geliştirilmesi konusunda işbirliği yapmalıdır.

Sonuç olarak, tahkime elverişlilik, uluslararası hukuktaki temel bir kavram olarak uluslararası tahkimin sorunsuz işleyişini kolaylaştırır ve tarafların tercih ettikleri anlaşmazlık çözüm yöntemini seçme özgürlüğünü korur. İrade serbestisi, kamu yararı ve yargısal doğası gibi ilkelere dayanarak, tahkim edilebilirlik (tahkime elverişlilik) konusundaki anlaşmazlıkların kapsamı belirlenebilir. Dallah davasındaki gibi dönüm

³⁸ Paulsson, Jan: *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press Vol. 17 2005.

³⁹ Paulsson, s.29

noktası niteliğindeki içtihat kararları, bu ilkelere uygulamada değerli bilgiler sağlar. Zorluklarla başa çıkılması ve yenilikçi yaklaşımların benimsenmesi sayesinde, uluslararası hukuk adil ve etkin bir anlaşmazlık çözüm sistemi oluşturmaya devam edebilir ve küresel saygı ve kabul görebilir.

2.5 TAHKİME ELVERİŞİLİLİĞİN SINIRI

Tahkime elverişlilik, uluslararası ticari tahkimin akdi ve yargısal niteliğinin karşılaştığı konulardan biridir⁴⁰ ve sözleşme özgürlüğünün kullanımının sona erdiği noktayı ve yargılamanın kamusal görevinin başladığı noktayı belirler⁴¹. Hangi tür sorunların tahkime götürülebileceği ve götürülemeyeceğine dair basit bir soruyu içerir⁴² ve tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarının en başında gelir⁴³. İrade serbestisi, tarafların herhangi bir anlaşmazlığı tahkime götürme hakkını benimsemektedir. Normal ulusal mahkeme yargı yetkisinden çıkmak tarafların hakkıdır. Ulusal hukuk kuralları genellikle tahkim sürecine yönlendirilebilecek ve çözümlenebilecek konularda belirli sınırlamalar veya kısıtlamalar içerir. Bu sınırlamalar, "subjektif tahkime elverişlilik (=ratione personae) " ve "objektif tahkime elverişlilik(=ratione materiae) " olarak iki ana başlık altında incelenmektedir⁴⁴.

"Subjektif tahkime elverişlilik," tarafların tahkim sürecine katılma yetkinliğiyle ilgili kısıtlamalara odaklanır. Örneğin, devletlerin veya devlet kurumlarının tahkim anlaşmaları imzalamalarına veya bu tür anlaşmalara katılmalarına tamamen izin verilmeyebilir veya bu tür bir katılım için özel bir izin şartı aranabilir. Bu tür sınırlamalar, devletlerin yargı yetkisini ve egemenlik haklarını korumak amacıyla konulmuştur.

⁴⁰ Bknz. Thomas E. **Carbonneau** and Francois **Janson**: *Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability*, 2Tul. J. Int'l & Comp. L.193 (1994), s. 194 according to which arbitrability “determines the point at which the exercise of contractual freedom ends and the public mission of adjudication begins.”, “Sözleşme özgürlüğünün kullanımının sona erdiği noktayı ve yargılama görevinin kamusal misyonunun başladığı noktayı belirler.”

⁴¹ **Carbonneau/Janson**, s. 194

⁴² **Van den Berg**, Albert Jan: *The New York Convention of 1958: An Overview. In Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, London: Cameron May (2008) (pp. 39-68), s.6 (**Kısaltma: Van den Berg- The New York Convention of 1958: An overview**)

⁴³ **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik, s. 14

⁴⁴ **Walter**, Gerhard, **Bosch**, Wolfgang, **Brönnimann**, Jürgen: *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz: Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes*, Bern 1991 Stämpfli, s.54; (**Deren Yıldırım**- Tahkime Elverişlilik s. 14)

Diğer yandan, "objektif tahkime elverişlilik," ihtilafın kendisiyle ilgili konularda kısıtlamalara odaklanır. Burada önemli olan, ihtilafın tahkim yoluyla çözümlenebilir olup olmadığıdır. Örneğin, bazı ihtilaflar o kadar önemli veya karmaşık olabilir ki yalnızca devlet mahkemeleri tarafından ele alınmaları gerekebilir. Bu tür ihtilaflar, tahkimin etkili bir şekilde işlememesine veya adil bir sonuç üretememesine neden olabilir.

Bununla birlikte, bazı ihtilaflar özellikle tahkime uygun olabilir ve objektif koşullara uygunlukları açısından tahkim yoluna başvurulabilir. Ancak yine de, belirli hassas konular, örneğin kamu düzenine ilişkin ihtilaflar, genellikle mahkemelerin ilgilenmesi gereken konulardır ve tahkim sürecine uygun değildir. Bu tür hassas ihtilaflar, objektif tahkime elverişlilik kapsamında incelenir ve devlet mahkemeleri tarafından ele alınması daha uygun görülebilmektedir. Örneğin, ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar mahkemelerin yargı alanına girmektedir. Bu ihtilaflar tahkim yoluyla çözülemez. İrade serbestisine yönelik bu kısıtlama, tahkime elverişliliğin ulusal veya uluslararası kamu politikasının bir tezahürü olduğu ölçüde haklı kabul edilmektedir. Sonuç olarak, bu konuları kapsayan tahkim anlaşmaları genel olarak geçerli sayılmamaktadır, hakemlerin yargı yetkisini tesis etmeyecektir ve müteakip karar icra edilemeyecektir.

2.5.1 Objektif Tahkime Elverişlilik

Objektif tahkime elverişlilik, **bir uyuşmazlığın konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülebilmesinin mümkün olup olmadığını** belirler⁴⁵. Objektif tahkime elverişliliğin sınırlanmasının altında yatan hukuk politikası sebepleri, uyuşmazlık konusunun ülkenin kamu çıkarlarıyla ilgili olması, bazı konularda özel olarak görevlendirilmiş mahkeme ve karar verme yetkisi olan bir kamu makamıyla yetki çatışması olması yahut toplumdaki zayıf tarafın korunması olarak sıralanmıştır⁴⁶.

⁴⁵ **Özbek**, s.789

⁴⁶ **Ekşi**, Nuray: *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, İstanbul (2015), s. 49; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Erdönmez**, Güray/**Akkan**, Mine/ **Yeşilirmak**, Ali/**Taş Torkmaz**, Hülya: *Medeni Usul Hukuku*, C. 1,2,3, İstanbul 2017 § 22.II. B (**Kısaltma: Pekcanitez-Usul**); **Tüysüz**, Cemre: *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar*, İstanbul 2017, s. 13; **Uluocak**, Nihal: *Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtayının ve Doktrininin Görüşleri* s. 529; **Özbek**, S. 789.

Objektif tahkime elverişlilik, belirli bir anlaşmazlık türünün, tarafların rızasına bakılmaksızın tahkime tabi olabilme yeteneğini ifade etmektedir⁴⁷. Bu, tarafların tahkim anlaşmasında ifade ettikleri niyetlerden bağımsız olarak, kamu yararı ve kanunlar temel alınarak yapılan bir objektif inceleme türü olarak kabul edilebilir. Objektif tahkime elverişliliğin belirlenmesi, tahkim sürecinin bütünlüğünü ve etkinliğini korumak açısından son derece önemlidir. Objektif tahkime elverişlilik, tahkimin kapsamını sınırlayarak, hukukun üstünlüğü düşüncesiyle, daha zayıf tarafları korumayı ve tahkimin kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlar.

Objektif tahkime elverişlilik ilgili düzenlemeler, ülkeden ülkeye değişkenlik gösterir ve uluslararası sözleşmeler, ülkelerin iç hukukları ve mahkeme kararlarına tabidir. Bu minvalde, milletlerarası metinlerde de objektif tahkime elverişlilik konusu yerini bulmuştur. 1923 tarihli Cenevre Protokolü md. 1, New York Sözleşmesi md.II(1) ve V(2)(A), 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi md. IX, ICSID md. 25 ve Model Kanun md. 1(5) örnek verilebilir⁴⁸. Bazı ülkeler en geniş tahkime elverişlilik kapsamını teşvik eden bir tavır benimserken, diğerleri kamu yararı düşüncelerine dayanarak önemli sınırlamalar getirmektedir⁴⁹.

1958 tarihli New York Sözleşmesi, uluslararası tahkimin temel taşıdır ve sözleşme yapmış ülkelere diğer üye ülkelerde verilen tahkim kararlarını tanıma ve tenfiz etme yükümlülüğü getirir⁵⁰. Bununla birlikte, Sözleşmenin V. Maddesi (2) (a) bendi, bir devletin kendi yasaları uyarınca tahkim konusu olan bir anlaşmazlık konusunun tahkime uygun olmadığı durumunda tanımayı ve infaz etmeyi reddetmesine izin verir⁵¹. Bu hüküm, belirli anlaşmazlık türlerinin tahkim yoluyla çözülemeyeceği düşüncesini yansıtmaktadır.

Birçok ulusal hukuk sistemi, objektif tahkime elverişlilikle ilgili kendi kurallarına sahiptir⁵². Bazı ülkeler sınırlayıcı bir yaklaşım benimser ve anti-trust/tröst(rekabet hukuku müessesesi) meseleleri, fikri mülkiyet anlaşmazlıkları veya aile hukuku konuları gibi belirli anlaşmazlık

⁴⁷ **Born**, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (2014) , s.767. (Kısaltma: **Born- Commercial Arbitration**)

⁴⁸ **Huysal**, s.16

⁴⁹ **van den Berg**-The New York Convention of 1958: An overview, s.11

⁵⁰ **van den Berg**-The New York Convention of 1958: An overview, s.1-22

⁵¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.

⁵² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.

türlerini tahkim dışı bırakır⁵³. Diğer taraftan, daha pro-tahkim(tahkim yanlısı) bir tahkim bakış açısına sahip ülkeler daha geniş bir uyuşmazlık yelpazesinin tahkim yoluyla çözülebilmeye izin verir⁵⁴.

Objektif tahkime elverişliliğin belirlenmesi, hukukçular ve ülkelerin yapıları arasında çeşitli zorluklara ve tartışmalara neden olmuştur. Karşılaşan en büyük husus, *irade serbestisine saygı duymak* ile *kamu yararını koruma arasında* denge kurmaktır. Taraflar genellikle etkinlik ve gizlilik nedeniyle tahkimi tercih ederlerken, insan hakları, çevre sorunları veya rekabet hukuku gibi önemli kamu yararı konularının ulusal mahkemelerin yetki alanında kalmasını sağlamak önemlidir⁵⁵. Objektif tahkime elverişlilik farklı ülkeler arasında farklı şekilde ele alınması, uluslararası uyuşmazlık çözümünde *belirsizliğe* ve *tahmin edilebilirlik eksikliğine* yol açabilmektedir; bir ülkenin iç hukukuna göre tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar başka bir ülkede tahkime götürülebilmektedir⁵⁶. Tahkime elverişlilik kurallarının farklı yorumları çelişkili sonuçlar doğurabilmektedir. Bir başka husus da *milli hukuk* düzenlemeleridir. Her ülkenin kendi milli hukukuna tabi iç mahkemeleri, tahkime elverişlilik konusundaki tartışmalarda önemli bir rol oynamaktadır. Mahkemelerin tahkime elverişlilik konusundaki müdahale düzeyi ve tahkim heyetlerinin karar verme sürecinde verdikleri desteğin derecesi önemli ölçüde değişebilir, bu da tahkimin etkinliğini etkilemektedir.

Objektif tahkime elverişlilik, uluslararası anlaşmazlık çözümünde dikkatli bir şekilde ele alınması gereken önemli bir unsurdur. İrade serbestisi ve kamu yararını uygun bir şekilde dengelenerek, uluslararası alanda, kamu yararı endişelerinin mahkemeler tarafından uygun bir şekilde ele alınmasını sağlayabilir. Objektif tahkime elverişlilik konusunda farklı ülkeler arasında uyumlu bir yaklaşım, uluslararası tahkimde tahmine elverişlilik ve güvenin artmasına katkıda bulunabilir, böylece uluslararası uyuşmazlık çözümünün tercih edilen yöntemi olarak tahkimin sürekli büyümesini teşvik edebilir.

⁵³ **Born**-Commercial Arbitration, s.943-944

⁵⁴ **Lew/ Mistelis/Kröll**, *Comparative International Commercial Arbitration*, s.151

⁵⁵ **Dalhuisen**, Jan H.: *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law Volume 2: International Arbitration. The Transnationalization of Dispute Resolution*, Bloomsbury Publishing 2022, s.9

⁵⁶ **Lew/ Mistelis/Kröll**, *Comparative International Commercial Arbitration*, s.144

2.5.2 Türk Hukukunda Objektif Tahkime Elverişlilik Yaklaşımı

Türkiye, son yıllarda artan ticari etkinlikler ve yatırımlarla birlikte uluslararası anlaşmazlık çözüm yöntemleri konusunda önemli gelişmeler kaydetmiştir. Bu kapsamda, tahkim usulü ulusal ve uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde giderek tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir. Objektif tahkime elverişliliğin, tahkim usulünün kullanılabilirliğinin, tarafların rızası dikkate alınmadan belirli bir konunun doğası gereği mümkün olup olmadığı sorusunu ele almaktadır.

Objektif tahkime elverişlilik, Türk hukukunda da önemli bir tartışma konusunu teşkil etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesi, tahkim anlaşmasının geçerli olması için yazılı olarak yapılmasını öngörmüştür. Ancak, bu hüküm tarafların rızası dışında belirli anlaşmazlık türlerinin tahkime tabi olamayacağını ifade etmez. Türk hukukunda da ulusal(iç) yargı organlarının(mahkemeler) hüküm ve emir verme yetkisi olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, objektif tahkime elverişlilik kavramı, kamu düzeni ve kamu düzeninin temel değerlerine aykırı olan uyuşmazlık türlerinin tahkime uygun olup olmadığı sorusunu gündeme getirir.

Türk hukukundaki objektif tahkime elverişlilik yaklaşımı, tarafların özgür iradelerine saygı gösterirken aynı zamanda kamu düzeni ve halkın çıkarlarını koruma amacını taşır. Türkiye, ekonomik gelişimi desteklemek ve uluslararası yatırımları teşvik etmek amacıyla proaktif bir şekilde uluslararası tahkim pratiğine entegre olmuştur ve Türk tahkim mevzuatı çağdaş ihtiyaçlara cevap verebilecek niteliktedir⁵⁷. Ancak, bu sırada kamu düzeninin temel ilkelerine zarar verebilecek uyuşmazlık türlerinin objektif tahkime elverişlilik sınırlamaları ile kontrol edilmesi gerekmektedir.

Türk hukuku, objektif tahkime elverişlilik meselesini hem ulusal mevzuat(iç hukuk) hem de uluslararası sözleşmeler bağlamında ele almaktadır. Türkiye, 1958 tarihli New York Tahkim Sözleşmesi'ne taraf olarak, uluslararası hakem kararlarının tanınması ve icrasını kolaylaştırmayı amaçlamıştır⁵⁸. Ancak, Türk hukuku, ulusal kamu düzeninin önceliklerini

⁵⁷ Akıncı, Ziya, *Neden İstanbul Tahkim Merkezi? Why Center for Arbitration in İstanbul?* . Yaşar Üniversitesi E-Dergisi , 8 (Özel) 2013 ,s.90 . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/en/pub/jyasar/issue/19146/203159>

⁵⁸ New York Sözleşmesi (1958), Madde V(2)(a).

korumak adına objektif tahkim elverişliliğin sınırlarını belirleme yetkisine de sahiptir. Nitekim, bu hususun bir başka yansıması da irade serbestisi ilkesi içerisinde Hukuk Muhakemeleri Kanununda göze çarpar. Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesi, bu hususa ilişkin düzenleme getirmiştir. Yani, tahkim yoluyla çözüme kavuşturulacak bir uyuşmazlık, tarafların özgür iradelerine dayalı olmalıdır. Aynı zamanda Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. Maddesi de bu hususu tekrarlar nitelikte düzenleme getirmiştir.

Türk hukukundaki objektif tahkime elverişlilik yaklaşımının karşılaştığı temel zorluk, tarafların rızası ile kamu düzeninin dengesini sağlamaktır. Ticari özgürlüğü desteklerken aynı zamanda kamu yararını koruyan bir yaklaşım geliştirmek, iç hukuk organlarının ve tahkim heyet kararlarında uyumlu bir hale gelmesini gerektirir. Ayrıca, objektif tahkime elverişlilik kavramının Türk hukukundaki tam olarak netleşmemiş yönleri, uygulamada belirsizliklere yol açabilir. Münhasıran mahkemelerin yargı yetkisine girdiği kabul edilen kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli sayılmamaktadır. Kanun, bir uyuşmazlığın çözülmesinde yargı tekeli yaratarak açıkça mahkeme önünde çözülmesini emretmişse, uyuşmazlık konusu kamu düzeniyle ilgili olduğundan tahkime elverişli değildir⁵⁹.

Türk hukukundaki objektif tahkime elverişlilik yaklaşımı, tarafların rızası(irade serbestisi) ile kamu düzeni arasında bir denge kurmayı amaçlayan önemli bir husustur. Bu yaklaşım, Türkiye'nin uluslararası tahkimdeki rolünü şekillendirirken aynı zamanda kamu düzeninin korunmasını sağlamayı hedefler. Objektif tahkime elverişlilik, Türk hukuk sisteminin gelişiminde önemli bir faktör olarak yer alacak ve uluslararası yatırımcıların güvenini artırmada etkili bir araç olarak kullanılacaktır.

2.5.3 Subjektif Tahkime Elverişlilik

Tahkimin temel yönlerinden biri, belirli bir anlaşmazlığın tahkime tabi tutulup tutulamayacağının belirlenmesidir; diğer bir deyişle, belirli bir konunun tahkim önüne

⁵⁹ **Aydemir**, Fatih: *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul 2017, s.253-256; **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik s.28-29; **Eker Ayhan**, Zeynep Feyza: *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü: Karşılaştırmalı Bir Analiz*, İstanbul 2018, s. 12.

getirilip getirmeyeceğidir. Subjektif tahkim elverişliliği, bu belirlemenin önemli bir yönü olup, bir anlaşmazlığın tahkime tabi tutulabilmesi için tarafların rızasının bulunup bulunmadığına odaklanır. Bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşması veya yargılamasının tarafı olup olmayacağı konusuyla ilgilidir⁶⁰.

Subjektif tahkime elverişlilik, tarafların belirli bir anlaşmazlığı tahkime götürme konusundaki rızalarının, niyetleri ve tahkim anlaşmasını dikkate alarak, bu unsurların var olup olmadığıyla ilgilenir. Tarafların rızasının olup olmadığına bakmaksızın belirli türdeki anlaşmazlıkların tahkime tabi tutulup tutulamayacağını inceleyen objektif tahkime elverişliliğin aksine, subjektif tahkime elverişlilik, tarafların belirli bir anlaşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi açıkça veya zımnen kabul edip etmediklerine dayanır.

Subjektif tahkime elverişlilik, tahkim sürecinin bütünlüğünü ve etkinliğini sağlamada önemli bir rol oynar. Tarafların tahkime açık rızası, anlaşmazlıklarının istekleri dışında tahkime tabi tutulmamasını sağlayarak tahkim sonucundaki kararların güvenilirliğini ve icrasını güçlendirir. Bu "rıza" temelli yaklaşım, tarafların ihtiyaçlarına uygun olan uyuşmazlık çözüm yöntemini seçme özgürlüğü ilkesiyle uyumlu bir şekilde çalışır.

Sübjektif olarak tahkime elverişlilik koşulu, tahkim anlaşmasının hukuki niteliği ile doğrudan ilişkilendirilmiş bir gerekliliktir. Tahkim anlaşması, saf bir maddi hukuk anlaşması veya usul açısından etkili bir maddi hukuk anlaşması olarak ele alındığında, anlaşmayı yapma ve bu anlaşmanın içeriğinden yararlanma yetisi gerekmektedir. Eğer tahkim anlaşması "usuli bir sözleşme" olarak kabul ediliyorsa, taraf ve dava ehliyeti gibi hususlar geçerlilik şartları olarak öne çıkmaktadır⁶¹.

Subjektif tahkime elverişlilik konusundaki uluslararası hukuki çerçeve, farklı yargı alanlarında çeşitli hukuki gelenekleri, kamu yararı değerlendirmelerini ve kültürel farklılıkları yansıtarak farklılık gösterir. Tarafların rızasının yorumlanması ve tahkim yetkililiğinin kapsamı, uluslararası sözleşmeler, ülkelerin iç hukuku ve yargı kararları tarafından şekillendirilir. Uluslararası antlaşmalar, tahkimi bir anlaşmazlık çözüm

⁶⁰ Huysal, s.18

⁶¹ Deren Yıldırım-Tahkime Elverişlilik s.18

mekanizması olarak desteklerken, tahkim sınırlarını belirleme konusunda devletlerin egemenliğine saygı gösterir.

1958 tarihli New York Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler, farklı yargı alanlarında tahkim kararların tanınmasını ve icrasını sağlayarak uluslararası tahkim için temel oluşturur. Ancak, bir anlaşmazlık tarafların tahkim anlaşmasının kapsamı dışına çıkarsa veya konu ulusal hukuka göre tahkim dışı kabul ediliyorsa, kararların icrası sorgulanabilir.

Ulusal nitelikteki iç hukuk düzenlemeleri, kamu yararı ve maddi hukuk değerlendirmeleri temel alınarak belirli uyuşmazlıkların tahkim yetkililiğini belirlemede önemli bir rol oynar. Bazı yargı alanları, kamu çıkarları nedeniyle hassas alanları, aile hukuku, ceza davaları⁶² veya belirli düzenleyici konuları tahkim dışı bırakarak sınırlayıcı bir yaklaşım benimseyebilmektedir. Diğer yargı alanları ise daha izin verici bir tutum sergiler, kamu çıkarına aykırı olmadığı sürece tarafların daha geniş bir anlaşmazlık yelpazesinde tahkim yapmasına izin verir.

Subjektif tahkime elverişlilik kavramı, uluslararası bir bağlamda birçok zorluk ve tartışmaya yol açmaktadır. Tahkim anlaşmalarında *tarafların özerkliği(irade serbestisi)* ile *geçerli rıza* arasındaki ilişki, yorumlama sorunlarına yol açabilmektedir. Tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimi seçme serbestisi önemlidir, ancak tarafların tahkime gerçekten ve isteyerek rıza göstermesini sağlamak, özellikle eşit olmayan pazarlık gücü(unequal bargaining power) veya yeteri kadar bilgilendirilmemiş tarafın rızası durumlarında önemli bir endişe kaynağı olabilir. İç hukukun *kesin hukuk kuralları* ile *irade serbestisi* arasındaki etkileşim, subjektif tahkime elverişliliği karmaşık hale getirebilir. Kamu yararı, temel haklar veya özel yargısal uzmanlık gerektiren konuları içeren belirli anlaşmazlıklar, birçok hukuki sistemde bu prensiplerin baskın niteliği nedeniyle tahkim dışı kabul edilebilir. Farklı yargı alanlarında subjektif tahkime elverişlilik yaklaşımların çeşitliliği, uluslararası tahkimde uyumsuzluklara ve çatışmalara yol açabilir. Subjektif tahkime elverişliliğin yorumlanması ve uygulanmasında *uyum ve birliği sağlamak*, uluslararası kurumlar, tahkim uygulayıcıları

⁶² **Sanders**, Pieter: *Arbitration, International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12 Tubingen 1999, s. 64.

ve hukuk akademisyenleri tarafından sürekli çaba gerektiren bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.

Subjektif tahkime elverişlilik, uluslararası tahkim için bir temel taşıyarak irade serbestisinin özünü ve tarafların tahkime gerçek rızasının gerekliliğini temsil eder. İrade serbestisine saygı gösterirken subjektif tahkime elverişlilik, kamu yararı değerlendirmelerini ve temel hakların korunmasını da güvence altına alır. Subjektif tahkime elverişlilik yaklaşımı çerçevesinde; tarafların rızasının yorumlanması, uluslararası tahkimin gelişimini şekillendirmede önemli bir rol oynar ve sınır ötesi anlaşmazlıkları çözmek için güvenilir ve etkili bir mekanizma olarak itibarını artırır.

2.5.4 Türk Hukukunda Subjektif Tahkime Elverişlilik Yaklaşımı

Türk hukuku, uluslararası ve ulusal ticari uyuşmazlık çözümünde tahkim kurumunu benimsemiş ve bu alanda önemli adımlar atmıştır. Tahkimdeki temel konulardan biri olan subjektif tahkime elverişlilik, belirli bir uyuşmazlığın tahkime tabi olup olamayacağını "taraf iradesi" bağlamında ele almaktadır. Subjektif tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkime tabi olup olamayacağını belirlemek için tarafların rızasını temel alır. Türk Borçlar Kanunu'nun 4. maddesi, tahkim anlaşmasının yazılı olması gerektiğini düzenlerken, subjektif tahkime elverişlilik yaklaşımını vurgulamaz. Ancak Türk hukukunda, tarafların özgür iradesi ve rızası olmaksızın tahkim sözleşmesi yapılmasının ve bir anlaşmazlığın tahkime götürülmesinin hukuka aykırı olabileceği kabul edilmektedir. Aynı zamanda, subjektif tahkime elverişlilik kurumu, ehliyet kavramıyla da özdeşleşmiştir. Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım'a göre tahkim anlaşması bir usul sözleşmesi olarak nitelendirildiği minvalde, geçerlilik şartları da taraf ehliyeti ve dava ehliyeti olarak sübut bulacaktır⁶³.

Subjektif tahkime elverişlilik yaklaşımı, tarafların iradesine saygı gösterirken aynı zamanda kamu düzenini ve halkın çıkarlarını koruma amacını taşır. Türk hukuku, kamu düzeninin temel değerlerine aykırı olan anlaşmazlıkların tahkime tabi tutulmaması gerektiğini kabul eder. Örneğin; aile hukuku veya ceza hukuku alanındaki anlaşmazlıklar, kamu düzeninin önceliği nedeniyle tahkime uygun kabul edilmemektedir.

⁶³ **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik, s.18

Türk hukukunda subjektif tahkime elverişlilik, tarafların iradesiyle sınırlanmış ve ehliyet ile özdeşleşmiş bir kavramdır. Türk Borçlar Kanunu, tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılmasını öngörürken, kamu düzenine aykırı olan veya tarafların iradesine uymayan hükümlerin tahkim sözleşmelerinde geçersiz olduğunu belirtir. Bu çerçevede, Türk hukuku subjektif tahkime elverişlilik, tarafların serbest iradesi ve kamu düzeninin temel değerlerinin bir denge içinde korunması olarak şekillendirir.

Türk hukukundaki subjektif tahkime elverişlilik yaklaşımı, çeşitli zorluklar ve tartışmalara neden olabilir. Tarafların rızası ve özgür iradesi konusundaki yorum farklılıkları, anlaşmazlık çözümünde belirsizliklere yol açabilir. Ayrıca, tarafların eşit güç dengesi içerisinde olmadığı durumlarda rızanın gerçek olup olmadığına dair şüpheler ortaya çıkabilir. Bu yaklaşımı, tarafların iradesi ve kamu düzeninin denge içinde korunmasını amaçlar. Tarafların özgür iradesi olmaksızın tahkim sözleşmesi yapılmasının ve anlaşmazlıkların tahkime götürülmesinin kamu düzenine aykırı olabileceği kabul edilir. Subjektif tahkime elverişlilik, Türk tahkim uygulamasının temel taşlarından biri olarak uluslararası ve ulusal ticari uyuşmazlık çözümünde etkin ve adil bir çerçeve sunmaya devam edecektir. Türk hukukunda hangi konularda tahkime başvurulabileceği konusunda ölçü olarak tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıkları esas almak gerekir. Tarafların üzerinde sulh olmayacakları uyuşmazlıkları tahkime de elverişli değildir⁶⁴.

⁶⁴ Pekcanitez-USul, s.608-609

3. TAHKİME ELVERİŞİLİK SORUNUNA UYGULANACAK HUKUK

Tahkime elverişliliği düzenleyen hukukun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Tahkime elverişli uyuşmazlıkların kapsamını artırmaya yönelik genel olarak hakim olan eğilime rağmen, ulusal kanunlar sıklıkla birbirinden farklılık göstermektedir. Bir ülkenin yasalarına göre tahkime elverişli olmayan bazı ihtilaflar, ilgili menfaatlerin daha az önemli olduğu düşünülen başka bir ülkede tahkime götürülebilmektedir.

Uygulanacak Hukuk, tahkimde merkezi bir noktayı oluşturan bir unsurdur ve anlaşmazlıkların çözümünü yönlendiren hukuki prensiplerin seçimini ifade etmektedir. Bu belirleme, tahkim heyetlerinin karar alma sürecini şekillendirdiğinden, tahkim sürecinin etkinliğine katkıda bulunur.

Tahkimde Uygulanacak Hukuk, genellikle tahkim anlaşmasından türetilir ve anlaşmazlık çözümü için seçilen hukuki çerçeveyi belirler. Tarafların genellikle tahkim maddesinde anlaşmazlıklarını hangi ülke hukukunun yöneteceğini belirttiğini belirtir. Örneğin, uluslararası bir ticari sözleşmede taraflar, tahkim süreci için belirli bir yargı çevresinin ticaret hukuk kurallarına atıfta bulunabilir. Bu önceden belirlenmiş seçim, belirsizliği önemli ölçüde azaltır ve tahkim sürecini daha düzgün hale getirir.

Tarafların niyetlerine rağmen, tahkim maddelerinde Uygulanacak Hukuk'a açık atıf olmayan veya belirsiz bir dil kullanan durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu tür durumlarda tahkim heyetleri, en uygun hukuki çerçeveyi belirlemek için çeşitli yaklaşımlar kullanır. Bu tarafından "orantılılık ilkesi"⁶⁵ni yansıtır, burada heyetler, anlaşmazlığın doğasına en iyi uygun olan hukuku seçerler. Orantılılık ilkesi bir genel hukuk prensibidir.

...Genel prensipler, "hukuki düzenin temel unsurlarını" belirlemekte, "herhangi bir hukuki sistemin temel hukuki kavramlarını ve temel değerlerini"⁶⁶ ifade etmekte ve "sorulan daha spesifik [hukuki] kuralların tümünü veya herhangi birini" meşrulaştırmaktadır. Yargıçlar, normlar ve prosedürler yetersiz veya eksik

⁶⁵ **Proportionality Principle**

⁶⁶ **Armin von Bogdandy**: *Doctrine of Principles* 10 (N.Y.U. Sch. of Law Jean Monnet Ctr., Working Paper No. 9/03, 2003), <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-01.pdf>

bulunduğunda boşlukları doldurmayı kolaylaştırmak ve meşrulaştırmak için prensipleri kullanırlar. Örneğin orantılılık ilkesi gibi,⁶⁷...

Örneğin, uluslararası ticaret anlaşmazlıklarında, uluslararası mal satımına ilişkin sözleşmelerin Viyana Sözleşmesi (CISG), uygun bir hukuk olarak kullanılabilir. Çünkü CISG'in uyumlu yapısı ve çeşitli hukuk sistemlerine uygulanabilirliği bulunmaktadır.

Uygulanacak Hukuk'un önemi, farklı hukuk dallarında farklı sonuçlara yol açmaktadır. Deniz tahkiminde, denizcilik kodları ve uluslararası anlaşmalar, nakliye sözleşmeleri üzerine çıkan anlaşmazlıkları yönetebilir; bunun bir örneği denizcilik sorumluluğunda LLMC Sözleşmesi'dir. Fikri mülkiyet tahkiminde ise, Uygulanacak Hukuk'un seçimi, patent veya telif hakkı anlaşmazlıklarının yorumunu belirleyebilir, bu alanda TRIPS Anlaşması büyük rol oynamaktadır.

Tahkim alanında, Uygulanacak Hukuk, çözüm sürecinin bir direği olarak düşünülebilir. Tarafların tahkim anlaşmalarında belirlediği yargı hukukunun seçimi ve anlaşmazlıklar sessizse; uygun hukuku seçme esnekliği, hukuk sistemleri ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları arasındaki dinamik etkileşimi gösterir. Tarafların dikkatli bir şekilde tahkim maddelerini tasarlamaları, böylece verimli, öngörülebilir ve adil bir tahkim sürecinin gerçekleşmesine katkıda bulunur.

3.1 ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER IŞIĞINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK

Çeşitli sözleşmeler uyarınca, ulusal mahkemelerin tahkim anlaşmalarını ve kararlarını uygulama yükümlülükleri, yalnızca anlaşmazlığın tahkime elverişli olduğu durumlarda mevcuttur. Bu nedenle, bu sözleşmeler genellikle hangi hukukun tahkime elverişliliği belirleyeceğini düzenler. Bir ihtilaf bu kanuna göre tahkime elverişli ise, mahkemeler, tahkim anlaşmasının veya hükmünün icrasını reddetmek için ihtilafın farklı bir kanuna göre tahkime elverişli olmadığına dayanamaz.

⁶⁷ **Sweet**, Stone / **Cananea**, Giacinto Alec and della: *Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez* (May 9, 2014). New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 46, No. 3, 2014, s.2, <https://ssrn.com/abstract=2435307> & <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2435307>

New York Sözleşmesi tahkime elverişliliği sadece icrası, uygulanacak hukuk ve tenfiz açısından ele almaktadır. Bu nedenle ihtilafın tahkime elverişli olup olmadığını belirlemek, mahkemenin kendi iç hukukundaki kanunlarına bakmasını gerektirmektedir. Madde 5 (2)(a):

Bir tahkim kararının tanınması ve tenfizi, tanıma ve tenfizin talep edildiği ülkedeki yetkili makamın aşağıdakileri tespit etmesi halinde de reddedilebilir:

Farkın konusu o ülke hukukuna göre tahkim yolu ile çözümlenemeyecek durumda...

Uygulanacak hukuk/tenfiz aşamasındaki bu açık kuralın aksine, New York Sözleşmesi, karar öncesi⁶⁸ aşamada tahkime elverişlilik sorununun hangi kanun tarafından yönetileceğine dair bir kural içermemektedir. Örneğin, taraflardan biri tahkim şartının varlığına dayanarak bir mahkemenin yargı yetkisine itiraz ettiğinde Madde II(1) sadece tahkim sözleşmelerinin tanınması gerektiğini belirtir, böylece mahkemeler, uyuşmazlık tahkim yoluyla çözümlenemeyecek durumda olmadığı sürece, madde II(3) uyarınca yargı yetkisini reddetmek zorunda kalır. Ancak uyuşmazlığın hangi hukuka göre tahkim yoluyla çözümlenebileceği hususu açıkça öngörülmemiş ve ulusal mahkeme uygulamalarında bir takım farklı görüşlere yol açmıştır.

Sorunun hangi aşamada ortaya çıktığına bağlı olarak mahkemelerin farklı kriterlerin uygulanmasını desteklediği görülmektedir. Bu, İsviçreli ve Belçikalı taraflar arasındaki münhasır distribütörlüğü içeren 1986 Belçika davasında iyi bir şekilde örneklenmiştir⁶⁹.

Fakat kararı incelemenden önce üzerinde durulması gereken farklı bakış açılarına değinilmelidir. Uluslararası tahkim davalarında tahkim yetkisine ilişkin farklı bakış açıları ele alınmaktadır.

Birinci Bakış Açısı, New York Sözleşmesi (NYC) Madde V(1)(a) Uygulaması: Doktrindeki bir görüşe göre, ulusal mahkemelerin NYC Madde V(1)(a) uygulaması gerektiğini savunur. Bu madde, "kararın verildiği yerin hukukunu" uygulamasını gerektirir. Bu, tahkim kararının verileceği yer hukukunun uygulanmasından ibarettir. Bu görüş, davayı ele alan ulusal mahkemenin, tahkim yeri ulusal hukukunu takip etmek yerine taraflardan

⁶⁸ **Pre-award**

⁶⁹ *Company M v M SA*, XIV YBCA 618 (1989), Cour d'appel Brussels, 4 October 1985.

birinin ulusal hukukunu izlediği durumlarda özellikle önemlidir. Bu tür durumlarda, lex fori veya law of forum uygulanır.

İkinci Bakış Açısı, Tahkim Yetkisi İçin Uluslararası Maddi Hukuk Kuralı: Alternatif bir argüman ise tahkim yetkisinin ulusal hukuka bağlı olmaması gerektiğini iddia eder. Bunun yerine, tahkim yetkisi konusu uluslararası bir maddi hukuk kuralına dayalı olarak belirlenmelidir.

Üçüncü Bakış Açısı, Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Uygulanabilir Hukuk İle Tahkim Yetkisinin Belirlenmesi: Başka bir bakış açısı, tahkim yetkisinin belirlenmesinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uygulanabilir hukuka göre yapılması gerektiğini öne sürer. Bu bakış açısı, inceleyeceğimiz Cour d'appel Brussels'ın 4 Ekim 1985 tarihli Company M v. M SA kararında vurgulanmaktadır.

Sözleşme, İsviçre hukukuna tabidir ve tahkim şartı içermektedir. Belçikalı taraf, Belçika yasalarının, distribütörlük sözleşmelerinden doğan ihtilafların tahkime elverişli olmadığına dair bir hükmüne dayanarak Belçika'da dava açmıştır. İsviçre tarafı, ihtilafın tahkime götürülmesini istemiştir. Başvuru, Brüksel'deki Temyiz(Yüksek) Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliği, sorunun tahkim sözleşmesinin geçerliliğine karar verilirken mi yoksa hakem kararının tanınması ve tenfizine karar verilirken mi ortaya çıktığına bağlı olarak farklı kriterlere göre tespit edilmelidir. Birinci durumda, tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve ihtilaf konusu için geçerli olan hukuka göre belirlenir. Bu nedenle, tahkime elverişlilik sorununun çözümünde taraf iradesine gidilmelidir. Bu sorunla karşı karşıya kalan bir hakem veya mahkeme, önce tahkim sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağını belirlemeli ve ardından bu kanuna göre belirli bir anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülüp çözilemeyeceğini tespit etmelidir.

New York Sözleşmesi çerçevesinde, Madde II(1) 'tahkim yoluyla çözülebilecek bir konuya ilişkin ifadesi, kanunlar ihtilafının tek tip çözümü ile belirlenen kanunun tahkime elverişliliğine karar vermek için uygulanabilirliğini etkilemez. Bu, tahkim sözleşmesi “konu“su için geçerlidir.

New York Sözleşmesi'ne göre, uyuşmazlığın *lex fori*⁷⁰ veya *law of the forum*'a göre tahkime elverişliliği, tahkim sözleşmesi geçerliliği incelenirken değil, yalnızca kararın tanınması ve tenfizi aşamasında dikkate alınmalıdır. Bu kural, tahkim kararının, davaların çoğunda, tanıyan-tenfiz eden-uygulayan mahkemesinin müdahalesi olmadan icra edileceği düşüncesiyle açıklanabilir.

Meadows Indemnity v Baccala & Shoop Insurance Services⁷¹ davasında ABD New York Doğu Bölgesi Bölge Mahkemesi tarafından da ilginç bir yaklaşım benimsenmiştir⁷². Davacı, bir tahkim sözleşmesine rağmen, söz konusu ihtilafın, kurulduğu ve bir hükmün icra edilmesinin gerekeceği Guernsey kanunlarına göre tahkime elverişli olmadığını iddia ederek ABD'de dava açmıştır. Mahkeme, tahkim sözleşmesinin New York Sözleşmesinin II. Maddesi uyarınca uygulanıp uygulanmayacağına veya iddianın tahkime elverişli olup olmadığına karar verecektir. Mahkeme, Madde II'yi, bir uluslararası tahkime elverişlilik serbestisi sağlayarak, maddi bir hukuk kuralı⁷³ olarak ele almıştır. Mahkeme, tahkim kararının tenfizinin isteneceği ülke de dahil olmak üzere yalnızca bir ülkenin iç hukukuna yapılan atfın, Sözleşme'nin II(1) Maddesi uyarınca bir iddianın 'tahkim yoluyla çözülebilir' olup olmadığına karar vermediği sonucuna varmıştır. Bir iddia türünün Madde II(1) uyarınca 'tahkim yoluyla çözüme ulaşamaz' olup olmadığının tespiti, Sözleşme'ye taraf ülkelerin yasalarına atıfta bulunularak uluslararası ölçekte yapılmalıdır. New York Sözleşmesinin amacı, ticari tahkim sözleşmesinin uygulanmasını teşvik etmektir ve tahkim uyuşmazlıklarının çözümü lehine olan federal politika, Madde II(1)'e konu olan istisnanın son derece dar olmasını gerektirmektedir⁷⁴.

⁷⁰ Ayrıca bkz: **Brekoulakis**, Stavros. : *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting The Revisited lex fori*, (2009). s.103-104, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414323

⁷¹ *Meadows Indemnity Co Ltd v Baccala & Shoop Insurance Services Inc*, 760 F Supp 1036-1045, XVII YBCA 686 (1992) (EDNY 1991). <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/760/1036/1421200/>

⁷² Daha fazla örnek için: **Born**-International Commercial Arbitration, s. 244.

⁷³ **Substantitive Law**

⁷⁴ **Lew/ Mistelis/Kröll**, *Comparative International Commercial Arbitration*, s.191,

To give the notion “capable of being referred to arbitration” in Article II an autonomous meaning based not on one law goes a step further than admitting that under the national law a broader concept of “arbitrability” exists for international claims. The latter is still a concept of a national law not dependent on foreign laws. “*Madde II'deki "tahkim yoluna başvurulabilecek kabiliyette olmak" kavramına, tek bir kanun ile sınırlı olmayan bağımsız bir yorum yapmak, ulusal-iç hukuk içinde uluslararası talepler için daha geniş bir "tahkime elverişlilik" kavramının varlığını kabul etmekten*

Bununla birlikte, davaların çoğunda mahkemeler, tahkime elverişlilik sorununu kendi iç hukuklarına göre karar öncesi⁷⁵ aşamada belirlemiştir⁷⁶. Bu genellikle herhangi bir kanunlar ihtilafı analizi yapılmadan yapılırken⁷⁷ konuyu gerektiği gibi inceleyen mahkemeler genel olarak New York Sözleşmesinin V(2)(a) maddesini uygulamıştır. Bu yaklaşım ve ulusal kanunun uygulanmasının altında yatan mantık, iki İtalyan davasıyla iyi bir şekilde gösterilmektedir.

Fincantieri - Irak davasında⁷⁸, Cenova'daki Temyiz (Yüksek) Mahkemesi, Irak'a yönelik Birleşmiş Milletler ambargosunun etkilerine ilişkin anlaşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya kalmıştır. Uygulanacak hukuk sorununu ele alan mahkeme şu karara varmıştır:

... , sözleşmeden doğan bir ihtilafla ilgili mahkeme işlemlerinde yabancı tahkim için bir itiraz ileri sürüldüğünde, ihtilaflın tahkime elverişliliğinin İtalyan hukukuna göre tespit edilmesi gerektiği içtihat ilkesine göre İtalyan hukukunda aranmalıdır. Bu soru yetkiyi doğrudan etkiler ve davaya bakan mahkeme ancak kendi hukuk sistemine dayanarak yetkiyi reddedebilir.

Bu aynı zamanda New York Sözleşmesi'nin II. ve V. Maddelerinde ifade edilen ilkelere de uygundur. Dolayısıyla, tahkime elverişlilik sorusuna verilecek cevap, yalnızca anlaşmazlığın İtalyan ambargo mevzuatı nedeniyle tahkime elverişli olmadığı şeklinde olabilir⁷⁹.

daha ileri bir yaklaşımdır. Bu genişletilmiş kavram, hala ulusal hukuka dayanır ve yabancı kanunlara bağlı değildir.”

⁷⁵ **Pre-award**

⁷⁶ Örneğin bkz.: Belgium, Tribunal de Commerce, Brussels, 20 September 1999, *Matermaco SA v PPM Cranes Inc et al*, XXV YBCA 673 (2000) 675; Switzerland, Tribunal Fédéral, 28 April 1992, XVIII YBCA 143 (1993) 146.

⁷⁷ USA Uygulamaları için : **Born**-International Commercial Arbitration, s. 244.

⁷⁸ Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq*, 4 Riv Arb 505 (1994), XXI YBCA 594 (1996), https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=910&opac_view=6

⁷⁹ **Lew/Mistelis/Kröll**, *Comparative International Commercial Arbitration*, Başka bir karar örneği: Corte di cassazione, 27 April 1979, no 2429, *Compagnia Generale Construzioni CIGECO SpA v Piersanti*, VI YBCA 229 (1981) 230; *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc*, 473 US 614, 105 S Ct 3346, 3360 Fn 21 (1985) (US Supreme Court, 2 Temmuz 1985).

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun tahkime elverişliliğine ilişkin bir davada, Bologna İlk Derece (Asliye Hukuk) Mahkemesi, muhakamesini tahkimin yargı yetkisine ilişkin niteliğine değil, diğer farklı argümanlara dayandırmıştır. Mahkeme şu kararı vermiştir:

... Söz konusu Sözleşme'nin II(3) maddesi, tahkim şartının hükümsüz, işlemez veya uygulanamaz olması halinde yargı yetkisinin reddedilmesi gerektiğini ve bu incelemenin yalnızca iç hukuk ışığında yapılabileceğini belirtmektedir...

Bu ilke, Madde II(3), New York Sözleşmesi⁸⁰'nin V(2)(a) Maddesi ile birlikte okunduğunda daha da açık hale gelir. Aynı zamanda, tahkim kararının etkililiğini, tanıma ve tenfiz istendiği Devletin hukukuna göre, konusunun tahkim yoluyla çözümlenebilmesi gerekliliğine tabi kılar.

Bu hüküm, yalnızca doğrudan düzenlediği alana (halihazırda verilmiş bir hakem kararının geçerliliği) uygulanmakla kalmaz ve; bir tahkim şartının veya uluslararası tahkim sözleşmesinin varlığında mahkemenin kendi yargı yetkisini elde etmesi halinde de geçerlidir. Karar verildiğinde, yargı yetkisine sahip mahkemenin hukuk sisteminde hiçbir şekilde uygulanamıyorsa, tahkim heyet kararını tanımak tamamen yararsız hale gelecektir⁸¹.

Tahkime elverişliliği kendi yasalarına göre belirleyen ulusal mahkemelerin uygulaması, Avrupa Sözleşmesi⁸² Madde VI (2) tarafından da desteklenmektedir. Mahkemeler ayrıca, kendi ülkelerinin iç hukuklarına göre uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözümlenemeyecek durumdaysa, tahkim sözleşmesinin tanınmasını reddedebilir. Madde V New York Sözleşmesi gibi, Avrupa Sözleşmesi Madde VI (2) de tahkime elverişlilik konusuna uygulanacak hukuk ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğini düzenleyen hukuk arasında açık bir ayırım yapmaktadır. İkincisi, öncelikle tarafların seçimine sunulurken ve tahkim yeri hukuku seçiminin olmaması durumunda, her ulusal mahkeme bir uyuşmazlığın tahkime

⁸⁰ New York Convention

⁸¹ **Lew/ Mistelis/Kröll**, *Comparative International Commercial Arbitration*, 18 Temmuz 1987, XVII YBCA 534 (1992); the decision was later reversed since it considered disputes relating to EC competition law not to be arbitrable (AB rekabet hukuku ile ilgili ihtilafların tahkime elverişli olmadığını düşündüğü için karar daha sonra bozulmuştur.), bkz. Corte di Appello Bologna, 21 Aralık 1991, XVIII YBCA 422

⁸² European Convention

elverişliliğini kendi hukukuna göre belirler⁸³. Bu ayrım ve tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin genel geçerliliğine ilişkin bir husus olduğu algısı, uyuşmazlığın, ihtilafın hem tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka hem de karar veren mahkemenin hukukuna göre tahkime elverişli olması gerektiği görüşünü doğurmuştur⁸⁴.

Ancak, ilgili hükmün bu şekilde yorumlanması gereksiz yere kısıtlayıcıdır ve tahkime yönelik genel eğilimle bağdaşmamaktadır. Tahkime elverişlilik, genellikle tahkim anlaşmasının geçerliliği için bir gereklilik olarak görülse de, esas olarak bir yetki sorunudur. Bu nedenle, daha iyi olan görüş, mahkeme işlemlerinde tahkime elverişlilik sorununa uygulanacak hukukun münhasıran davayı belirleyen ulusal mahkemenin hukuku hükümlerine tabi olması gerektiğidir⁸⁵. New York Sözleşmesi Madde V(2)(a)'nın tahkim anlaşmasının hüküm öncesi aşamada tenfizi söz konusu olduğunda bu şekilde yorumlanması gerekir⁸⁶. Her ülke hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kendisi belirler.

3.2 ULUSAL (İÇ-MİLLİ) TAHKİM KANUNLARI IŞIĞINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK DOKTRİNİ

Farklı ulusal tahkim kuralları, tahkime elverişlilik sorununu hangi kanunun yöneteceğini düzenlemez. Bunun yerine, hangi anlaşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu doğrudan belirlerler. Common law ülkelerinde bu yaklaşım geleneksel olarak içtihatla bulunabilir;

⁸³ **Arfazadeh**, Homayoon: *Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited*, Volume 17, Issue 1, 1 March 2001 17 *Arb Int* 73 (2001) s. 80.

⁸⁴ Bu görüş için bkz: **Bertheau**, Theodor Richard: *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche* (Wintherthur 1965) 38 *et seq*; **von Hülsen**, Hans-Viggo : *Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen* (Schweitzer 1973) 135 *et seq*; **Sandrock**, Otto: *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung*, Vol 2 (Verlag Recht und Wirtschaft 1980) para 210; ayrıca bakınız. Article 44 of the draft Japanese Arbitration law no.138 according to which the arbitration agreement is only valid if it fulfils the requirements of both, the law of Japan and the law applicable to the arbitration agreement. <https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>

⁸⁵ **Reithmann**, C. / **Martiny**, D. (2021). *Internationales Vertragsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt., para 2380; ayrıca bkz. **Arfazadeh**, *Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited*, 76 *et seq*.

⁸⁶ Due to the fact that in the enforcement-situation for which the provision is drafted the law referred to is that of the place of enforcement it is sometimes seen as a referral to the law of the place of enforcement. “Bu hükmün düzenlendiği uygulama durumunda uygulanacak hukuk, uygulama yerinin kanunu olduğundan dolayı bazen uygulanacak hukuk yerinin kanununa bir atıf olarak görülebilir.” ; bkz: **Hanotiau**, Bernard: *The Law Applicable to Arbitrability*, van den Berg (ed), *ICCA Congress series no 9*, 146, 163.

çeşitli civil law ülkeleri, tahkime elverişlilik için geçerli olan hukuku yasalaştırmaya çalışmıştır. Burada öncelikle Civil Law ve Common Law ülkeleri için ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

Genellikle *Civil Law* hukuk sisteminin benimsendiği ve kıta avrupası ülkelerine hakim tahkime elverişlilik daha dar bir perspektifte ele alınmaktadır ve daha sınırlayıcı hükümler bulundurulur. Bu çerçevede, civil law sistemleri tarafından benimsenen temel bir prensip, tahkime elverişlilik hususunda tarafların serbestçe tasarruf edebileceği hakları içeren konularla sınırlamaktır. Bu nedenle, tasarruf edilemeyen yani kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları içeren uyuşmazlıklarda, civil law benimseyen sistemlerinde genellikle tahkime tabi tutulmaz. Örneğin, ceza hukuku veya aile hukuku gibi alanlarda ortaya çıkan ihtilaflar, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların korunması gerekliliği nedeniyle civil law sistemlerinde tahkim için uygun bir konu olarak görülmez. Örneğin, Fransa'da, arbitralite yani tahkime elverişlilik genellikle tarafların tasarruf edebileceği haklarla sınırlıdır. Ceza hukuku veya aile hukuku gibi alanlardaki ihtilafların tahkime tabi tutulması nadirdir. Bu tür ihtilafların genellikle kamu düzenine aykırı olduğu düşünülerek tahkim yoluyla çözümü kısıtlanabilir.

Common Law sistemleri, tahkime elverişlilik konusunda daha geniş bir perspektifi benimser. Bu sistemlerde, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkesi öne çıkar. Bu nedenle, taraflar geniş bir yelpazede ihtilafları tahkim yoluyla çözebilirler. Ticari anlaşmazlıklar ve fikri mülkiyet hakları gibi karmaşık konular, common law sistemlerinde tahkim için uygun kabul edilebilir. Örneğin, İngiltere'de, tarafların tahkim anlaşmalarına olan güçlü bağlılığı vurgulanır ve mahkemeler, kamu yararı kaygılarına rağmen tahkim anlaşmalarını uygulamak için istekli olabilirler. Özellikle, ticari sektördeki karmaşık anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine daha fazla esneklik sağlanabilmektedir.

Uygulanacak hukuk bakımından, civil law ülkelerinde, tahkime elverişlilik genellikle ulusal (iç, milli hukuk) tahkim kanunları tarafından düzenlenir. Bu kanunlar, tahkime tabi olmayacak ihtilafların türlerini veya tahkime elverişlilik koşullarını belirleyebilir. Civil law ülkelerinde, mahkemeler genellikle kanun hükümlere veya kamu yararı kaygılarına dayanarak bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının değerlendirmesinde daha etkin bir rol oynayabilirler.

Common law ülkelerinde, tahkime elverişlilik genellikle tarafların tahkim anlaşmasına olan bağlılığı ve irade serbestisi ilkesine dayanır. Uygulamada tarafların tahkim hükümlerine daha hoşgörülü bir yaklaşım benimsenir ve kamu yararı kaygılarına aykırı olmadığı sürece tahkim anlaşmalarını uygulama eğilimi bulunur.

Sonuç olarak, civil law ve common law sistemleri, tahkime elverişlilik yaklaşımlarında önemli farklılıklara sahiptir. Civil law daha sınırlayıcı bir yaklaşım benimserken, common law, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğüne daha fazla vurgu yaparlar.

Civil Law ülkelerinde iki farklı yaklaşım ayırt edilebilir. **İlk yaklaşım** tamamen kendine yeterli maddi hukuk (substantive) kuralına dayanır. Örneğin (Switzerland) İsveç Private International Law Madde⁸⁷ 177 şunu sağlar:

- a. Malvarlığını ilgilendiren herhangi bir ihtilaf tahkim konusu olabilir.
- b. Tahkim sözleşmesinin taraflarından biri, bir devlet veya onun elinde tuttuğu bir teşebbüs veya onun tarafından kontrol edilen bir kuruluş ise, tahkime taraf olma ehliyetine itiraz etmek için kendi hukukuna dayanamaz(güvenemez). Tahkim sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliği konusunda kendi hukukuna da dayanamaz⁸⁸.

(Art. 177

- a. Any claim involving a financial interest may be the subject-matter of an arbitration.
- b. Where a party to the arbitration agreement is a State, or an enterprise held by, or an organisation controlled by, a State, it may not invoke its own law in order to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be a party to an arbitration.)⁸⁹

⁸⁷ Swiss PIL (Private International Law) Article 177 deals with the recognition and enforcement of foreign judgments in Switzerland., “arbitrability”, “schiedsfähigkeit”.

⁸⁸ Bknz. Germany, ZPO section 1030(1). This is a change from the previous German law which was based on the first approach, ilk yaklaşımı benimseyen Alman Hukukunda değişiklik.

⁸⁹ II. Schiedsfähigkeit , Art. 177 ¹Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein. ²Ist eine Partei ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine staatlich kontrollierte Organisation, so kann sie nicht unter Berufung auf ihr eigenes Recht ihre Parteifähigkeit im Schiedsverfahren oder die Schiedsfähigkeit einer Streitsache

Bu yaklaşım, ülkenin kanun koyucusu tarafından tanımlanan geniş bir tahkime elverişlilik kavramına dayanmaktadır. Karmaşık kanunlar ihtilafı soruları, bu kavrama verilen geniş kavram anlamında, yalnızca hiçbir ekonomik çıkar içermeyen birkaç iddia için ortaya çıkabilir⁹⁰.

İsviçre tahkime elverişlilik doktriniyle ilgili daha fazla bilgi vermek yerinde olacaktır. İsviçre'de tahkime elverişlilik, İsviçre Özel Uluslararası Hukuk Federal Kanunu'nun (PILA) 177. maddesi tarafından kaleme alınmış, tahkim çerçevesini belirleyen bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenleme, anlaşmazlıkların tahkime elverişliliğinin sınırları çizmektedir ve İsviçre'nin tahkim dostu(pro-arbitration) duruşunu yansıtır. Tahkime elverişlilik temel prensibi, malvarlığıyla ilgili her türlü talebi⁹¹ içeren anlaşmazlıkların tahkimle çözülmesine izin verilirken kamu yararı düşüncelerine uygunluğunun sağlanmasıdır⁹².

PILA'nın 177. maddesi, İsviçre'de tahkimle çözülebilecek anlaşmazlık kategorilerini sıralar niteliktedir. Mülkiyet Hakları (property rights) ve Sözleşmeler tahkime elverişlidir. Bu kapsam, mülkiyet hakları yani malvarlığına ilişkin haklar ve sözleşmeli konulara uzanmaktadır, ticari anlaşmazlıkların geniş bir yelpazesini kapsar. Uluslararası ticaret anlaşmazlıkları ve çeşitli işlemlerinden kaynaklanan ihtilaflar bu kapsam içindedir. Haksız Fiil (Torts) de tahkime elverişlidir. İhmal, iftira ve sivil sorumlulukların (negligence, defamation, and civil liabilities) diğer biçimleri gibi durumlar bu hükmün altında tahkime elverişli olarak kabul edilebilir. Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklar doğası gereği yine tahkime elverişli kabul edilmektedir. İsviçre tahkim hukukunun esnekliği, şirket uyuşmazlıklarına da uygulanır. Hissedar anlaşmaları, ortak girişimler ve pay sahipleri veya ortaklar arasındaki ihtilaflar tahkim yoluyla çözülebilir. Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları da tahkime elverişli kabul edilmektedir. Tahkim, patent, telif hakkı ve ticari marka

in Frage stellen, die Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist. ,Fransızca için(en français): https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr#art_177

⁹⁰ Karar için bkz: Swiss Tribunal Fédéral, 23 June 1992, *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v M and arbitration tribunal*, XX YBCA 766 (1995) para 4; (French Original ATF/BGE 118 (1992) II 353, 356).

⁹¹ **Deren Yıldırım**-Tahkime Elverişlilik s. 15

⁹² İsviçre Özel Uluslararası Hukuk Federal Kanunu (PILA), Madde 177.

anlaşmazlıkları gibi fikri mülkiyet çatışmalarına da uygulanır. Rekabet Hukuku (IP) Konuları ise belirli koşullarda, özellikle kartel önleyici yatay rekabet anlaşmaları tek el ihlallerinden kaynaklanan tazminat talepleri gibi rekabet hukuku anlaşmazlıkları tahkim yoluna tabi tutulabilmektedir ve tahkime elverişli kabul edilmektedir. İsviçre doktrinine damga vuran ve iş sözleşmelerinin çoğunlukla tahkime elverişli olduğunu belirtmenin yanı sıra PILA m.177'nin de tahkime elverişliliğini de özel olarak düzenlediğine vurgu yapan karar da içtihatla göze çarpmaktadır⁹³.

Boşanma, çocuk velayeti ve nafaka gibi kişiler ve aile hukuku konularını kapsayan uyuşmazlıklar için tahkime gidilemez. Kamu yararı hususundan dolayı, ceza hukuku suçlarına ilişkin ihtilaflar tahkime elverişsiz kabul edilir.

Burada üzerinde durulması gereken husus Türk Hukukunda malvarlığına ilişkin konuların tahkime elverişsiz olmasıdır. İncelendiğinde, Türk Hukukunda HUMK geleneği sürdürülmektedir. Ayni haklara ilişkin haklar tahkime hala elverişli durumda değildir. Aslında İsviçre Medeni Kanunu model alan Türk Hukukunun, bu hususa hala değinmemesi düşündürücüdür. Malvarlığına ilişkin haklar, UNCITRAL Model Kanun da tahkime elverişli olarak kaleme alınmıştır. Türk Hukukunda birçok hukuk alanında tahkime elverişli konuların artması yanında henüz ayni hakların tahkime elverişli olmamasının nedeni de açıklanmamıştır. Örnek olarak deniz ticaretinde bir geminin tahkime konu olabilmesi mümkünken, bir taşınmaza ilişkin hakkın hala tahkime elverişli olmamasının nedeni doktrinde yer bulmuş değildir.

İkinci yaklaşım, genellikle tarafların uyuşmazlıktaki hakları üzerinde tasarrufta bulunma veya uzlaşmaya varma yetkisine dayanır. Bu, bir kanunlar ihtilafı analizi gerektirir. Bu yaklaşımın bir örneği, Belçika Judicial Code (Code Judiciaire) 1676 Maddesidir:

⁹³Radomir Antic v. Football Association of Serbia (FAS), 4A_654/2011 Judgment of May 23, 2012 First Civil Law Court of Switzerland, Kararın orijinali Almanca'dır: <https://www.bger.ch/de/index.htm> , Karar İngilizcesi(in english): <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-radomir-antic-v-football-association-of-serbia-fas-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-654-2011-wednesday-23rd-may-2012> & Karar Özeti için: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-521-2372?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-521-2372?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

- a. Belirli bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek ve uzlaşmaya izin verilen herhangi bir uyuşmazlık, tahkim sözleşmesinin konusu olabilir⁹⁴.

(Article 1676 –

- b. 1° Any dispute already existing or that may arise from a given legal situation, and which can be the object of a settlement, may by agreement be submitted to arbitration....)⁹⁵

Belçika tahkim dostu ortamıyla tanınan bir ülke olup, tahkime elverişlilik konusunda nüanslı bir yaklaşım sergiler ve bu yaklaşımı özellikle Belçika Medeni Usul Kanunu'na dayandırır.

Ticari ve Sözleşmesel ihtilaflarda, Belçika'nın tahkim düzeni, geniş bir tahkime elverişlilik yelpazesini kapsar. Ticari ve sözleşmesel anlaşmazlıklar, tahkimin simgesi olan meselelerdir ve genellikle tahkim yoluyla çözüme kavuşurlar. Belçika Yüksek Mahkemesi 7 Nisan 2023'te verdiği bir kararla özel distribütörlük anlaşmalarını da tahkime elverişli olarak kabul etmiştir⁹⁶. Bu kararın önemi karşımıza yasal korumanın önemi ve uluslar arası ticarete tahkimin yerinin farkındalığı açısından fayda sağlamaktadır⁹⁷. Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları, karmaşık hukuki doğalarıyla Belçika'da tahkime elverişli olarak kabul edilir. Belçika'nın tahkim dostu tutumu, ticaret ve şirketler hukuku uyuşmazlıklarına da uzanır. Belçika'nın tahkime elverişlilik kapsamı, haksız fiil ve sözleşmesiz (Non-Contractual) talepleri de içermektedir.

Belçika, geniş bir tahkime elverişlilik yelpazesi sunsa da, kamu yararı düşüncelerine dayalı olarak belirli kategoriler tahkime elverişsiz olarak kabul edilir. Özellikle ceza hukuku, aile

⁹⁴ Ayrıca bakınız: Hollanda-Netherlands, CCP Article 1020(3).

⁹⁵ *Code Judiciaire § 1er. Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage*

⁹⁶ Thibelo v. Stölzle-Oberglas Gmbh, Karar Orjinali: <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230407.1N.6/NL>

⁹⁷ Karar Özeti ve fikirler için: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c75b09d-2324-40d0-84d1-d5aa092cfc7#:~:text=Article%201676%2C%20%20%20A71%20of,be%20the%20subject%20of%20arbitration%E2%80%9D>.

hukuku konuları ve kamu yararının gözetildiği hususlar bu kapsama girer. "Ordre public"⁹⁸ın temel alındığı bu sınırlamaları belirler.

Belçika'nın tahkim düzeni, irade serbestisi ile kamu yararı endişeleri arasında denge sağlar. Bir dizi örnek davayla desteklenen ilerici yaklaşımı, Belçika'yı tahkim için uygun bir hedef olarak konumlandırır. Hem tahkim anlaşmalarının korunmasının hem de toplumsal çıkarların güvence altına alınmasının önemini tanıma, Belçika'yı çağdaş hukuki paradokslarda tahkime elverişliliği uyumlu bir şekilde dengeleme örneği olarak konumlandırır.

Bu yaklaşımın diğer örnekleri, birinci yaklaşımın bazı yönleriyle birlikte, Fransız ve İtalyan tahkim kanunlarında bulunabilir. Bunlar, tarafların anlaşmazlığı çözme hakkına sahip olmasını gerektirir, ancak aynı zamanda belirli ihtilafların tahkime elverişliliğini açıkça dışlar.

İtalyan Medeni Usul Kanunu Madde 806:

Taraflar, 409. ve 442. maddelerde öngörülenler, kişilik ve ayrılık meseleleri ile uzlaşma konusu olamayacak olanlar hariç olmak üzere, aralarında çıkan uyuşmazlıkları hakem tayin edebilirler⁹⁹.

(Article 806 Italian Code of Civil Procedure I-CCP-

The parties may have arbitrators settle the disputes arising between them, excepting those provided for in Arts. 409 [individual labour disputes] and 442 [social security and obligatory medical aid], those regarding issues of personal status and marital separation and those others that cannot be the subject of a compromise.)

⁹⁸ "Ordre public" ilkesi, Latince kökenli "publicus" kelimesinden türetilmiş olup dünya genelinde hukuk sistemlerinde temel bir ilkeyi kapsar. Temel amacı kamu düzenini, toplumsal uyumu ve belirli bir topluluğun refahı için hayati önem taşıyan temel değerleri korumaktır. Kökeni fransızcadır ve Türkçe karşılığı kamu yararı-düzeni'dir.

⁹⁹ According to Article 1966 Civil Code the parties can compromise when they have the capacity to dispose of the rights. For an application of these provisions and the relevance of mandatory provisions in this context see Chamber of National and International Arbitration of Milan, Final award, 23 September 1997, XXIII YBCA 93 (1998).

(Art.806.

Controversie arbitrabili

Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.)

İtalya'da davalara ilişkin tahkim yetkisi düzenlemeleri esas olarak İtalyan Medeni Usul Kanunu'nun (CCP) 806. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, tahkim yetkisinin sınırlarını belirlemede temel bir unsur olarak işlev görür ve tahkim yoluyla çözülebilecek dava türlerini tanımlar. Bu hüküm, İtalya'da bir anlaşmazlığın tahkime tabi olmasını belirleyen temel kriterleri ortaya koymaktadır.

Madde, "hukuka göre üzerinde tasarruf edilemeyen-sulh edilemeyen- haklara ilişkin uyuşmazlık" ifadesine yer verir. Bu, kanunen devredilemeyen veya feragat edilemeyen hakları içerir. Bu tür haklar genellikle ceza davalarına, belirli aile hukuku konularına ve kamu düzenine yöneliktir. Evlilik, boşanma vb. gibi kişisel statü ile ilgili uyuşmazlıklar, genellikle hassas doğaları ve kişiye sıkı sıkı olması nedeniyle tahkime tabi tutulamazlar. Münhasır Yargı Yetkisi¹⁰⁰, hüküm, mahkemelerin münhasır yargı alanına giren uyuşmazlıkları tahkimden dışlar. Bu, anayasal haklar veya kamu yararı olan konuları içerebilir¹⁰¹.

İtalya'daki tahkime elverişlilik kavramı zaman içinde evrim geçirmiştir. İtalyan hukuk sistemi geleneksel olarak kamu düzeni endişelerini içeren alanlarda tahkimi sınırlamıştır. Ancak uluslararası ticaretin büyümesi ve tahkimin etkili bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak teşvik edilmesiyle, İtalyan yasama organı ve mahkemeler, tahkim konusunda daha liberal bir yaklaşım benimsemiştir.

İtalyan yargısı, Madde 806 CCP'nin yorumlanması ve uygulanmasını şekillendirmede önemli bir rol oynamıştır. Özellikle Cassazione Civile, Sez. Un., Sent. 3886/2015¹⁰² gibi

¹⁰⁰ **Exclusive Jurisdiction**

¹⁰¹ İtalyan Medeni Usul Kanunu, Madde 806.

¹⁰² Karar: <https://www.altalex.com/documents/news/2015/03/03/cassazione-civile-sez-vi-t-ordinanza-25-02-2015-n-3886>

dikkate değer davalarda, irade serbestisi prensibinin tahkimde korunmasının önemini vurgulanmıştır. Yüksek Mahkeme, kesin-emredici- hukuk kuralları veya kamu düzeni endişelerine aykırılığı içermeyen ticari konulara ilişkin anlaşmazlıkların tahkim yetkisine tabi olabileceğini teyit etmiştir¹⁰³.

İtalyan hukuk içtihatı ve hukuk uygulayıcıları, Madde 806 CCP'nin yorumlanması konusunda çeşitli bakış açıları sunmuşlardır. Bazıları, mahkemelerin yükünü hafifletmek amacıyla tahkimin teşvik edilmesini savunarak tahkim yetkisinin daha geniş yorumlanmasını önerirler. Diğerleri ise belirli temel hakların mahkemelerin yetkisi dışında kalmasını sağlamak için tahkimin kötüye kullanımına karşı güvencelerin korunması gerektiğini vurgularlar.

İtalyan Medeni Usul Kanunu'nun 806. maddesi, tahkim çerçevesi içinde taraf iradesi ile temel hakların korunması arasındaki hassas dengeyi özetleyen bir madde olarak karşımıza çıkar. İlgili içtihat ve akademik tartışmalar yoluyla yansıtılan İtalyan tahkim hukukunun evrimi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve kamu düzeni endişeleri tarafından belirlenen sınırların tanınmasını yine de sağlayarak tahkim yetkisi konusunda daha kapsayıcı bir yaklaşımın benimsendiğini yansıtmaktadır. Günümüzde, uluslararası ticaret, tahkim talebini sürdürdükçe, İtalya'nın tahkim çerçevesi alternatif uyuşmazlık çözümünün gelişen manzarası içinde adapte olmaya ve gelişmeye hazır bir durumda bulunmaktadır.

Benzer şekilde, Fransız Medeni Kanunu:

Madde 2059

Herhangi bir kişi, hakları tam olarak elinde bulundurması halinde tahkime başvurabilir.

Madde 2060

Bir kişinin medeni durumuna veya ehliyetine ilişkin meseleler, boşanma veya yasal ayrılığa ilişkin meseleler veya kamu kolektifleri ve kamu kuruluşuna ilişkin ihtilaflar ve genel olarak kamu düzenini ilgilendiren tüm meseleler tahkime götürülemez.

¹⁰³ Cassazione Civile, Sez. Un., Sent. 3886/2015.

(Art. 2059

All persons may make arbitration agreements relating to rights of which they have the free disposal.

Art. 2060

One may not enter into arbitration agreements in matters of status and capacity of the persons, in those relating to divorce and judicial separation or on controversies concerning public bodies and institutions and more generally in all matters in which public policy is concerned.

However, categories of public institutions of an industrial or commercial character may be authorized by decree to enter into arbitration agreements.¹⁰⁴⁾

Tahkime elverişlilik sorunu daha önce de üzerinde durulduğu üzere, belirli bir uyuşmazlığın tahkime götürülüp götürlemeyeceğine ilişkin bir konudur ve tahkim süreçlerinin etkililiğini sağlamak bakımından önemlidir. Fransa'da bu sorunun çözümü Fransız Medeni Kanunu'nun 2059 ve 2060. maddeleri tarafından belirlenir.

Fransız Medeni Kanunu'nun 2059. maddesi, " tarafların özgürce tasarruf edebilecekleri haklara ilişkin uyuşmazlıkların yalnızca bir tahkim anlaşmasının konusu olabileceğini" belirterek temel bir ilkeyi ortaya koymaktadır. Bu hüküm, tarafların serbestçe tasarruf edebildikleri hakları kapsayan meselelerde tahkim yolunu seçme serbestisini vurgular. Medeni Kanun, tahkime elverişli uyuşmazlıkların kapsamlı bir listesini sunmamaktadır, bu da tahkime elverişliliğin tespiti ne nispeten esnek bir yaklaşım sunmaktadır.

¹⁰⁴ Code Civil Titre XVI: De la convention d'arbitrage

Article 2059: Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.
Article 2060: On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118171/

Yine de, Fransız Medeni Kanunu'nun 2060. maddesi, tarafların açık bir "niyet" ifadesi ki bu irade serbestisi anlamındadır, ortaya koymalarına rağmen, tahkim dışı bırakılan belirli uyuşmazlık kategorilerini sıralar. Bu kategoriler, kişisel statü (kişiler hukuku alanı) , kişi ehliyeti, kamu düzenine ilişkin meseleler ve aile hukukuyla ilgili uyuşmazlıkları içerir. 2060. madde, kamu yararını koruma ve tarafların bu alanlardan kaçınmasını engelleme amacı taşır. Ayrıca maddenin yorumundan anlaşılacağı üzere açık bir kamu düzenine karşı olan uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu görülmektedir. Fakat, Fransız içtihatı anlaşmazlığın esasına göre kademeli olarak, maddenin de özünden ayrılarak¹⁰⁵, tahkim yoluna izin veren uygulamalarla günümüzde göze çarpmaktadır.

Fransa, Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi'ne taraf olarak, ulusal sınırlar ötesinde tahkim kararlarının uygulanabilirliğini vurgulayan bir hukuk anlayışına sahiptir. Fransız hukukunun uluslararası tahkim standartlarıyla uyumu, Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 1442. maddesinde yer alan irade serbestisi¹⁰⁶ ilkesiyle vurgulanır. Bu ilke, taraflara, 2059 ve 2060. maddelerde belirtilen kısıtlamalara tabi olarak uluslararası ihtilafları çözmek için tahkim seçeneği sunan bir maddedir.

Fransız hukuku kapsamında tahkime elverişlilik sorunu, Fransız Medeni Kanunu'nun 2059 ve 2060. maddeleri tarafından belirlendiği üzere, irade serbestisi ile kamu yararının korunması arasındaki dengeyi vurgular. Tahkim mekanizmasını etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimserken, Fransa, belirli kamu politikası ve kişisel hakları içeren ihtilafların yargı sistemi kapsamında kalmasını sağlamaktadır. Fransız hukukunun uluslararası tahkim standartlarıyla uyumu, ülkenin denge ve etkin bir tahkim çerçevesine olan taahhüdünü daha da pekiştirdiği göze çarpmaktadır.

¹⁰⁵ Cass. Com., 29 November 1950, Tissot, D, 1951, p. 170 (“nullity of a submission agreement does not follow from the fact that the dispute involves matters of public policy, but only if the public policy has been infringed”). Ayrıca baknz: <https://www.ibanet.org/when-arbitration-and-compliance-meet-up>

¹⁰⁶ Code Civil article 1442 (1)Il ne peut y avoir lieu à la continuation de la communauté, malgré toutes conventions contraires. (2)Les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander, s'il y a lieu, que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer.

Tarafların belirli bir yasal ilişkiyi çözüp çözemeyeceğini belirlemenin iki yolu vardır. Biri, tahkim yerinin maddi hukukuna atıfta bulunmaktır¹⁰⁷. Uygulamada bu soru genellikle tahkim merkezinin kanunlarının ilgili hukuki ilişki için geçerli olan kanunla çelişmesi durumunda gerekli olmaktadır¹⁰⁸. Gerekli kanunlar ihtilafı analizi sonucu, tahkime elverişlilik sorununun farklı bir kanunla belirlenecek olması söz konusu olabilmektedir. Ancak bazı sınai ve ticari kamu kuruluşlarına tahkim sözleşmesi yapma yetkisi kararname (md.2060) ile verilebilir¹⁰⁹.

1989 tarihli Japon tahkim yasası taslağı tamamen farklı bir yaklaşım öngörmüştür. Daha katı bir ikili keyfilik hükmünü desteklemektedir; *Bir tahkim anlaşması, yalnızca hem tahkim anlaşmasının tabi olduğu kanun hem de Japonya kanunları kapsamında tahkime elverişli olan konularla ilgili olduğunda geçerlidir.*

Bir hakem heyetinin uyuşmazlığa yönelik tahkime elverişliliğini belirlemesi gerektiğinde ek sorunlar ortaya çıkmaktadır. Madde V New York Sözleşmesi ve Madde VI Avrupa Sözleşmesi (European Convention) hakem heyetine değil, öncelikle mahkemelere yönelik maddelerdir. Bu sözleşmelerin ve ulusal yasaların uluslararası bir tahkim heyetini ne ölçüde bağladığı ise belirsizliğini korumaktadır.

Sonuç olarak, hakem heyetinin tahkime elverişlilik konusuna ilişkin uygulamaları önemli ölçüde değişkenlik göstermektedir. Tahkim uygulamasında ve uygulanacak hukuka ilişkin uluslar arası hukuk camiasında bulunan bilimsel yazılarda sekiz farklı yaklaşım önerilmiştir¹¹⁰:

¹⁰⁷ Bu yaklaşım için bkz: ICC case no 4604, X YBCA 973 (1985) 975- “ICC dava numarası: 2476, 104 Clunet 936 (1977) 937; ICC dava numarası: 4604, X YBCA 973 (1985) 975”, Fransızca orijinali için in Jarvin Derains Arnaldez, *ICC Awards 1986-1990*, 545 *et seq*; ayrıca bkz: Corte di Appello, Genoa, 7 May 1994, *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq*, XXI YBCA 594 (1996). The case relates to embargo legislation and arbitrability and the Italian court applied *lex fori* to determine the arbitrability question. “Daha önce de bahsedilen case amborgo-tahkime elverişlilik arası ve *lex fori* sorunlarını ele alıyor”

¹⁰⁸ For those problems in connection with intellectual property rights see(Fikri ve Sınai Haklarla ilişkili problemler için bkz) **Blessing**, Marc: *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, 12 *Arb Int* 191 (1996).

¹⁰⁹ Bkz. Japonya, Code of Civil Procedure 1890, Article 786.

¹¹⁰ **Lew/ Mistelis/Kröll**, s.196

- a. Taraflardan birinin veya her iki tarafın millî, ulusal, iç hukuku.
- b. Söz konusu sözleşmeye uygulanacak hukuk (lex cause).
- c. Hakem heyetinin bulunduğu yerdeki hukuk (lex loci arbitri).
- d. Bir tahkim hükmünün bulunmaması halinde, olağan mahkemelerinin ihtilafı halletmeye yetkili olacağı ülkenin hukuku.
- e. Kararın tenfizinin istenmesinin en muhtemel olduğu ülkenin hukuku.
- f. Tahkim şartının (veya tahkim sözleşmesinin) tabi olduğu hukuk.
- g. Yukarıdaki 1 ve 6. seçenekler altında tasavvur edilebilecek kanunların, hukukların bir kombinasyonu.
- h. Hukukun ortak ve temel ilkeleri (common and fundamental principles of law), dolayısıyla ulusal olmayan bir yaklaşımın uygulanması¹¹¹.

Bununla birlikte, çoğu durumda hakem heyeti, uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini tahkim yerinin hükümlerine dayanarak belirler¹¹². Bununla birlikte, bazı durumlarda hakemler, uyuşmazlıkların olası tüm uygulanabilir kanunlara göre tahkime elverişli olduğu durumlarda kesin bir karar vermekten de kaçınmışlardır¹¹³.

Belirli bir hukuk düzeninin organları olmadıkları için hakem heyetinin tahkime elverişliliği gerçekten uluslararası bir kamu yararı-düzeni- temelinde belirlenmesi gerektiğini savunan

¹¹¹ Bknz **Blessing**, s. 192

¹¹² Bknz., ICC case no 6162, *Consultant v Egyptian Local Authority*, XVII YBCA 153 (1992); ICC case no 4604, X YBCA 973 (1985) 975; Partial Award ICC case no 8420, XXV YBCA 328 (2000), 330 *et seq.* In favour of such an approach see also "bu yaklaşımı destekleyen bakış için" ICC case no 6149 XX YBCA 41(1995) 144.

¹¹³ ICC case no 6719, **Arnaldez, J. J., Derains, Y., & Hascher, D.** : *Collection of ICC Arbitral Awards (Vols. 1991-1995)*. The Netherlands: Kluwer Law International, s. 567-568; ICC case no 6149 **Arnaldez/Derains/Hascher**, s. 315-318; for the tendency of ICC tribunals to ascertain the arbitrability of a dispute according to all laws concerned, "ICC mahkemelerinin, bir ihtilafın tahkime elverişlilikle ilgili tüm kanunlara göre belirleme eğilimi" bknz **Schwartz**, Eric A. "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The view from the ICC", *ICSID Rev-FILJ* 17 (1994) 27.

alternatif bir görüş daha bulunmaktadır¹¹⁴. Bu görüş fikren ikna edici olmakla birlikte, tahkim yeri hukukunun “gerçekten uluslararası kamu düzeni”nden daha dar bir tahkime elverişlilik kavramı içerdiği durumlarda istenmeyen pratik sonuçlara yol açabilmektedir. Bu gibi durumlarda, tahkim yeri mahkemelerinden gerekli önlemleri alınamayabilir ve karara itiraz edilebilir.

Uygulanabilirliği sağlamak için hakem heyeti genellikle tahkime elverişliliği tahkim yerinin hukukuna özel atıfta bulunarak belirlemelidir. Bir uyuşmazlık söz konusu kanunda yer alan ilgili kurallara göre tahkime elverişli değilse, karar o ülkedeki prosedürlerin iptaline açık olacaktır ve bu husus ayrıca kararın başka bir ülkede uygulanmasını da engelleyebilmektedir. Bu, kamu düzenine ilişkin hükümler¹¹⁵ ve belirli ihtilafların tahkime elverişli olmadığını iddia eden tüm kurallar için geçerlidir.

Tahkime elverişli olmama hususu, UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) Madde 34(2)'de ve diğer birçok kanunda kamu düzeninin yanı sıra ayrı bir iptal sebebi olarak sayılmıştır¹¹⁶. Her ne kadar tartışmalı olsa da, “tahkime elverişlilik” kamu düzeninin bir ilüstrasyonu olarak kabul edilebilir¹¹⁷.

Bazı yazarlar, tahkim heyetinin ek olarak tahkime elverişliliği tanıyan ve tenfiz eden(uygulayan) devletin hukukuna göre değerlendirmesi gerektiğini de savunmaktadır¹¹⁸.

¹¹⁴ **Fouchard, P., & Goldman, B.:** *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International BV 1999, s.599

¹¹⁵ Karşılaştırmalı görüş için bkz: **Arfazadeh**, s. 79; **Hanotiau**, s. 146- 158, wants to limit the applicability of the law of the place of arbitration to those cases involving public policy. “tahkim yeri hukukunun uygulanabilirliğini kamu düzenini ilgilendiren davalara sınırlamak istemektedir.”

¹¹⁶ Örnek olarak: Germany, ZPO section 1059(2) no 2a; Hungary, Arbitration Law section 54; India, Arbitration Ordinance 1996 section 34.

¹¹⁷ Bknz, W. L., **Park, W. W., & Paulsson, J.** (1990). *International chamber of commerce arbitration* (Vol. 3). New York: Oceana Publications s.5-7 with reference to a number of court decisions where rules restraining arbitrability in the domestic context were considered to be not applicable to international cases. “Yerel bağlamda-iç hukukta- tahkime elverişliliği kısıtlayan kuralların uluslararası davalar için geçerli olmadığı kabul edilen bir dizi mahkeme kararı için”

¹¹⁸ **Fouchard/ Goldman**, s. 559; ayrıca bkz: ICC Rules Article 35; for a detailed discussion of whether an arbitration tribunal having its seat in Geneva should take into account the provisions of the *lex causae*, see “Merkezi Cenevre’de olan bir tahkim mahkemesinin *lex causae* hükümlerini

Bu, uyuşmazlığın uygulayan devletin hukukuna göre tahkime elverişli olmaması halinde, bir hükmün tenfizine karşı çıkılabileceği esasına dayanmaktadır¹¹⁹. Bununla birlikte, tahkim heyetleri, ihtilaf olası icra yerinin veya hatta başka bir ilgili ülkenin kanunlarına göre tahkime elverişli olmadığı için yargı yetkisini reddetme konusunda isteksiz olmuştur¹²⁰. Kararın, muhtemel icra yeri genellikle belirsizdir ve tek icra yeri de değildir. Kararların çoğuna ihtiyari olarak uyulur. Başlangıçta öngörülen ülkede yaptırımın mümkün olmayabileceği durumlarda, varlıklar farklı bir ülkede mevcut olabilir.

Bir tahkim heyetinin benimsediği yaklaşıma bakılmaksızın, uyuşmazlığın tüm yargı mercilerinin yargı yetkisine sahip olacağı fakat tahkim anlaşmasına rağmen tahkim edilebilir olmayan durumlar dışında dava açma tehdidi her zaman mevcuttur. Eğer durum böyle değilse, direnç gösteren bir taraf uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olarak kabul edildiği yargı yerinde dava sürecini başlatabilir ve bu durumda New York Sözleşmesi'nin II. Maddesi gereği yargı yetkisini reddetme yükümlülüğünden muaf olur.

dikkate alıp almaması gerektiğine ilişkin ayrıntılı bir tartışma için”Partial Award ICC case no 8420, XXV YBCA 328 (2000) 330 *et seq.*

¹¹⁹ Bknz: New York Convention, Article V(2)(a); Model Law, Article 36(1)(b)(i).

¹²⁰ Örnek için bknz: ICC case no 2476, 104 *Clunet* 936 (1977) 937

4. OBJEKTİF TAHKİME ELVERİŞLİLİK'E İLİŞKİN MADDİ HUKUK KURALLARI VE FARKLI HUKUK ALANLARINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN YANSIMASI

Her milli kanun, hangi tür uyuşmazlıkların milli (iç, ulusal) mahkemelerin münhasır alanı olduğunu ve hangilerinin tahkime götürülebileceğini kendisi belirlemektedir. Bu husus, devletin siyasi, sosyal ve ekonomik ayrıcalıklarının yanı sıra tahkime yönelik genel tutumunu yansıtan devletlerarası farklılık göstermektedir. Belirli meseleleri mahkemelerin münhasır kararına bırakmanın önemi ile etkili bir uyuşmazlık çözüm yolu aracılığıyla, ticareti teşvike yönelik daha genel kamu yararının dengelenmesini içermektedir¹²¹. Bu nedenle, uluslararası prosedüre ilişkin olanın dışında, tamamen milli bağlamda (ülkelerin iç hukukunda) ortaya çıkan davalarda verilen karar farklı olabilmektedir¹²².

Mitsubishi v Soler davasında ABD Yüksek Mahkemesi (US Supreme Court), uluslararası bir bağlamda tahkimin kapsamının ulusal bir bağlamdan daha geniş olabileceğine karar vermiştir¹²³. Dava yalnızca ABD yasalarıyla ilgili olsa da, karar şu anda hakim olan görüşü açıklamaktadır¹²⁴. Bu dava aynı zamanda ikinci bir genel eğilim olan uluslararası tahkime götürülebilecek uyuşmazlık türlerinin artması hususuna da işaret etmektedir¹²⁵. Başlangıçta tahkim genellikle doğrudan bir sözleşmeden doğan taleplerle sınırlıyken, örneğin ulusal ekonominin önemli kısımlarını kamu yararını düzenleyen kanunlara dayanan talepler giderek daha fazla tahkime elverişli hale gelmiştir. Mitsubishi v Soler davasında mahkeme,

¹²¹ For a description of the relevant issues in the balancing process in the context of arbitrability of disputes involving allegations of bribery see the decision of the English Commercial Court, 19 December 1997, "Rüşvet iddialarını içeren ihtilafların tahkime elverişliliği bağlamında dengeleme sürecindeki ilgili konuların açıklaması için bkz. İngiliz Ticaret Mahkemesi kararı" *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SPDR Ltd* [1998] 2 Lloyd's Rep 111, 129. https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=546&opac_view=6

¹²² **Lew/ Mistelis/Kröll**, s. 199

¹²³ *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc*, 473 US 614, 105 S Ct 3346, 3355 (1985).

¹²⁴ See the study undertaken by UNCITRAL in preparation for the Model Law, Secretariat Study on the New York Convention, A/CN.9/168 (20 April 1979), para 45; **Kaplan**, Neil: *A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is There a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture*, ICCA Congress series no 8, 191; Fransız hukuku yansıması için bkz: **Fouchard/ Goldman**, s. 560.

¹²⁵ Avrupadaki güncel yaklaşım için; **Kirry**, Antoine: *Arbitrability: Current Trends in Europe*, 12 *Arb Int* 373 (1996) s.374-379

American Safety Equipment Corp v J P Maguire & Co¹²⁶ davasında yerel bağlamda hâlâ tahkime elverişli olmadığı kabul edilen kartel önleyici yatay rekabet anlaşmaları (antitrust-antitröst) ihtilaflarının tahkime elverişli olduğunu ilan etmiştir.

Genel olarak uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin sınırlamalar kamu düzeninden kaynaklansa da, yalnızca birkaç kanun "kamu yararı-düzeni (public policy)" kavramına açıkça atıfta bulunur¹²⁷. Bu kavram yalnızca net bir rehberlik sağlamak için çok muğlak olmakla kalmaz, aynı zamanda çağdaş tahkim dostu ortamda, kamu yararının her kuralı, ilgili ihtilafların ulusal mahkemeleri tarafından karara bağlanmasını haklı çıkarmaz¹²⁸. Bu nedenle, altta yatan kamu yararı değerlendirmesine rağmen, tahkime elverişliliğin belirlenmesinde farklı kriterler benimsenmiştir.

Bazı ulusal, milli, iç kanunlar, "ekonomik çıkar içeren ihtilaflar"¹²⁹ veya "mülk içeren ihtilaflar" gibi çok geniş kavramlara atıfta bulunur¹³⁰. Diğer milli kanunlar, " tarafların bir anlaşmaya varma kabiliyeti" şeklindeki daha dar bir kavrama dayanmaktadır¹³¹.

1986 UNCITRAL Model Law hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna dair herhangi bir tanım içermemektedir. Tam aksine, Model Law Madde 1(5)'e göre, belirli uyuşmazlıkların tahkime götürülmesini engelleyen devletin diğer yasalarını etkilemek amaçlanmamıştır. Model Law'un uygulanmasında milli kanun koyucular hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup hangilerinin olmadığına karar vermekte tamamen özgürdür. Bu, belirli ihtilafların tahkime elverişliliğinin kanun tarafından hariç tutulduğu durumlarda açıkça yapılabilir. İstisna, ihtisas mahkemelerine¹³² veya ulusal mahkemelere münhasır yargı yetkisi verilmesinden de kaynaklanabilir¹³³.

¹²⁶ *American Safety Equipment Corp v JP Maguire & Co*, 391 F 2d 821, 826 et seq (2d Cir 1968).

¹²⁷ Fransa, NCPC Article 2060 "caractère industriel et commercial".

¹²⁸ **Kirry**, s. 374-379.

¹²⁹ Germany, ZPO section 1030(1), "jeder vermögensrechtliche Anspruch"

¹³⁰ Switzerland, PIL Article 177 "jeder vermögensrechtliche Anspruch", "nature patrimoniale", "qualsiasi pretesa patrimoniale".

¹³¹ Belgium, Judicial Code Article 1676(1).

¹³² "Münhasır yargı yetkisi" "exclusive jurisdiction" kriterinin ve diğer kriterlerin önemine ilişkin genel bir bakış için bkz. **Lazic**, Vesna: *International Arbitration Law Library: Insolvency Proceedings & Commercial Arbitration (International Arbitration Law Library Series Set)*, Kluwer Law International; 1st edition (November 18, 1998), s.146-158.

¹³³ Örnek için bkz; EC Regulation 44/2001 Article 22

Belli kategorilerdeki anlaşmazlıkların tahkimden açıkça hariç tutulması, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde sıkça rastlanan bir husus olup, Alman hukuku bu olgunun çarpıcı bir örneğini sunmaktadır. Almanya'nın hukuki çerçevesi, tarih boyunca tahkim anlaşmalarının kapsamını belirlemek ve tahkime elverişli anlaşmazlıkların sınırlarını tanımlamak için hükümler kullanmıştır.

Örneğin, artık yürürlükte olmayan Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun (BörsG) 28. maddesi böyle bir dışlayıcı hükmü örneklemektedir. Bu düzenleme, Alman menkul kıymetler borsalarındaki işlemlere ilişkin sözleşmelerdeki tahkim anlaşmalarını kapsıyordu. Özellikle tahkim anlaşmasının geçerliliği, belirli koşulların yerine getirilmesine bağlıydı. Geçerli kabul edilmek için, tahkim anlaşmasının en az bir tarafının bir kayıtlı tacir (Vollkaufmann)¹³⁴ veya Almanya dışında kurulan yabancı şirket veya iş insanı gibi niteliklere sahip olması gerekiyordu. Bu kapsamda, belirli uyuşmazlıkların tahkime açık bir şekilde dahil edilmemesi, Alman hukukunda iyi bir şekilde gösterilmektedir. Örneğin, önceki Securities Exchange Act (BörsG) section 28:

Bir Alman menkul kıymetler borsasındaki (sermaye piyasası) işlemlere ilişkin sözleşmelerdeki tahkim sözleşmeleri, yalnızca müşterinin kayıtlı bir iş adamı (Vollkaufmann) veya Almanya dışında yerleşik bir şirket veya iş adamı olması durumunda geçerlidir. Diğer özel taraflarla olan uyuşmazlıklar tahkime götürülemez¹³⁵.

Ancak, bu düzenleme sınırlayıcı bir yön taşıyordu. Yukarıdaki kriterleri karşılamayan özel taraflar arasındaki anlaşmazlıkların tahkime başvurulmasını yasaklıyordu. Temelde, kayıtlı olmayan basiretli tacir veya Almanya içinde bulunan taraflar arasında bir anlaşmazlık ortaya çıktığında, tahkim yerine geleneksel yargı süreçlerine başvurulması gerekiyordu. Yukarıda belirtilen Alman hukuki tutum, farklı bağlamlarda tahkim yetkisinin nasıl belirlendiğinin özenli bir şekilde tasviridir. Bu, tahkim ile taraf tercihlerine uygun ve belirli kategorilerdeki

¹³⁴Alman Commercial Code “Commercial Code in the revised version published in the Bundesgesetzblatt (BGBI., Federal Law Gazette)”, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html

¹³⁵ Replaced by 37h WpHG. Further examples are Germany, ZPO section 1030(2) (rent of housing), BGB section 1822(12) (Representation of a child); see also France, NCPC Article 2060; Belgium, Judicial Code section 1678(2) (exclusion of labour disputes). Jordan, Law no 35 of 1983 section 2 (disputes relating to bills of lading).

bireyler veya anlaşmazlıklar için geleneksel yargı yollarını koruma arasındaki hassas dengeyi yansıtmaktadır.

Daha geniş bir perspektifte, bu Alman örneği, hukuki sistemlerin tahkim sınırlarını önceden belirlenmiş parametrelere dayanarak nasıl çizdiğini karmaşık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu uygulama, anlaşmazlığın niteliği, taraf çıkarları ve yargı yetkisinin hukuki prensipleri ile uyumlu bir hukuki çerçeveye katkıda bulunarak, anlaşmazlık çözümünün düzenlenmesini sağlamaktadır.

Bununla birlikte, çeşitli yaklaşımlar arasındaki farklar, çoğu ülkede tahkim kapsamının kademeli olarak genişletilmesiyle birlikte azalmaktadır. Geleneksel olarak tahkime elverişlilik sorunlarının ortaya çıktığı alanlar, kartel önleyici yatay rekabet anlaşmaları (antitrust) ve rekabet, menkul kıymet işlemleri, iflas, fikri mülkiyet hakları, yasa dışılık ve dolandırıcılık, rüşvet ve yolsuzluk ve doğal kaynaklara yapılan yatırımlardır¹³⁶.

4.1 (ANTITRUST-ANTITRÖST) KARTEL ÖNLEYİCİ YATAY REKABET ANLAŞMALARI VE REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Yatay Rekabet Anlaşmaları (Antitrust) ve rekabet mevzuatı, piyasa yapısı üzerindeki etkileri dikkate alındığında, ulusal veya bölgesel ekonomi politikasının önemli konularını içermektedir. ABD, Avrupa ve diğer bazı gelişmiş ülkelerde rekabeti kısıtlayıcı, hakim duruma yol açan veya bu durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek anlaşma ve uygulamaları yasaklayan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yasakların ihlali, genellikle bir anlaşmanın veya uygulamanın hukuka aykırılığı sonucunu doğurmakta ve tazminat davalarına yol açabilmektedir¹³⁷.

Örneğin, EC Treaty'nin (Avrupa Birliği Anlaşması) 81. Maddesi, rekabeti kısıtlayan ve piyasa üzerinde etkisi olan anlaşmaların yasak olduğunu ve Madde 81(3) uyarınca muafiyet hakkı olmadıkça geçersiz olduğunu belirtmektedir. Anlaşmanın şartlarına bir grup muafiyeti uygulanmadığı sürece, bu muafiyetler yalnızca bildirim ve inceleme sonrasında Avrupa Komisyonu tarafından verilebilir. Bununla birlikte, rekabet hukuku ile ilgili diğer birçok

¹³⁶ Lew/ Mistelis/Kröll, s. 200

¹³⁷ Lew/ Mistelis/Kröll, s. 201

konunun tahkime elverişli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu, sözleşmeden doğan iddialara direnmeye çalışan bir tarafın, rekabet hukukunu ihlal ettiği iddiasıyla sözleşmenin hukuka aykırılığını ileri sürdüğü birkaç davada karara bağlanmıştır¹³⁸. Bu, ECJ tarafından *Eco Swiss v Benetton* davasında dolaylı olarak onaylanmıştır. Her ne kadar dava salt bir hükmün tenfiziyle ilgili olsa da¹³⁹, AB hukuku kapsamında rekabet çözümlerinin (competition remedies) özel olarak uygulanmasına izin verildiği kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bu hususun etraflıca üzerinde durulması gerekmektedir:

EC Anlaşması çerçevesinde (şu anda Avrupa Birliği Hükümetleri Arası Konferansı Anlaşması, TFEU) rekabet hukuku alanındaki karışık durumları ele almaktadır. Tartışmanın her yönü, Avrupa Birliği (AB) içinde faaliyet gösteren işletmeler için rekabet uygulamalarının uyumlaştırılmasına katkıda bulunarak, Avrupa Birliği alanındaki işletmeler arasında adil bir ticaret alanının oluşturulmasına katkıda bulunmaktadır.

EC Anlaşması Madde 81 (şu anki ismi TFEU Madde 101): EC Anlaşmasının 81. maddesi¹⁴¹, şu anda TFEU'nun 101. maddesi olarak kodlanmıştır, AB rekabet hukukunda kritik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabeti sınırlandıran ve AB iç pazarını etkileyen anlaşmalar, 81(3) maddesi¹⁴² kapsamındaki muafiyet kriterlerini karşılamadıkça geçersiz kabul edilir.

Muafiyetler ve Blok Muafiyeti: Muafiyet çerçevesi iki yol içerir: blok muafiyetler ve bireysel muafiyetler. Dikey anlaşmalara¹⁴³ veya araştırma ve geliştirme anlaşmalarına¹⁴⁴

¹³⁸ Italy, Corte di Appello Bologna, 21 December 1991 no 1786, *SpA Coveme v CFI – Compagnie Francaise des Isolants SA*, XVIII YBCA 422 (1993) 425 *et seq*; Switzerland, Tribunal Fédéral, 28 April 1992, *V SpA v G SA*, XVIII YBCA 143 (1993) 148; **Hanotiau**, 146, 161.

¹³⁹ ECJ, 1 June 1999, Case 126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] ECR I 3055.

¹⁴⁰ Bknz: **Idot**, Lurance: *Arbitrage et Droit Communautaire*, RDAI/IBLJ 561 (1996); **Komninos**, Assimakis P.: *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, 24(2) *World Competition* 211 (2001).

¹⁴¹ EC Treaty (1957), Article 81.

¹⁴² TFEU (2007), Article 101.

¹⁴³ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 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.

¹⁴⁴ Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.

ilişkin olan blok muafiyetler, yüksek rekabeti teşvik eden önceden tanımlanmış anlaşma kategorilerini kapsar ve bu nedenle yasaklama kapsamından muaf kabul edilir. Bireysel muafiyetler¹⁴⁵ ise, anlaşmanın detaylı bir şekilde gözden geçirilmesinin ardından Avrupa Komisyonu tarafından verileceğini ifade etmektedir.

Avrupa Komisyonu Onayı hususu açıklanması gereken bir husustur. Bireysel muafiyetlerin verilmesinde Avrupa Komisyonu'nun kilit rolü, AB rekabet hukuku uygulamasının denetleyici niteliğini vurgulamaktadır. Rolü, anti-rekabet uygulamalarının etkili bir şekilde sınırlandırılmasını ve meşru işbirliğinin piyasa rekabetini koruyarak kolaylaştırılmasını içerir¹⁴⁶.

Rekabet Hukuku Konularının Tahkime Elverişliliği: Rekabet hukuku konularının çoğunun tahkime elverişli olarak kabul edilmesi, özel uyuşmazlık çözüm mekanizmaları(private dispute resolution) ile kamusal yaptırım(public enforcement) mekanizmalarının etkili bir şekilde birleştirilmesi konusundaki ince dengenin altını çizer. Bu yaklaşım, alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemlerinin teşvik edilmesi trendi ile uyumlu olarak, AB iç pazarındaki rekabet hukuku anlaşmazlıklarının zamanında ve verimli bir şekilde çözülmesini sağlar.

Sözleşmeye Dayalı İddialar ve İhlal İddiaları: Sözleşmelere yönelik iddiaların altında yatan temel düşünce, rekabet hukuku değerlendirmelerinin ticari işlemlerin çeşitli yönleri üzerindeki nüanslı etkisini ortaya koyar. Rekabet hukuku ihlallerine dayalı sözleşme hükümlerinin geçersizliği konusunda iddia eden taraflar, sıkça sözleşmelerin geçerliliğini sorgularlar ve bu durum, sözleşme yükümlülükleri ile rekabet hukuku ilkeleri arasındaki karmaşık ilişkiyi öne çıkarır.

ECJ ve Eco Swiss v Benetton Davası: Eco Swiss v Benetton davası¹⁴⁷, özel olarak bir tahkim kararının uygulanması ile ilgili olmamasına rağmen, ECJ(European Court of Justice) tarafından rekabet hukuku konularının tahkime elverişliliğine yönelik hususunun onaylanmasına bir bakış sunar. Bu dava, bu konudaki temanın tam anlamıyla sağlanmadığına dair bir düşünce sağlamamış olsa da, AB çerçevesinde rekabet hukuku

¹⁴⁵ European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements.

¹⁴⁶ European Commission, DG Competition - Overview of the Competition Policy.

¹⁴⁷ Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV, 1999 E.C.R. I-3055.

anlaşmazlıklarının tahkime götürülebileceğine ve tahkime elverişliliğine giderek artan bir şekilde kabul edilmesi için taşıdığı anlamı içermektedir.

Rekabet Hukuku Tedbirlerinin Özel Yürürlüğü: Rekabet hukuku tedbirlerinin özel yürürlüğüne izin verilmesi¹⁴⁸, AB hukukundaki etkililik ilkesini yansıtır. Bu ilke, bireylerin ve kuruluşların rekabet hukuku ihlalleri gibi hak ihlallerine karşı etkili çözüm yollarına, özel yürürlük mekanizmaları da dahil olmak üzere erişim hakkı olduğunu vurgulamaktadır.

Sonuç olarak, AB Anlaşması kapsamında rekabet hukukunun çok yönlü alanını ele alırken, onun AB iç pazarındaki işletmeler ve etkileşimleri üzerindeki derin etkisini göstererek, rekabetin korunması ile meşru ekonomik işbirliğinin AB iç pazarındaki etkili bir şekilde sağlanmasının arasındaki ince dengeyi vurgulamaktadır.

Bu Avrupa yaklaşımı, öncelikle, Sherman Yasasına¹⁴⁹ dayalı iddiaları içeren (antitrust) Kartel Önleyici Yatay Rekabet Anlaşmaları ihtilafları için ABD içtihat hukukundaki hakim görüşten etkilenmiştir. Mitsubishi v Soler davasındaki Yüksek Mahkeme (Supreme Court) kararı, karar sonrası aşamadaki kontrolün, antitrust mevzuatının altında yatan ulusal çıkarları korumak için yeterli olduğunu değerlendirmiştir¹⁵⁰. Porto Rikolu distribütör, Chrysler International (CISA) ile bir distribütörlük anlaşması akdetmişti; buna göre, CISA ve Mitsubishi Heavy Industries'in ortak girişimi olan Japon otomobil üreticisi Mitsubishi Motors tarafından üretilen otomobilleri satacaktı. Distribütörlük anlaşması, Soler'in Mitsubishi'den yılda belirli bir miktarda araba satın almasını gerektiriyordu ve herhangi bir anlaşmazlığın Japonya Commercial Arbitration Association kuralları uyarınca Japonya'da tahkim yoluyla çözülmesi şartı vardı. Başarılı bir satış döneminin ardından Soler, gerekli satış hacimlerini koruyamadı ve belirlenen alanın dışında araba satmak için CISA'dan izin istedi, ancak bu istek reddedildi. Soler, ABD Sherman Yasasını (Sherman Antitrust Act of 1980) ve diğer rekabet yasalarını ihlal ettiği için Porto Riko Bölge Mahkemesinde dava açtı. CISA, mahkeme işlemlerinin durdurulmasını ve Soler'ı Japonya'da tahkim yapmaya zorlama

¹⁴⁸ European Commission, DG Competition - Private Enforcement of Competition Law.

¹⁴⁹ Genellikle Sherman Antitrust Yasası olarak bilinen Sherman Yasası, adil rekabeti teşvik etmeyi amaçlayan ve iş dünyasındaki tekelci uygulamaları önlemeyi amaçlayan, Amerika Birleşik Devletleri'nde sembolik bir yasama anıtı olarak durmaktadır. ABD Kongresi tarafından yürürlüğe konulan ve 2 Temmuz 1890'da Başkan Benjamin Harrison tarafından onaylanan bu yasa, destekçisi Ohio Senatörü John Sherman'ın adını taşır.

¹⁵⁰ *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc*, 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985).

kararı istemiştir. Supreme Court (Yüksek Mahkeme), ihtilafın tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir ve tarafları, anlaşma uyarınca JCAA Kuralları altında Japanyo'da tahkime gitmeye zorlamıştır. Mahkeme, yalnızca icra (enforcement) aşamasında anti-trust konusunu inceleme kararı almıştır.

Kuşkusuz, "Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc" davası, Avrupa antitrust uyuşmazlıklarının gidişatında dikkate değer bir etki bırakmıştır. Bu etki, öncelikle davanın antitrust yapıları içindeki özel zarar tazminatı kavramının belirleyici rolünü ortaya koymasından kaynaklanmaktadır ve bu, Avrupa rekabet hukukunun temel ilkeleri ile uyumlu bir şekilde göze çarpmaktadır.

Kararın özel tarafların antitrust ihlalleri için tazminat talep etme konusundaki merkezi vurgusu, Avrupa hukuk camiasında yankı uyandırmıştır. Bu, kararın tematik vurgusunun ve Avrupa rekabet hukukunun temel amaçlarının uyumundan kaynaklanmaktadır. Avrupa Birliği İşleyişi Antlaşması'nın (TFEU) 101. ve 102. Maddelerinde özetlenen temel ilkeler, anti rekabetçi davranışları sınırlama, tüketici çıkarlarını koruma ve adil bir rekabet ortamı yaratma hedefini taşımaktadır¹⁵¹. Bu bağlamda, Mitsubishi-Soler kararı, özel yürürlüğün mekanizmalarının etkinliği ve ihlal durumlarında tazminat arayışlarına yönelik yollar hakkındaki tartışmaları tetikleyen bir katalizör rolü üstlenmiştir.

Kararın önemine dair merkezi bir nokta, Clayton Act'ın içerdiği çifte zarar tazminatı hükmünün vurgulanmasında yatmaktadır¹⁵². Bu yön, özellikle Avrupa antitrust çevrelerinde düşünmeyi körüklemiştir; özellikle antitrust ihlalleri için cezai tedbirlerin şekilleri ve sınırları açısından yaklaşımı gerçekleştirmiştir. Bu, özellikle 2014/104/AB Sayılı Yönerge¹⁵³ olmak üzere Avrupa Komisyonu'nun çabalarına uzanmaktadır; bu yönerge, üye devletler arasında tazminat taleplerini uyumlu hale getirerek, rekabet hukuku alanındaki özel yürürlüğü canlandırmayı amaçlamaktadır. Mitsubishi-Soler emsal kararı, cezai bir tonda biçimlenen bu yönergeye uygun düşerken, rekabetsiz ortamdan caydırma amacıyla

¹⁵¹ Avrupa Birliği İşleyişi Antlaşması (TFEU), Konsolide Metin, O.J. C 202, 7.6.2016, Başlık I, Madde 101, Madde 102.

¹⁵² Clayton Act, 38 Stat. 730 (1914)

¹⁵³ Avrupa Komisyonu, "2014/104/AB Sayılı AB Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi: Üye Devletler ve Avrupa Birliği'nin Rekabet Hukuku Hükümlerinin İhlalleri İçin Ulusal Hukuk Altında Tazminat İçin Belirli Kurallar Hakkında," O.J. L 349/1, 5.12.2014.

birleşirken zarar görenlerin de telafi edilmesi amacıyla çizilen daha geniş çerçeveye uyum içindedir.

Sonuç olarak, Mitsubishi-Soler davası, Avrupa antitrust çatışmaları üzerindeki etkisi hem doktrinel hem de politika düzlemlerinde göze çarpar. Kararın özel çözümlerin önemini vurgulaması, Avrupa rekabet hukukunun hedefleriyle doğal bir paralel izler. Özel yürürlüğün etkinliği ve cezai tedbirlerin önemini vurgulayarak, karar coğrafi sınırları aşarak transatlantik tartışmaları canlandırır ve antitrust uygulamalarının uyumlu bir şekilde nasıl yürütüleceğine dair düşünceye sevk eder.

Uyuşmazlıkların, özellikle kamu düzeni boyutlarını içerenlerin, tahkim yoluyla çözümlenmesinin mümkün olup olmadığı, tahkime elverişli olup olmamasına bağlıdır. Geleneksel olmayan tahkime elverişlilik doktrini, kamusal düzen veya kamu yararını içeren konuları dışlamıştır. Kamusal politika unsurları içeren antitrust konuları, kartel önleyici yatay anlaşmalar da dahil olmak üzere, piyasa dengelemesini ve tüketici refahını bozma potansiyeline sahiptir. Bu, özel tahkimin bu kamusal politika sonuçlarını yeterince ele alıp alamayacağı konusunda endişeleri beraberinde getirebilir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı Türk rekabet hukuku, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun No. 4054) tarafından temsil edilir. Kanunun 4. maddesi, kartel anlaşmalarını içeren rekabeti kısıtlayıcı anlaşma türlerini belirler ve bunlar idari ve hukuki yaptırımlara tabidir. Türk Rekabet Kurumu (RK) bu hükümlerin uygulanmasına ve rekabet dinamiklerinin sağlanmasının güvencesini sağlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Kartel önleyici yatay anlaşmaların sorunu, Türk rekabet hukuku bağlamında kapsamlı bir şekilde incelenmeyi gerektirir. Anlaşmaların anlık antitrust etkilerinin olmamasına rağmen, bu anlaşmaların uzun vadeli pazar rekabetine tehdit oluşturduğu konusunda endişeler bulunmaktadır.

Tahkimin hızı, esnekliği ve gizliliği alternatif uyuşmazlık çözümleri içerisinde tercih edilmesini sağlamıştır. Ancak, antitrust konularına ilişkin tahkime elverişlilik tartışması, özellikle kartel önleyici yatay anlaşmalar konusunda, bu avantajlar ile rekabeti koruma ve kamu yararı çıkarlarını koruma arasında bir denge sağlamayı gerektirir. Türk mahkemeleri, kamu yararı konularıyla rezonansa giren konularda genellikle kamusal çıkarları sürdürmek için devlet mahkemelerinin yetki alanında olan belirli konuları tahkime uygun olmayan yani

tahkime elverişsiz konular olarak kabul etmiştir. Türkiye'nin tahkime elverişlilik yaklaşımı evrime uğramıştır. 2001 tarihli Millîterlerarası Tahkim Kanunu, serbestçe tasarruf edilebilir haklarla ilgili uyuşmazlıklar için tahkime götürölme hakkını taraflara tanımıştır, sonraki gelişmeler ise kamu yararı bağlamında sorunlu olan konularda daha temkinli bir yaklaşımı sergilemiştir.

Türkiye'nin antitrust konularına ilişkin tahkime elverişlilik konusundaki kısıtlayıcı tutumu bulunmaktadır ve tutum kamu düzenine dayandırılabilir. Yargıtay, kamu yararı unsurları içeren uyuşmazlıkların, antitrust uyuşmazlıkları da dahil olmak üzere, daha geniş toplumsal sonuçlarından dolayı doğası gereği tahkime uygun olmadığını belirtmiştir. Şöyle ki Rekabet Kurumu yetkisi kapsamındaki uyuşmazlıklar tahkime elverişsiz kabul edilmektedir. Bu da kurumun kamu gücünün kullanıldığı bir iştirak olmasındandır. Öte yandan, rekabete aykırılığın özel hukuka ilişkin sonuçlarına ilişkin doktrinde tahkime başvurulabileceği görüşü mevcuttur¹⁵⁴.

Antitrust uyuşmazlıklarının, özellikle kartel önleyici yatay anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ve Türk rekabet hukuku arasındaki etkileşim karmaşık ve çok yüzlüdür. Tahkim, verimlilik ve esneklik açısından avantajlar sunsa da, kamu gücü düşünceleri ve rekabet hukukunun temel amaçları, dikkatli bir değerlendirmeyi gerektirir. Türk hukuki yapıları ve önceki içtihat, kamu düzeni unsurları ile belirginleştirilen uyuşmazlıklar için tahkime götürülemeyeceğini destekleme eğilimindedir.

4.2 SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Menkul kıymet işlemlerinde, ulusal yasalar piyasayı korumaya çalışır, ancak genellikle müşterilere özel koruma sağlar. Belirli işlemler uygulanamayabilir veya müşterilere oluşan zararları tazmin etmeleri için özel yasal haklar verilir. Örneğin, ABD Menkul Kıymetler Yasası 1933 (US Securities Act 1933) ve Menkul Kıymetler Borsası Yasası 1934 (Securities Exchange Act 1934), kişilere özel yasal haklar verir. Verilen bu hakları sınırlayıcı etkiye

¹⁵⁴ **Büyükcay**, Ferhat: *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Ankara 2018, s. 223-224; **Eker Ayhan**, s. 224-225; **Huysal** s. 121-122; **Şanlı**, s.346; **Özbek**, s. 798.

sahip tüm sözleşmeler geçersiz sayılır. Bu kuralların, menkul kıymet işlemlerine ilişkin tüm veya bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı düşünülmüştür¹⁵⁵.

Özellikle ABD'de menkul kıymet işlemlerinin tahkime elverişliliği yıllar içinde önemli ölçüde değişmiştir. Menkul kıymetler tahkim dostu olmayan tutumun geçmişi, Wilko - Swan kararına kadar izlenebilir¹⁵⁶. Burada ABD Yüksek Mahkemesi(Supreme Court), 1933 tarihli Menkul Kıymetler Yasası kapsamındaki iddiaların tahkim yoluyla çözülemeyeceğine ve tahkimin taraflara kanuni haklarının korunmasını mahkemelerden daha az sağladığı için mahkemelere havale edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

O zamandan itibaren yasal tutum tamamen değişmiştir. İlk olarak 1974'te Scherk v Alberto-Culver Co¹⁵⁷ davasında Yüksek Mahkeme (Supreme Court), federal menkul kıymet iddialarının uluslararası bir unsurla tahkime elverişli olduğunu kabul etmiştir. Dava, bir Alman vatandaşı ile bir ABD şirketi arasında tahkim şartı içeren sınır ötesi bir işlemle ilgiliydi. Mahkemenin vurguladığı gibi, sözleşmenin uluslararası niteliği Wilko ve Scherk arasındaki temel farktı. Tamamen yerel iddialar tahkime götürülemezken, uluslararası bir unsur anlaşmazlığı tahkime elverişli hale getirebilir. Nitekim Yüksek Mahkeme (Supreme Court) şunu kabul etmiştir:

..Bir ülkenin mahkemelerinin uluslararası bir tahkim anlaşması [...] yürütmeyi dar görüşlü bir şekilde reddetmesi, uluslararası ticaret ve ticaretin dokusuna zarar verir ve iş adamlarının uluslararası ticari anlaşmalara girme istekliliğini ve kabiliyetini tehlikeye atar...

1987'de, Shearson v McMahon davasında¹⁵⁸, Yüksek Mahkeme, bu tutumunu Menkul Kıymetler Borsası Kanunu kapsamındaki tamamen yurtiçi işlemlerdeki iddiaları kapsayacak şekilde genişletmiştir. Son olarak, iki yıl sonra, 1989'da, Rodriquez de Quijas - Shearson/American Express Inc¹⁵⁹ davasında Wilko gerekçesi reddedildi ve işlemin niteliği ne olursa olsun tüm federal menkul kıymetler iddialarının tahkim edilebilir olduğu ilan

¹⁵⁵ Lew/ Mistelis/Kröll, s.204

¹⁵⁶ Wilko v Swan, 346 US 427 (1953).

¹⁵⁷ 417 US 506 (1974).

¹⁵⁸ Shearson/American Express Inc et al v McMahon et al, 482 US 220 (1987).

¹⁵⁹ 490 US 477 (1989).

edildi. Bu durumda, davacılar American Express'te bir aracılık(brokerage) hesabı açtılar ve anlaşmaları standart bir ihtilaf öncesi tahkim maddesi içeriyordu. Supreme Court, Menkul Kıymetler Borsası Komisyonu denetimi nedeniyle artık tahkimi yatırımcıların haklarını korumada yetersiz görmemiş ve şunları belirtmiştir:

[...] tahkim anlaşmaları [...] Menkul Kıymetler Yasası kapsamında yasaklanmamalıdır, çünkü bunlar, eşzamanlı yargı hükmü gibi, menkul kıymet alıcılarına ihtilafları çözmek için forum seçme konusunda, adli olsun ya da olmasın, daha geniş bir hak sağlama hedefini ilerletmeye hizmet eder.

Mahkeme, Wilko'nun

tahkime karşı eski olumsuz tutumu [...] ve Wilko ve McMahon'daki kararların yan yana var olmaya devam etmesi istenmeyen bir durum olurdu.

Rodriguez kararından bu yana, menkul kıymet(sermaye piyasası) tahkiminde bir "patlama" yaşanmıştır¹⁶⁰. ABD'deki aracı kurumlar, artık düzenli olarak yatırımcıların, herhangi bir anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi için tüketici hesap sözleşmelerini(Consumer Accounts Agreements) imzalamalarını şart koşturmaktadır. Tahkim genellikle, Ulusal Menkul Kıymet Satıcıları Birliği(National Association of Securities Dealers) ve New York Menkul Kıymetler Borsası(New York Stock Exchange) gibi, komisyoncunun üyesi olduğu borsa veya özdenetim organı altındadır.

Tahkimin menkul kıymetler alanındaki olumlu etkisi, günümüzde New York Menkul Kıymetler Borsası (NYSE), Ulusal Menkul Kıymet Satıcıları Birliği (NASD), Amerikan Menkul Kıymetler Borsası (Amex) ve Ticaret Borsası tahkim hizmetlerini yönetmektedir. Bazı Avrupa borsaları, menkul kıymetler ihtilaflarının çözümü için özel olarak uyarlanmış tahkim prosedürlerini ve açıkça tanımlanmış kuralları benimseyen kendi tahkim organlarını ve yapılarını oluşturduğundan, bu eğilim yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'nin bir

¹⁶⁰ **Park**, William W.: *Arbitration in Banking and Finance*, 17 Annual Review of Banking Law 213 (1998) 232

ayrıcalığı değildir¹⁶¹. En son NASD Dispute Solution Inc. (NASD-DR)¹⁶² ve NASDAQ Europe¹⁶³ Tahkim Kurallarından da görülebileceği gibi, hızlı bir büyüme görülmektedir.

Türk Sermaye Piyasası Hukukunda tahkime elverişliliğin yansıması ise pro-arbitration yani tahkim yanlısı bir konumdur. Sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkime başvurulması desteklenmektedir, tarafların üzerinde serbest tasarruf edebildiği, yatırımcılarla aracı kurumlar arasındaki sözleşmelere tahkim şartı konulabilmektedir¹⁶⁴.

4.3 İFLAS HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Bir acz halindeki (haciz halindeki), tarafıyla olan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği, çeşitli ülkelerde bir dizi davada sorun olmuştur. Bu açıdan, (tasfiye memuru) - yönetici atanması, dava açılması ve diğer konular gibi "saf" iflas konuları arasında ayırım yapmak gerekir. "Saf" iflas meselelerinin genellikle tahkime elverişli olmadığı şüphesizdir (Tahkime elverişsiz kabul edilmektedir)¹⁶⁵. Amaçları, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünden çok, borçlunun toplu icrasına veya yeniden düzenlenmesine yönelik işlemlerdir.

Bununla birlikte, çoğu dava, bu tür "saf" iflas meseleleriyle değil, iflas eden bir tarafa karşı veya iflas eden bir tarafça yapılan standart parasal taleplerle ilgilidir. Bu gibi durumlarda,

¹⁶¹ *Örneğin* Avusturya ve Macaristan.

¹⁶² Bknz: NASD Code of Arbitration Procedure. The NASD DR operates the largest dispute resolution forum in the US, handling roughly 80% of all the arbitration cases in this sector. "NASD Dispute Resolution ABD'deki tüm tahkim uyuşmazlıklarının %80'ini çözmektedir."

¹⁶³ The NASDAQ Stock Market announced in March 2001 that it had agreed to acquire a majority shareholding in EASDAQ market, the pan-European market formed by a consortium of US and European Banks which, thus, will be restructured in a truly pan-European and globally linked exchange called NASDAQ Europe. The NASDAQ Europe, substantially a subsidiary of the NASDAQ Stock Market, is completely independent from any national market place. The market operates on a pan-European basis, with a unified infrastructure including a single Rule Book, a single membership, a dedicated trading platform and settlement. "NASDAQ Hisse Senedi Piyasası, Mart 2001'de, ABD ve Avrupa banklarının konsorsiyumu tarafından oluşturulan pan-Avrupa piyasası EASDAQ'ın çoğunluk hissesini satın almayı kabul ettiğini duyurdu. Böylece, EASDAQ piyasası gerçek anlamda pan-Avrupa ve küresel bağlantılı bir borsa olan NASDAQ Avrupa adıyla yeniden yapılandırıldı. NASDAQ Avrupa, esasen NASDAQ Hisse Senedi Piyasası'nın bir iştiraki olup herhangi bir ulusal piyasa yerinden tamamen bağımsızdır. Piyasa, birleşik bir altyapıda işlemekte olup tek bir Kural Kitabı, tek bir üyelik, özel bir işlem platformu ve takas içermektedir." Bknz: NASDAQ Europe Rule Book, May 2001, 11

¹⁶⁴ **Tevetoğlu, Mete:** *Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim*, Ankara, 2010, s. 334, 339, 344-358, 370-409.

¹⁶⁵ **Lazic**, s. 156-157.

açıkça tahkime elverişli olan uyuşmazlıkların, taraflardan birinin iflası nedeniyle tahkime elverişliliğini kaybedip kaybetmediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni, ayrı tahkim işlemlerinin milli(iç,ulusal) iflas kanun düzeniyle çelişebilmesidir. Tüm talepleri merkezileştirmek ve bir borçlunun varlıklarının adil, düzenli ve sistematik bir şekilde dağıtılmasını sağlamak için milli kanunlar genellikle bireysel davaların askıya alınmasını, borçlunun tasarrufunu ve belirli bir mahkemenin münhasır yargı yetkisini sağlamaktadır¹⁶⁶.

SONATRACH v Distrigas¹⁶⁷ davasında karar veren Massachussetts (Bankruptcy Court of Massachussetts)İcra Mahkemesi tarafından iyi bir şekilde tanımlanmıştır:

hem İflas Yasasını, hem de Tahkim Yasasını içeren bir anlaşmazlığın, kutuplara yakın uç noktalarda bir çatışma arz ettiği durumlar olacaktır: tahkim politikası uyuşmazlıkların çözümüne yönelik merkezi olmayan bir yaklaşımı savunurken, iflas politikası merkezileşmeye doğru amansız bir çekiş uygular. .¹⁶⁸

Mahkeme, Federal Tahkim Yasası'nın uluslararası davalarda tahkimi destekleyen güçlü politikasının, iflas kanunun temelini oluşturan politikaları geçersiz kıldığı sonucuna varmıştır. Ana argüman, ilgili anlaşmazlığın türünün, yani bir sözleşmenin feshinden kaynaklanan zararların belirlenmesinin, herhangi bir büyük iflas sorunu içermediğidir.

Tahkime elverişlilik bakımından uyuşmazlık türünün önemi, US İkinci Daire (Second Circuit) Court of Appeal¹⁶⁹'in bir kararında daha da belirgin hale gelmektedir. İflas Yasasında esas olan ve olmayan hususlar arasındaki ayrımı kabul eden Mahkeme, ihtilaftaki iddianın tahkime elverişliliğini reddetmiştir. Mahkeme, dengeleyici çıkar (balancing interest) ve FAA ile İflas Yasası arasındaki potansiyel çatışmayla ilgili olarak karar vermiştir.

¹⁶⁶ İngiltere, Fransa, Almanya, Hollanda ve ABD ulusal kanunları tarafından kullanılan çeşitli tekniklerin genel bir bakışı için şuraya bakınız: **Lazic**, s.15 vd.

¹⁶⁷ <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/BR/80/606/1964720/>

¹⁶⁸ See *Société Nationale Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialisation des Hydrocarbures v Distrigas Corp*, 80 BR 606, 610 (D Mass 1987).

¹⁶⁹ *United States Lines, Inc et al (US) v American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc, et al (US)*, In re *United States Lines*, XXV YBCA 1057 (2000) (2d Cir, 1 November 1999).

Böyle bir ihtilaf, zımnen tahkim lehine olan karineyi geçersiz kılmak için yeterli bir ihtilaf sunma olasılığı düşük olan esas olmayan yargılamalarda azaltılır. ... Esas davalar, iflasla ilgili daha acil endişeleri içerir, ancak bir davanın esas olduğuna dair bir karar bile, iflas mahkemesine otomatik olarak tahkimi durdurma takdir yetkisi vermez. Elbette, temel iflas işlemlerinin tümü, Kuralların Federal Tahkim Yasası ile doğası gereği çelişen hükümlerine dayanmaz; ne de bu tür işlemlerde tahkim, İflas Yasasının amaçlarını zorunlu olarak tehlikeye atmaz.’ Ancak, bir iflas mahkemesinin tahkimi durdurabileceği durumlar vardır ve bu durumda, iflas mahkemesinin takdir yetkisi olduğu konusunda haklıydı.

İcra mahkemesi, temel işlemlerde tahkim hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasının gerekip gerekmediğine ilişkin takdir yetkisini kullanırken, bir tahkim şartının uygulanmasının İflas Yasasının altında yatan herhangi bir amacın olumsuz etkilenip etkilenmeyeceğini yine de dikkatli bir şekilde belirlemelidir. Yüksek Mahkeme tarafından yorumlandığı şekliyle Tahkim Yasası(The Arbitration Act), bir tahkim şartının, kuralların amaçlarını ciddi şekilde tehlikeye atmayacağı sürece uygulanması gerektiğini belirtir.

Mevcut davada, tespit kararı işlemleri, iflas mahkemesinin vakfın varlıklarını(Trust’s Asset) koruma ve adil bir şekilde dağıtma kabiliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. Ayrıca, daha önce de belirtildiği gibi, icra mahkemesi, iflas etmiş bir borçluya karşı iddiaları içeren toplu haksız fiil davalarını ele almak için tercih edilen mahkeme yeridir. Birden fazla talebi, poliçeyi ve sigortacıyı içeren karmaşık olgusal senaryo, merkezi bir yargılamaya olan ihtiyacı daha da artırmıştır¹⁷⁰.

İkinci Daire(Second Circuit) için Court of Appeal tarafından ilan edilen test ışığında, “temel meseleler” ve “temel olmayan meseleler” arasındaki ayrım geçerli hale gelmektedir. İkincisi ile ilgili anlaşmazlıklar muhtemelen, çok az istisna dışında, tahkime götürülebilirken, "temel meseleler" için bunun tersi geçerlidir.

Diğer ülkelerde tahkime elverişlilik sorununun altında karşılaştırılabilir ayrımlar yatmaktadır, öyle ki iflas etmiş borçluya karşı sözleşmeden doğan ihtilafların büyük bir çoğunluğu muhtemelen tahkime elverişli kabul edilmektedir. Örneğin Fransa’da, Ticaret

¹⁷⁰ 71 *Aym*, s. 14-16.

Mahkemesinin İflas Yasasının 174. Maddesindeki¹⁷¹ münhasır yargı yetkisi yalnızca “saf” iflas konularını kapsar¹⁷². Aynı durum İtalya için de geçerlidir¹⁷³.

Hollanda hukukuna göre, aksine, mülke karşı yalnızca parasal olmayan talepler tahkime götürülebilirken, ödeme talepleri, iflasa itiraz edildiyse, özel renvoi prosedürü¹⁷⁴ ile çözülmelidir¹⁷⁵.

Türk Hukukundaki yansıması ise saf iflas davalarının tahkime elverişli olmadığı yönündedir¹⁷⁶. Fakat bu husus çok boyutludur ve birden çok görüş içermektedir. Alman kanunlarına göre, bir tarafın iflası genel olarak bir anlaşmazlığın tahkime elverişliliğini etkilemez. Mirasa karşı iddialar icra davası açılmalıdır ve itiraz edilirse tahkim edilebilir. Bir hükmün icra edilebilir ilan edilmesi için yapılan davalar hariç olmak üzere, borçlunun iflası nedeniyle yalnızca icra davaları yasaklanmıştır. Tahkime elverişlilik meselesinden daha ciddi bir tahkim tehdidi, bununla birlikte, bir tarafın iflas etmesiyle bağlantılı olarak, tahkim şartının “işleyemezliği” kavramının Alman mahkemeleri tarafından geniş bir şekilde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Alman mahkemeleri, taraflardan birinin tahkim işlemleri için gerekli fonlardan yoksun olması durumunda, bir tahkim anlaşmasının işlemez hale geldiğine tutarlı bir şekilde karar vermiştir.

¹⁷¹ Decree no 85-1388 of 27 December 1985.

¹⁷² Cour de cassation, 19 May 1987, *Rev Arb* 142 (1988); **Lazic**, s.162

¹⁷³ Tribunale Lodi, 13 February 1991, *Adda Officine Elettromeccaniche e Meccaniche et al v Alsthom Atlantique SA et al*, XXI YBCA 580 (1996) s 6.

¹⁷⁴ "Renvoi" hukuki bir terim olup, genellikle bir yargı yetkisinin, bir konunun o diğer yargı yetkisinin yasalarına göre belirlenmesi gerektiğini düşünerek, hukuki bir soruyu başka bir yargı yetkisinin hukukuna geri gönderme kavramını ifade eder. Hollanda hukukunda, buna karşılık gelen terim "terugverwijzing"dir. "Principe," Hollandaca'da "ilke" anlamına gelir, bu nedenle "renvoi principe" terimi İngilizcede "renvoi ilkesi" olarak çevrilebilir. Hollanda bağlamında, "renvoi ilkesi" terimi, hukuki bir sorunun yabancı unsurlar içerdiği durumlarda ve Hollanda mahkemesinin dava konusunu başka bir ülkenin yasalarına geri gönderdiği durumları açıklamak için kullanılabilir. Bu, hukuk çatışması durumunda ortaya çıkabilir ve mahkeme, konuyu çözmek için yabancı yargı yetkisinin yasalarının uygulanması gerektiğine karar verir.

¹⁷⁵ Bknz: Dutch Bankruptcy Act (Faillissementsrecht) Article 122; **Lazic**, s. 164-165

¹⁷⁶ **Ozbek**, s.842

4.4 FİKRİ VE SİNAİ MÜLKİYET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Fikri mülkiyet hakları, hak sahibine söz konusu fikri mülkiyeti kullanma ve bunlardan yararlanma konusunda belirli münhasır haklar sağlayan egemen bir güç tarafından sağlanan kanuni korumadan kaynaklanır. Bunların mevcudiyeti genellikle, bu hakları tek başına tanıyabilen, değiştirebilen veya iptal edebilen ve kapsamlarını belirleyebilen bir devlet dairesine kayıt olmayı gerektirir. Bazı ülkelerde bu ihtilafların tahkime götürülemez olmasına yol açan, bu katılım ve fikri mülkiyet hakkının varlığına ilişkin kararların üçüncü taraflar üzerindeki etkisidir. Örneğin, Avrupa Birliği'nde tescilli bir fikri mülkiyet hakkının varlığını veya geçerliliğini doğrudan etkileyen ihtilaflar hâlâ tahkime elverişli kabul edilmemektedir¹⁷⁷. Buna karşılık, kanunun tahkime elverişlilik konusunda karşılaştırılabilir bir tanım içerdiği İsviçre'de bunun tersi husus mevcuttur: tahkim kararları, İsviçre Patent ve Ticari Marka Ofisi tarafından bir patentin tescilinin iptali için bir temel olarak kabul edilir¹⁷⁸.

İhtilaf bir fikri mülkiyet hakkının geçerliliği ile ilgili değil de böyle bir hakkın kullanılmasıyla akdedilen sözleşmeleri içeriyorsa, tahkime elverişlilikle ilgili daha az sorun ortaya çıkar. Lisans sözleşmeleri, mülkiyet haklarının devrine ilişkin sözleşmeler veya fikri mülkiyet haklarına yol açmayı amaçlayan araştırma ve geliştirme sözleşmeleri kapsamında geçerliliği, etkisi ve telif haklarına ilişkin ihtilaflar genellikle tahkime elverişli kabul edilir. Genellikle üçüncü şahıslar üzerinde doğrudan bir etkileri yoktur¹⁷⁹.

Hemen hemen tüm fikri mülkiyet ihtilaflarının tahkime elverişliliğini kabul eden iki hukuk sistemi İsviçre ve ABD'dir. Diğer birçok ülke, fikri mülkiyet haklarını bir bütün olarak tahkim mahkemelerinin yargı yetkisinin dışında bırakmaz. Genellikle patentler ve ticari markalar gibi tescil edilmesi gereken haklar ile telif hakkı gibi herhangi bir formaliteden bağımsız olarak var olan haklar arasında bir ayırım yaparlar. Önceki kategori ile ilgili olarak, çoğu yargı alanı yalnızca taraflar arasında yürürlüğe giren bir karara izin vermektedir.

¹⁷⁷ Bknz: EC Regulation 44/2001 Article 22(4)

¹⁷⁸ **Blessing**, s. 200

¹⁷⁹ Karar örneği için bknz: Cour d'appel Paris, 24 March 1994, *Société Deko v G Dingier et Société Meva*, Rev Arb 513 (1994) 518 and ICC case no 6709, 119 *Clunet* 998 (1992) 1000, Fransız hukuku kapsamında, patentin geçerliliği ile ilgili olmayan, sadece sözleşme ihlali içeren taleplerin, patentlerle ilgili kanun Madde 68'e bakılmaksızın tahkime elverişli olduğuna dair karar.

Bununla birlikte, patentin mülkiyeti, devri veya ihlali gibi ilgili konuların çoğu, tüm önemli yargı alanlarında serbestçe tahkime götürülebilir niteliktedir. Telif hakkı gibi kayda tabi olmayan fikri mülkiyet hakları konusunda tahkime elverişlilik uluslararası kabul görmüş görünmektedir. Fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin genel kabulü, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuralları kapsamında tahkim sistemine yansıtılmaktadır.

Alan adı uyuşmazlıklarının yargısız çözümü için hibrit bir sistem kurulmuştur. Ticari markalara benzeyen alan adları, İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'nun (ICANN) Tek Tip Alan Adı Anlaşmazlık Çözüm Politikası (UDRP) kapsamında kayda tabidir¹⁸⁰. Prosedür, kötüye kullanım amaçlı alan adı kayıtları konusuyla ilgilidir. UDRP sisteminin bir tahkim sistemi olup olmadığı tartışılabilir olsa da, alan adlarıyla ilgili anlaşmazlıkların tahkime götürülebileceği hususu uluslararası doktrinde devam etmektedir.

Türk hukuku açısından¹⁸¹ bakıldığında; Fikri ve sınaî mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklar genellikle bireylerin özgürce tasarruf edebildiği hakları içerdiğinden dolayı temelde tahkim yoluyla çözümlenebilir. Yine; İspanya, İsviçre, Portekiz gibi bazı iç hukuk sistemleri, tahkim dostu bir yaklaşım benimseyerek fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime uygun olduğunu kabul etmektedir.

Ancak, fikri mülkiyet hakları konusunda sicil kayıtlarına ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, marka veya patent gibi sicil tescili gerektiren haklara dair uyuşmazlıkların tahkime uygun olmadığı görüşü yaygındır. Tescil gerektirmeyen nispi haklara dair uyuşmazlıklar ise tahkime uygun kabul edilmektedir.

Marka ve patent haklarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalar genel olarak tahkimde görülememektedir. Bu nedenle bir hakem, marka veya patent hakkının hükümsüzlüğüne karar veremez ve dolayısıyla bu hakların tescili veya verilmesine karar veremez. Bu yetkiler sadece mahkemelere veya kanunla kurulmuş idari makamlara aittir. Marka, coğrafi işaret, tasarım, patent gibi sınaî mülkiyet haklarına dair lisans sözleşmelerine tahkim yoluyla çözüm getirilebilirken, marka ve patent haklarının hükümsüzlüğü veya tescili gibi konularda tahkim kullanılması genel olarak kabul edilmemektedir.

¹⁸⁰ Bknz: www.icann.org

¹⁸¹ **Ozbek**, s.801-804

Türk hukukunda, tescil gerekmeyen ve sadece taraflar arasında etkili olan nispi haklara dair uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir. Ancak tescil gerektiren haklara dair uyuşmazlıkların tahkimde çözülemeyeceği görüşü yaygındır.

Çalışan buluşlarına dair sahiplik uyuşmazlıkları tahkime uygun kabul edilmektedir. Ancak bu konuda Türk Patent ve Marka Kurumu'nun söz konusu karara dayanarak tescil değişikliği yapabilme yetkisi olduğu görüşü savunulmaktadır. Çalışan buluşlarına dair sahiplik uyuşmazlıkları durumunda tahkime elverişlidir. Bu konuda özel ve kamu kesiminde çalışanlara yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

4.5 HUKUKA AYKIRILIK VE DOLANDIRICILIĞIN TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİNE YANSIMASI

Hukuka aykırılık ve dolandırıcılık iddiaları, bir anlaşmazlığın tahkime elverişliliği konusunda her zaman ciddi sorunlara yol açmıştır¹⁸². Ayrılabilirlik(seperability) doktrininin¹⁸³ kabulüyle¹⁸⁴ bağlantılı olarak, sözleşmenin hukuka aykırılığı iddialarının, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına yol açması gerekmediği giderek daha fazla kabul görmektedir. Bu, yalnızca hukuka aykırılığa yol açan hükümlerin, uyuşmazlığın milli,iç mahkemeleri tarafından çözülmesini gerektirecek türden olduğu durumlardadır.

Bu bağlamda farklı görüşlere yol açan hüküm türlerinden biri de Birleşmiş Milletler ambargolarıdır. Irak ambargo yasasıyla bağlantılı olarak, İtalyan ve İsviçre mahkemeleri uyuşmazlığın tahkime elverişliliği konusunda karşıt sonuçlara varmışlardır.

¹⁸² Tartışma, “tahkime elverişlilik”ten çok, geçerli bir tahkim şartının varlığına, yani bir tahkim şartının ayrılabilirliğine odaklandı.; örnek dava için bkz: *Heyman v Darwins Ltd* [1942] AC 356

¹⁸³ Ayrılabilirlik ilkesi-doktrini veya "kompetenz-kompetenz" olarak da bilinen, uluslararası tahkimde bir tahkim anlaşmasının ve içinde bulunduğu temel sözleşme arasındaki ilişkiyi ele alan bir hukuki kavramdır. Bu doktrin, bir tahkim anlaşmasının, daha büyük bir sözleşme içindeki ayrı bir madde veya hüküm olarak ele alınması gerektiğini savunur. Başka bir deyişle, taraflar arasında temel sözleşmenin geçerliliği, varlığı veya kapsamı konusunda bir anlaşmazlık çıkarsa, bu anlaşmazlığın otomatik olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği veya varlığı üzerinde etkili olmaması gerektiğini ifade eder. Ayrılabilirlik doktrininin temel fikri, temel sözleşme ile ilgili anlaşmazlıkların, tahkim maddesinin uygulanmasını otomatik olarak engellememesini sağlamaktır.

¹⁸⁴ **Özmumcu**, Seda: The Principle of Separability and Competence–Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100. In *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* (Vol. 45, No. 62, pp. 263-276). Istanbul University 2013, s. 266-267

İtalyan davasında¹⁸⁵, Fincantieri ve diğer İtalyan ordu teknolojisi sağlayıcıları, Irak Donanması için korvet tedariki için Irak Cumhuriyeti kurumlarıyla sözleşmeler imzaladılar. Kuveyt'teki işgalden sonra Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından bir ambargo ilan edildi ve ardından Avrupa Birliği ve İtalya tarafından Irak ile herhangi bir anlaşmayı yasadışı hale getiren benzer yasalar geldi. O zamanlar korvetlerin çoğu henüz inşa edilmemiş veya teslim edilmemişti.

İtalyan taraf, Cenova Asliye Mahkemesi'nde sözleşmenin feshi(frustration of contract) ve tazminat talepleriyle(seeking termination and damages) Irak aleyhine dava açtı. Iraklı taraflar, mahkemenin yetkisine itiraz ettiler ve anlaşmazlığın sözleşmelerde öngörüldüğü şekilde tahkime götürülmesi gerektiğini ileri sürdüler. İtalyan taraflar, yalnızca tahkime elverişli konuların tahkime götürülebileceğini ve anlaşmazlığın, ambargo mevzuatı çıkarılmadan önce tahkime elverişli olabilecek ancak artık öyle olmayan meselelerle ilgili olduğu yanıtını verdiler. Tahkime elverişliliğin İtalyan hukuku uyarınca tespit edilmesi gerektiğini ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 806. maddesine dayanılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu, yalnızca tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesini sağlamıştır. Ambargo mevzuatı nedeniyle tarafların söz konusu sözleşmeden doğan hakları serbestçe kullanamadıklarını iddia etmişlerdir.

Temyiz Mahkemesi(The court of appeal), ilgili İtalyan ve Avrupa ambargo mevzuatı uyarınca ihtilaf tahkime elverişli olmadığı için İtalyan mahkemelerinin dava üzerinde yargı yetkisine sahip olduğuna karar verdi. 3541/1992 sayılı EC Regulation(AB Tüzüğü) ile bağlantılı olarak:

... Art. 21 of this Regulation forbids [parties] to meet or take any measure to meet Iraqi requests to perform in any way under contracts or transactions falling under Resolution no. 686/1990 Art. 1.2 explains that 'request' means a request made in or out of court, before or after the date of entry into force of the Rule; that 'transaction' ... generically means negotiation, and that this provision, in the light

¹⁸⁵ Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq*, XXI YBCA 594 (1996).

of its ratio, must be interpreted in the sense that it forbids not only meeting a request but also any (voluntary) act aiming at meeting it. This jus superveniens is worth:: even where the answer given above to the question of jurisdiction were uncertain under the legislation in force at the time of commencing this action, [this EC Rule] would make the arbitral clause null and void and grant the Italian courts jurisdiction to hear the case¹⁸⁶.

İtalyan taraflar, Irak'a karşı Genova İlk Derece Mahkemesi'nde dava açtı. Sözleşmenin Irak tarafından bozulduğunu iddia ettiler ve sözleşmenin feshini ve tazminatı talep ettiler. Irak, mahkemenin yargı yetkisine karşı çıktı, anlaşmazlığın sözleşmelerde belirtilen şekilde tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğini belirttiler. İtalyan taraflar, sadece tahkim için uygun konuların tahkime elverişliliğini ve uyuşmazlığın, ambargo yasası çıkarılmadan önce tahkime elverişli olan konuları içerdiğini, ancak durumun artık böyle olmadığını savundu. Tahkimin İtalyan hukuku temel alınarak belirlenmesi gerektiğini ve Medeni Usul Kanunu'nun 806. Maddesi'ni referans göstererek, yalnızca tarafların serbestçe tasarruf edebileceği haklarla ilgili anlaşmazlıkların tahkime sunulabileceğini belirtti. Ambargo yasası nedeniyle sözleşmedeki hakların artık serbestçe tasarruf edilemez hale geldiğini iddia ettiler.

İstinaf Mahkemesi, İtalyan mahkemelerinin davanın çözümünde yetkili olduğuna karar verdi, çünkü anlaşmazlığın ilgili İtalyan ve Avrupa ambargo yasalarına göre tahkim için uygun olmadığı belirlendi. EC 3541/1992 Yönetmeliği'ne atıfta bulunuldu, bu yönetmeliğe göre, tarafların, 686/1990 Sayılı Karar kapsamındaki sözleşmelere ilişkin Irak taleplerini karşılamak için herhangi bir önlem almasının yasak olduğu belirtildi. Yönetmelik, 'talep' teriminin yönetmeliğin yürürlüğe giriş tarihinden önce veya sonra yapılan mahkeme dışı talepleri içerdiğini ve 'işlem' teriminin genel olarak müzakere anlamına geldiğini açıkladı. Bu düzenleme, amacına uygun olarak, yalnızca bir talebe doğrudan cevap vermenin değil, aynı zamanda onu karşılamayı amaçlayan herhangi bir gönüllü eylemin de yasaklandığı şeklinde yorumlandı.

¹⁸⁶ Tribunal Fédéral, 23 June 1992, *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v M and arbitration tribunal*, XX YBCA 766 (1995) paras 10, 11

Bu yeni hukuki prensip dikkat çekicidir; Hukuki işlem başlatıldığında yürürlükteki yasalara göre yargı yetkisi konusunda belirsizlik olsa bile, bu EC Yönetmeliği arabuluculuk maddesini etkisiz hale getirecek ve İtalyan mahkemelerine davayı ele alma yetkisi verecekti.

Bu sonuç, asıl amacın sözleşmeleri sonlandırmak değil, onları yerine getirmeyi amaçlamak olmasının bir engel teşkil etmedi. Anlaşmazlığın tahkime yönlendirilme olasılığı, uluslararası ve ulusal ambargo yasalarının tasarruf edilemeyen hakları etkileyebileceği bir durumu yansıtıyordu. Ayrıca, karşı dava açılmış ve Irak taraflarının önceden yapılan avans ödemelerine karşı iddia edilen daha yüksek borçları arasında denge oluşturulmuştu; tahkim, Irak taleplerini karşılamaya yönelik olarak üst ulusal yasaları ihlal eden sonuçlar doğurabilirdi. Hatta talep sahiplerine karşı hipotetik bir tahkim kararı, sözleşmenin sonlandırılmasını reddetseydi, bu sözleşmelerin devam eden geçerliliğini doğrulayarak, benzer bir şekilde tasarruf edilemeyen hakları etkilerdi.

Bu çözüm, asıl iddianın sözleşmelerin feshine yönelik olması, sözleşmeler kapsamında edim alınmasına engel teşkil etmemektedir. Ayrıca bu durumda, uyuşmazlığın hakemlere intikal ettirilmesi, uluslararası ve ulusal ambargo mevzuatının vazgeçilmez kıldığı hakları etkileyebilir niteliktedir. Tahkim, Irak'ın taleplerinin söz konusu uluslararası mevzuatı ihlal ederek karşılanmasına yol açabilirdi. Ayrıca, davacılara karşı, sözleşmenin feshedilmesini reddeden varsayımsal bir tahkim kararı, sözleşmelerin devam eden geçerliliğini kabul edecek ve böylece, aksine ancak benzer bir şekilde diriti indisponibili¹⁸⁷yi etkileyecektir.

İsviçre Yüksek Mahkemesi, İtalyan tarafı ile onun temsilcisinin Irak'a yapılan satışlarla ilgili bir anlaşmazlıkta aksi sonuca varmıştır¹⁸⁸. Acente, acentelik sözleşmesi kapsamında ödenmemiş ödemeler için tahkim sürecini başlatmıştır. Tahkim mahkemesi, ara kararında ambargo mevzuatına rağmen yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Kararın iptali için bir dava, söz konusu anlaşmazlığın tahkime elverişli olmadığı iddiasını reddeden İsviçre Yüksek Mahkemesi'ne gitti. Mahkeme, genel olarak, İsviçre hukukuna göre uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğinin tek şartının, bunun mülkiyetle ilgili bir uyuşmazlık olması kapsamında değerlendirme yaparak karar vermiştir. Ambargoya dahil edilen kamu politikası

¹⁸⁷ “inalienable rights” “non-disposable rights” “üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen haklar”

¹⁸⁸ Tribunal Fédéral, 23 June 1992, *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v M and arbitration tribunal*, XX YBCA 766 (1995) paras 10, 11

mülâhazaları, yalnızca maddi sözleşmenin icra edilmemesini değil, ihtilafların eyalet mahkemelerine sunulmasını gerektiriyorsa, tahkime elverişli olmama durumuna yol açabilir. Mahkeme şu kararı vermiştir:

Uyuşmazlığın tahkime elverişliliği iddianın maddi varlığına bağlı değildir. Dolayısıyla, yalnızca emredici kanun hükümlerinin veya belirli bir maddi kamu düzeninin iddiayı hükümsüz kılması veya icrasını imkansız kılması nedeniyle reddedilemez; kamu düzeni nedeniyle dikkate alınması gereken yasa hükümlerine göre, yalnızca bir Devlet mahkemesi tarafından dinlenmesi gereken iddialar söz konusu olduğunda reddedilebilir.

Fakat burada farklı bir tartışma açığa çıkmaktadır. Irak Cumhuriyeti'ne karşı alınan ticari tedbirler, gerçekten de bu tedbirler alınmadan önce akdedilen sözleşmelerin geçerliliği veya söz konusu sözleşmeler kapsamında sonradan ifa edilemeyeceği konusunu gündeme getirmektedir. Bununla birlikte [Fincantieri ve Oto Melara] her halükarda tüm bunların, sözleşmelerden doğan iddiaların tahkime elverişli olmadığını ve daha da ötesi, ilgili sözleşmelerini, M.'nin iddialarını dayandırdığı acentelik sözleşmesi gibi, tahkime elverişli kabul edilmemiştir.

ABD'de, bir mahkemenin dolandırıcılık iddiası taşıyan bir sözleşmeyle ilgili bir anlaşmazlığı yargılama yetkisine sahip olduğu uzun zamandır kabul edilmektedir. Prima Paint Corporation - Flood & Conklin Mfg Co¹⁸⁹ davasında, Yüksek Mahkeme, tüm bir sözleşmeyi teşvik eden bir dolandırıcılık iddiasının olağan bir tahkim maddesi kapsamında tahkim edilebilir olup olmadığı ile karşı karşıya kalmıştır. Madde, sözleşmeden veya sözleşmenin ihlalden kaynaklanan veya sözleşmeyle ilgili herhangi bir ihtilaf veya iddiaya atıfta bulunmak için sağlanmıştır. Mahkeme, Sözleşme taraflarının bu konuyu tahkimden alıkoyma niyetinde olduklarına dair herhangi bir delil bulunmadığı takdirde, Federal Tahkim Yasası(Federal Arbitration Act) uyarınca iddianın tahkime götürülmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹⁸⁹ 87 S Ct 1801, 18 L Ed 2d 1270. Karar : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/388/395>

4.6 RÜŞVET VE YOLSUZLUK'UN TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİNE YANSIMASI

Rüşvet ve yolsuzluk, kamu ihale sözleşmelerinin iktisabına ilişkin danışmanlık ve ilgili hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan birçok ünlü tahkim merkezinde görülen davalardandır. Olağan durum, ücret veya komisyon ödemesi taleplerine direnmek isteyen bir tarafın, anlaşmanın aslında rüşvet miktarı için olduğunu iddia etmesidir. Bu nedenle, ilk anlaşma geçersizdir ve bu nedenle de tahkim anlaşmasını da geçersiz kılmaktadır.

1963'te ICC'nin 1110 sayılı davasında Hakem Lagergren, rüşvetle ilgili bir anlaşmazlığın tahkime elverişli olmadığı sonucuna varmıştır. Hakem Lagergren, tarafların farklı görüşlerine rağmen, yetkisini re'sen soruşturması gerektiğine karar verdikten sonra, ne tahkim yeri hukuku olarak Fransız hukuku, ne de sözleşmenin tabi olduğu hukuk olarak Arjantin hukuku, anlaşmazlığın tahkime götürülmesine izin vermiştir. Karar şu şekilde devam etmektedir¹⁹⁰:

... Son olarak, uygar uluslar tarafından tanınan genel bir hukuk ilkesinin var olduğu tartışılmaz. İyi niyet (bonas mores) veya uluslararası kamu politikasını ciddi şekilde ihlal eden sözleşmeler geçersizdir, uygulanamaz ve mahkemeler; hakemler bunlara yaptırım uygulayabilir. Bu ilke, özellikle terimin olağan anlamıyla bir "(law of forum)"ndan yoksun olan uluslararası tahkim mahkemeleri nezdinde kullanılmaya uygundur. Tüm deliller göz önünde bulundurulduktan sonra, iyi ahlakın ve uluslararası kamu politikasının ağır ihlallerini içeren böyle bir davanın hiçbir mahkemede kabul edilemeyeceğine ikna olunmuştur; ne Arjantin'de, ne Fransa'da, ne de başka bir medeni ülkede, ne de herhangi bir tahkim mahkemesinde. Bu nedenle, bu durumda yargı yetkisinin reddedilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirtilenlerden, yargı yetkisine sahip olunmadığı sonucuna varılırken, tahkime elverişliliğe ilişkin herhangi bir ulusal kuraldan ziyade, hakemlerin bu nitelikteki ihtilafları ele almasını reddeden genel ilkelerden rehberlik istendiği sonucu çıkmaktadır. Mevcut nitelikteki bir girişimde ittifak kuran taraflar, uyuşmazlıklarının çözümünde adalet

¹⁹⁰ ICC case no 1110, *Argentine engineer v British company*; published by **Wetter**, Gillis: *Issues of Corruption before the International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren's 1963 Award in ICC Case no 1110*, 10 Arb Int 277 (1994)

mekanizmasından (ulusal mahkemeler veya tahkim mahkemeleri) yardım isteme haklarını kaybettiklerini anlamalıdır¹⁹¹.

Hakem Lagergren'in görüşüne göre, inandırıcı rüşvet iddiaları yalnızca ana sözleşmeyi etkilemekle kalmaz, aynı zamanda anlaşmazlığı tahkime götürülemez yani tahkime elverişsiz hale de getirir. Bu nedenle, tahkim heyeti, uyuşmazlığı dinleme ve bu rüşvet iddialarının gerçekliğini araştırma yetkisine de sahip değildir.

Pakistan Yüksek Mahkemesi'nin bir kararı, Hakem Lagergren'in görüşünü takip eden bir görüş benimsemiştir. HUBCO - WAPDA davasında¹⁹², uyuşmazlık, davacı tarafından inşa edilen ve işletilen bir santralden elektrik satın alınmasına ilişkin bir sözleşmeden çıkmıştır. Pakistanlı davalı taraf, orijinal anlaşmada daha yüksek fiyatlara yol açan birkaç değişikliğin dolandırıcılık ve hükümet yetkililerine rüşvet vermek suretiyle elde edildiğini iddia etmiştir. Pakistan Mahkemesi, yalnızca yolsuzluk ve dolandırıcılık iddialarının, anlaşmazlıkları tahkime elverişli olmaktan çıkarmak için yetersiz olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık, bu tür uygulamalara ilişkin ilk bakışta suç isnat etmeye yeterli delil (prima facie evidence) mevcut olduğu durumlarda, iddia edilen suç hakkında bulgular gerektiren kamu düzeni meseleleri gündeme gelir ve bu nedenle anlaşmazlığın tahkime götürülemeyeceğine karar vermiştir.

Yukarıda belirtilen koşulların desteklediği yolsuzluk iddiaları, konunun adli olarak daha fazla araştırılması için ilk bakışta temel oluşturur ve kanıtlanırsa, bu belgeleri [yani, orijinal sözleşmedeki değişiklikleri] geçersiz kılacaktır; bu nedenle, kamu düzenine göre, suç iddiasının tespitini gerektiren bu tür konuların Tahkime götürülemeyeceği değerlendirilmektedir.

Altta yatan mantık, söz konusu suç unsuru nedeniyle bu konuların mahkemelere bırakılması gerektiğidir. Mahkemeler, daha geniş soruşturma araçlarına sahiptir ve bu eylemlerin kovuşturulmasında kamu yararına daha iyi hizmet edebileceği düşüncesi ağır basmaktadır.

¹⁹¹ ICC case no 1110, *Argentine engineer v British company*

¹⁹² Supreme Court of Pakistan, 14 June 2000, *The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan*, 15(7) Mealey's IAR AI (2000).

Ancak uluslararası tahkim uygulamasında özellikle Avrupa'da hâkim olan görüş, yolsuzluk ve rüşvet iddialarını içeren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu desteklemektedir. Ayrılabilirlik doktrinine(doctrine of seperability) dayanan tahkim heyetleri ve mahkemeler, tahkim anlaşmasının genellikle sadece ana sözleşmeyi etkileyen iddia edilen yolsuzlukla lekelenmediği sonucuna varmışlardır¹⁹³. Uluslararası kamu yararı, düzeni düşüncesine rağmen, mahkemenin rüşvet mi yoksa yolsuzluk mu olduğuna karar vermesine izin verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Mahkemeler, rüşvet ve yolsuzluk içeren sözleşmeler üzerindeki denetimi icra aşamasında elinde tutar, çünkü bu tür sözleşmeleri destekleyen kararlar kamu düzenine aykırı olacaktır.

Bu, Westacre Investments, Inc ile Jugoimport - SDPR Holding Co Ltd. ve Beogradsk Bankası(Eski Müdürlük) arasındaki bir danışmanlık anlaşmasından doğan Westacre - Jugoimport davasındaki kararda ve çeşitli mahkeme kararlarında açıkça belirtilmiştir. Westacre, Kuveyt Savunma Bakanlığı'nın (KMD) M-84 tankları için vereceği siparişlerle ilgili olarak Jugoimports'a yardım etmeyi kabul etmiştir. Karşılığında Westacre, sözleşmelerin değerinin önemli bir yüzdesini alacaktır. Sözleşme, İsviçre Hukukuna tahsis edilmiştir ve Cenevre'de ICC tahkimi gerçekleştirmiştir. Eski Müdürlük, KMD'den bir emir aldıktan sonra, Westacre'a sözleşmesini feshedeceğini yazılı olarak bildirmiştir. Bu husus sonrası, aracılarn kullanımını yasaklayan bir KMD genelgesini ihlal etmiş olunmuştur. Westacre ödenmemiş tutar için tahkim işlemlerini başlatmıştır. Hakemler, Westacre'a yaklaşık 50 milyon ABD Doları artı faiz ödenmesine karar vermiştir.

Tahkim Heyeti, danışmanlık sözleşmesinin geçersiz olmadığına karar vermiştir: iyi niyet'in(=bona mores) ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, KMD Genelgesinin M-84 sözleşmesinin bir hükmünden farklı olarak Kuveyt'in emredici hukukunun bir parçası olduğu veya uluslararası kamu politikasına ait olduğu tespit edilmemiştir. Ayrıca, davalının, tarafların Kuveyt Hükümeti ile yasa dışı bir şekilde bir sözleşme yapacak olmaları nedeniyle, danışmanlık anlaşmasının geçersiz olduğunu kanıtlayamadığına da değinmişlerdir. Buna göre, danışmanlık anlaşması uluslararası kamu düzenini ihlal etmemiştir. Özel teşebbüslerin kamu sözleşmeleri elde etmek için kulis yapması, bu haliyle yasa dışı bir faaliyet olarak

¹⁹³ Bknz: Switzerland, Tribunal Fédéral, ATF 119 II, 380, 385; England, *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SPDR Ltd*, [1999] 2 Lloyd's Rep 65; [1999] 1 All ER (Comm) 865 (CA)

değerlendirilmez ve bu tür faaliyetleri yürütmek için yapılan sözleşmelerin de yasal olduğuna karar vermiştir¹⁹⁴. Tahkim Heyeti, tahkim anlaşmalarının ayrılabilirliği ve hukuka aykırılığın bir anlaşmayı geçersiz kılan bir savunma işlevi gördüğü konusunda güçlü bir savunma yapmıştır. Yargılamaların çekişmeli doğası, tahkim heyetinin soruşturmacı rolünü ortadan kaldırmaya bile, önemli ölçüde sınırlamaktadır. Daha da önemlisi, heyet bir rüşvet iddiasını tartışmaya yetkili olduğuna dair kendinden emin bir görüş ifade etmiştir.

Davalılar, Westacre'ın Kuveyt Hükümeti'nin bir üyesi için bir kılıf olduğunu iddia ederek kararın İsviçre Yüksek Mahkemesi'nde iptal edilmesini istemişlerdir. İsviçre mahkemesi, bu bilgilerin tahkim sırasında verilir verilmeyeceği konusunda hakemlerden bilgi istemiştir. Hakemler, iddianın kendilerinden önce yapılmadığını ve tahkim yargılamasında Müdürlüğün, şimdi Westacre'ın arkasında olduğunu iddia ettiği hükümet yetkilisinin rolünü hafife almaya çalıştığını bildirmiştir. Yeni delillere rağmen, İsviçre mahkemesi tahkim heyeti tarafından tespit edilen hususların derinine inmemiştir ve 1995'te bu iddiayı reddetmiştir¹⁹⁵. Davacılar ayrıca kararın Kuveyt'te ve Mayıs 1994'te itirazsız olarak tenfizi için başvurmuştur, Kuveyt mahkemesi bu kararı uygulamıştır¹⁹⁶.

Daha sonra 1995'te Westacre, kararı İngiltere'de uygulamak için başvuru yapmıştır. Söz konusu hükümet görevlisinin damadının Westacre'ı yönetmesi de dahil olmak üzere, beyanda bulunanlar, Westacre'ın Kuveyt hükümet yetkilisi için sadece bir kılıf olduğu iddialarına dair daha fazla kanıt sunmuştur. İngiliz mahkemeleri önünde asıl mesele, sözleşmenin İngiliz kamu düzenini ihlal ettiğini gösterebileceği için yeni delilleri değerlendirmek üzere gerçeklerin yeniden açılıp açılmamasına ilişkindir. Temyiz Mahkemesi, "bu davanın olgularına ilişkin uluslararası tahkim kararlarının sürdürülmesine yönelik kamu politikasının, uluslararası ticari yolsuzluğun cesaretini kırmaya yönelik kamu politikasından daha ağır bastığı" gerekçesiyle davaların yeniden açılmasını reddetmiştir¹⁹⁷.

Bu farklı yaklaşımların merkezinde, bu anlaşmazlıklarda yer alan çeşitli kamu düzeni konularına göre farklı ağırlıklar yatmaktadır. Tarafların tüm uyuşmazlıklarını tahkime

¹⁹⁴ Westacre award excerpt in [1999] 1 All ER (Comm) 865, 869 d-h.

¹⁹⁵ The Swiss decision is reported in XXI YBCA 172 (1996).

¹⁹⁶ XXIII YBCA 836 (1998) 837-8.

¹⁹⁷ *Westacre Investments Inc v Jugoinport-SDPR Holding Co Ltd and others* [1998] 4 All ER 570 (QBD), [1999] 1 All ER (Comm) 865 (CA).

götürme anlaşmasını sürdürme, hukuka aykırı sözleşmeleri uygulamaması ve kamu düzenleri arasında açık bir çelişki vardır. Tahkim kurullarının rüşvet iddialarını içeren ihtilafları halletmesine izin verilmesi, genellikle hukuka aykırı sözleşmelerin uygulanmasına yol açmaz. Tahkim heyetleri, rüşvet veya yolsuzluğun kanıtlandığı durumlarda bu tür sözleşmeleri uygulamayı reddetmiştir¹⁹⁸. Tahkim heyetlerinin yanlış yaptığı ve kanuna aykırı uygulamaları onaylayan kararlar verdiği durumlarda, mahkemeler bu kararları uygulamayı reddetmiştir¹⁹⁹.

Bununla birlikte, hukuka aykırı sözleşmelerin uygulanmasına yol açabilecek durumlar olabilmektedir. Mevcut sistemde mahkemeler, gerçekleri tespit etmeye yönelik temel kurallar ihlal edilmedikçe, hakem tarafından saptanan olguların arkasında durmaktadır. Kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığına hakem tarafından tespit edilen olgulara göre karar vermektedirler. Bu koşullarda, maddi hatalar bazı durumlarda hukuka aykırı sözleşmelerin uygulanmasına yol açabilmektedir. İngiltere'de bu potansiyel risk oldukça önemsiz olarak kabul edilmektedir ve tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme niyetini destekleyen kamu düzenindeki bu eğilime büyük ağırlık verilir.²⁰⁰ Pakistan'da ise tam tersi bir husus mevcuttur²⁰¹.

Görünen o ki, uluslararası hakemler, milli mahkemeleri, icra süreci yoluyla, alelde kanuna dayanmayan sözleşmelerin icrasında piyonlara çevirebilmektedir. Ancak, HUBCO-WAPDA durumundaki bir yabancı yatırımcıyı ulusal mahkemelere sunmak da uygun olmayacaktır. Bu tür yatırım sözleşmelerinde, özellikle iktidardaki kişiler değiştiyse, yabancı yatırımcının herhangi bir yolsuzluğun söz konusu olmadığına dair savunmasını adil bir şekilde sunma şansı elde etmesi pek olası olmamaktadır. Bu nedenle, bu durumlarda çözüm, anlaşmazlığın tahkime elverişli olmadığına hükmetmekten ziyade, yolsuzlukla isnat

¹⁹⁸ Örnek karar için bkz: ICC case no 3913, 111 *Clunet* 920 (1984); ICC case no 3916 (1982), 111 *Clunet* 930 (1984).

¹⁹⁹ Örnek karar için bkz: *Soleimany v Soleimany* [1998] 3 WLR 811 (CA).

²⁰⁰ Bkz: *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SPDR Ltd* [1998] 2 Lloyd's Rep 111, 129 (QBD, 19 December 1997).

²⁰¹ The same result is sometimes reached by adopting a very restrictive interpretation of the arbitration agreement according to which the parties never intended to submit disputes involving allegations of corruption to the tribunal. "Aynı sonuca bazen, tarafların yolsuzluk iddialarını içeren ihtilafları mahkemeye götürmeyi asla amaçlamadıkları tahkim anlaşmasının çok kısıtlayıcı bir yorumu benimsenerek ulaşılır."

edilen anlaşmaların uygulanmasına yol açabilecek hiçbir maddi hatanın ortaya çıkmamasını sağlamaktır.

Nesnel olarak Westacre pozisyonu rahatsız edici bir pozisyonda durmaktadır. Bu hususun görünümü, hukuka aykırılıktan etkilenen bir tahkim kararının, yalnızca tahkim sürecinde hukuka aykırılığın kanıtlanmaması nedeniyle ulusal bir mahkeme tarafından onaylanmasına izin vermesinden öte gelmektedir. Yeni deliller elde edilirse, bir mahkemenin kararı uygulama anında incelememesi için hiçbir engel yoktur. Bunun yapması engellenirse, ulusal mahkemeler, açıkça hukuka ve kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin meşrulaştırılacağı araç haline gelecektir.

4.7 ALTYAPI VE DOĞAL KAYNAKLARA İLİŞKİN YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİME ELVERİŞLİLİK DOKTRİNİ

Doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik konularını veya diğer *ius cogens*²⁰² meselelerini içerdiklerinden, bazı yatırım sözleşmelerinin tahkime elverişli olmadığı²⁰³ ileri sürülmüştür²⁰⁴. Hakemler, bir devletin egemen eylemlerinin geçerliliği hakkında hüküm vermemelidir şeklinde bir yaklaşım mevcuttur fakat bu görüş; 1982²⁰⁵'de tahkim heyeti tarafından reddedilmiştir. Taraf devlet, hükümetin doğal kaynakların işletilmesinden vazgeçme kararının geçerliliğine karar veremediği için tahkim heyetinin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Hakemler bu görüşü reddetmiştir²⁰⁶.

²⁰² Emredici bir norm (aynı zamanda “*jus cogens (in latin)*” olarak da adlandırılır, "zorlayıcı hukuk" anlamına gelir), hiçbir şekilde askıya alınmasına izin verilmeyen bir norm olarak kabul edilen uluslararası hukukun temel bir ilkesidir.

²⁰³ Hatta bazı görüşlere göre, bu ihtilafların tahkim anlaşmasının kapsamına girmediğini, çünkü taraf devletlerin yalnızca gerçek ticari ihtilafları sunmak istediğini, ancak ulusal egemenliğin kullanılmasını içeren ihtilafları istemediğini iddia etmektedir bkz: **Sornarajah**, Muthucumaraswamy: *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Wolters Kluwer Law & Business 2000, s.186 vd..

²⁰⁴ Örnek için bkz; the argument raised by the state party in Award of April 1982 in *ad hoc* arbitration, *Company Z and others v State Organization ABC*, VIII YBCA 94 (1983) 111; **Sornarajah**, s.186.

²⁰⁵ Award of April 1982 in *ad hoc* arbitration, *ABC*, VIII YBCA 94 (1983) 112-113.

²⁰⁶ one must distinguish the governmental decision itself which, ... escapes as such the considerations of the Arbitral Tribunal and is thus not “arbitrable”, from the financial consequences of this decision in relation to the disputed Contract. While the Arbitral Tribunal was invited by the claimants' Request for Arbitration to declare that the claimants have a right to certain payments claimed, and which were

Tahkim Heyeti tarafından çizilen ayrım mantıklı görünmektedir. Bir yandan, heyet; devletin egemenlik yetkisini kullanmasının geçerliliğini belirlemek zorunda değildir. Öte yandan, özel kişi olan tarafa, ev sahibi devletin mahkemelerinde alamayabileceği gerekli korumayı sağlamaktadır. Ulusallaştırma tedbirlerinin mali etkilerine ilişkin bu tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını söylemek/savunmak, özel yatırımcıların devlet müdahalesine karşı en savunmasız olduğu durumlarda; devletin tahkim şartından uzaklaşmasına izin verecektir. Eğer bir devlet bu ihtilafları tahkime götürmeyi kabul ederse, taahhütleriyle bağlı olmalıdır.

Kararla ilgili daha geniş bir açıklama yapmak hasıl olmuştur. Şöyle ki, belirli türdeki yatırım sözleşmelerinin tahkime elverişliliği konusunda uzun süredir devam eden bir tartışma bulunmaktadır. Bu tartışma, bu sözleşmelerin sıklıkla bir ülkenin doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik hakları veya uluslararası hukukun temel prensipleri olan ius cogens ile ilgili meseleleri içermesinden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmelerin tahkime elverişsizliğiyle ilgili ana argüman, tahkimin bir devlet tarafından gerçekleştirilen egemen eylemlerin yargılamaması gerektiğine dayanmaktadır.

Bu perspektife karşı 1982 yılında önemli bir tahkim heyeti kararı bir dönüm noktası sağlamıştır. Devlet olan taraf, tahkim heyetinin yargı yetkisine itiraz etmiştir. Bu itirazın temeli, mahkemenin, doğal kaynakların kullanım haklarını bırakma konusundaki hükümet kararının geçerliliğini yargılayamayacağı düşüncesine dayandırmıştır. Ancak tahkim heyeti, bu iddiayı reddederek önemli bir tespitte bulunmuştur.

Bu tespit, önemli bir ayrıma işaret etmektedir: Hükümet kararını, Temyiz Mahkemesi'nin dikkate almadığı ve dolayısıyla "tahkim edilemez" olarak kabul edilmeyen bir alandan ayırmıştır. Bu karar, Devletin Eylemlerini denetlemek gibi bir işleve girmemeliydi. Bu

claimed to be due under the disputed Contract, which ABC, following the decision of the Utopian Government, decided not to pursue, the said Tribunal is not invited to “deny the consequences” of the political decision not to have recourse to the exploitation of natural resources. On the contrary, to the extent that the claim put forward by the claimants is based on non-performance resulting from the Government's decision [...] it may be said that the Request for Arbitration invites the Tribunal to “draw the consequences”, in a contractual and purely financial context, of the said decision, and not to deny them.

durumda, mahkemenin görüşü, Tahkim Talebi ile mahkemenin müdahalesini istemeleriyle ilgiliydi. Başlangıçta, tartışmalı sözleşme kapsamında garanti edilen belirli ödemelere hak iddia etmeyi amaçladılar. Ancak mahkeme, doğal kaynakların kullanımına ilişkin siyasi bir kararın sonuçlarını ortadan kaldırmak üzere çağrılmadığını, oluşturulmadığını vurgulayarak, bu ayrımı belirginleştirmiştir.

Heyet, tam tersine, talep edenin talebinin esasen sözleşmesel ve finansal bir çerçevede "sonuç çıkarmayı" amaçladığını belirtmiştir. Bu sonuçlar, hükümetin politika değişikliği nedeniyle gerçekleşen ifadan kaynaklanmasına ilişkindir. Talep edenler, bu yolla mahkemenin hükümet kararının finansal etkilerini nicelendirmesini amaçlamıştır, ancak kararı kendisi reddetmeyi amaçlamamıştır.

Özetle, bu tahkim heyetinin kararı, egemen kararların(egemen eylemden kasıt devlettir), tahkim yetkisinin dışında kalan bir doğası olduğundan, tahkim mahkemesinin, böylesi kararlardan kaynaklanan finansal ve sözleşmesel sonuçları ele alabileceğini gösteren bir içtihat oluşturmaktadır. Bu ayrım, tahkim heyetinin yatırım sözleşmesi bağlamında sonuçları inceleme yeteneğine izin verirken, egemen eylemin yasallığının geniş kapsamlı bir sorusuna girmeden önce, tahkim heyetinin yargı yetkisinin sınırlarını belirlemeyi amaçlar. Bu dava, devlet egemenliği ve ius cogens prensipleri gibi önemli konularda yatırım sözleşmelerinin tahkim edilebilirliğinin yani tahkime elverişliliğine evrilen anlayışına katkı sağlamaktadır.

Bazı ülkeler farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Örneğin, geleneksel olarak tahkime elverişli olmayan imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen Türkiye, bu tür sözleşmelerde tahkime izin verecek şekilde kanununu değiştirmiştir²⁰⁷. Bununla birlikte, durumun böyle olmadığı birkaç ülke vardır²⁰⁸.

²⁰⁷ Bknz: **Kroeger, Kautz, Acikel** : *Turkey Revisited: Developments in Energy Project Arbitration in the context of Bilateral Investment Treaties and ICSID*, 14(9) Mealey's IAR (1999).

²⁰⁸ Örnek için bknz: the decisions of the Lebanese Conseil d'Etat, 17 July 2001, *Etat Libanais v Société FTML* and *Etat Libanais v Libancell*, Rev Arb 855 (2001), Eski Fransız doktrini olan idari sözleşmelerin tahkime götürülemeyeceği ilkesine dayanarak, BOT sözleşmelerinde bulunan tahkim maddelerinin geçersiz kabul edildiği kararı. Ancak mahkeme, çift taraflı bir yatırım anlaşması olan ICSID tahkiminin mümkün olabileceğini belirtti.

5. RE'SEN TAHKİME ELVERİŞSİZLİK EKSİKLİĞİYLE BAŞA ÇIKMA GÖREVİ

Çoğu durumda, bir ihtilafın tahkime elverişli olmadığı, tahkimi engellemek isteyen bir tarafça ileri sürülmektedir. İhtilafın mahkemeler tarafından karara bağlanması geleneksel olarak tercih edilebilmektedir. Bununla birlikte, taraflardan hiçbirinin tahkime elverişlilik hususunu ileri sürmediği durumlar vardır. Ya bunu fark etmemiş olabilirler ya da ihtilafın özel olarak çözülmesinden çıkarları olabilmektedir. Örneğin, rüşvet veya belirli hukuka aykırı hususlar içeren sözleşmelerin tarafları, uyuşmazlıklarının, ihtilaflarının çözülmesi gerektiğini kabul edebilir, ancak ilgili makamların kendi sözleşmeleri hakkında bilgilendirilmelerini istemeyebilirler. Uyuşmazlık, mahkemelerde ele alınırsa, durum her zaman böyle olacaktır. Bu gibi durumlarda, taraflar mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmese bile, tahkim heyetinin kendisinin tahkime elverişlilik konusunu gündeme getirme hakkına sahip olup olmadığı sorusu ortaya çıkar.

Bu, ICC'nin 1110 sayılı davasında Hakem Lagergren tarafından yapılmıştır²⁰⁹. Tarafların sunduğu savunmaları ve sözlü ve yazılı tanık ifadelerini inceledikten sonra, tek hakem, davanın konusunu ele almak için re'sen yargı yetkisi sorununu gündeme getirmiştir, ve belirtmiştir:

Bu bağlamda, her iki taraf da sözleşme taahhütlerinin bağlayıcı etkisini ve görev tanımına uygun olarak davalarını inceleme ve karara bağlama yetkinliğini onayladı. Ancak, bundan sonra ortaya konan nitelikte bir sözleşmenin varlığı halinde, kamu düzeni edep ve ahlakına göre kınanan; Adaletin usulüne uygun olarak yerine getirilmesi adına, yargı yetkisi sorununu kendi isteğimle incelemekten kaçınmam²¹⁰.

New York Sözleşmesi uyarınca, tanıma ve tenfiz talebi edildiği ülkedeki yetkili makamın (a) farkın konusunun çözümlenemeyeceğini tespit etmesi halinde, bir hükmün tanınması ve tenfizi re'sen reddedilebilir (veya (b) kararın tanınması veya tenfizinin o ülkenin kamu düzenine aykırı olması)²¹¹.

²⁰⁹ ICC case no 1110, *Argentine engineer v British company*

²¹⁰ ICC case no 1110, *Argentine engineer v British company*

²¹¹ Article V(2); ayrıca bkz Model Law, Articles 34(2)(b), 36(1)(b).

Tahkim heyetlerinin herhangi bir ulusal yargı sisteminin parçası olmadığı ve bu nedenle belirli bir devlete herhangi bir bağıllık borçlu olmadığı iddia edilebilir. Taraflar, uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesini istedikleri sürece, hakem heyeti, kararının daha sonra tahkime elverişli olmadığı için iptal edilebileceği gerçeğine bakmaksızın bunu yapmalıdır. Taraflara karşı tenfiz edilebilir bir karar verme görevi, yalnızca taraflar bundan vazgeçmediği sürece mevcuttur.

Bununla birlikte, tercih edilen görüş, uyuşmazlık taraflarca sunulan olgular temelinde tahkime elverişli değilse, bir tahkim mahkemesinin kendi insiyatifiyle yargı yetkisini reddetmesi gerektiğidir. Bu, “taleple bağıllık ilkesi” (ne ultra petita) ilkesine, yani hakemlerin yetkisi dışında bir karar vermemeye²¹² aykırı değildir, ancak kanunun olaylara uygulanmasının sonucudur²¹³. Taraflar genel olarak tahkim mahkemesinin hangi hükümleri uygulayacağına karar vermekte özgür olsalar da, bu özgürlük tahkime elverişlilik konusunu düzenleyen zorunlu kurallardan kaçınmayı kapsamaz. Kanun koyucu bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını ilan ederek, bunları tarafların tasarrufundan kaldırmıştır. Buna göre, tahkim heyeti, tarafların bir oluşumu olmakla birlikte, taraflara ve kamuya karşı bir görev borçludur. Tahkimin, mahkemelerin karar vermesini gerektirecek kadar önemli görülen konularda iç hukuku aşmak için kullanılmaması, tahkimin tanınmış bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak etkinliğine katkıda bulunan bir başka faktördür.

Bir anlaşmazlığın tahkime götürülememesi, tahkim süreci sırasında ve sonrasında herhangi bir ilave mahkeme desteğini de dışlayabilir. Bu ifade, bir anlaşmazlığın tahkim için uygun olmadığı durumda, hem tahkim süreci devam ederken hem de tahkim sonucu verilen karar sonrasında, mahkemelerden destek alamayabileceği anlamına gelir.

Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığı tahkime götürmeyi kabul eden bir taraf, özellikle tahkim sonucu verilen kararın diğer tarafın aleyhine verildiği durumlarda, sonradan fikrini değiştirebilir ve gönüllü uygulamayı reddedebilir.

Bir taraf, bir tahkim kararını mahkemede iptal etmeye çalıştığında, anlaşmazlığın başlangıçta tahkim için uygun olmadığı görüşünü öne sürmenin bu durumu engelleyip

²¹² New York Convention, Article V(1)(c).

²¹³ Avrupa rekabet hukuku bağlamında taraflarca re'sen ileri sürülmeyen hükümlerin uygulanmasına ilişkin bir örnek için: ICC case no 7539, 123 *Clunet* 1030 (1996) 1033.

engellemeyeceği belirsizdir. Bu belirsizlik, konunun öneminden kaynaklanır. Temelde, mahkemeler, bir tarafın anlaşmazlığın tahkim için uygun olmadığını öne sürme hakkının, durumun ciddiyeti göz önünde bulundurularak engellenip engellenmemesi gerektiğini sorgulayabilir.

Daha basit bir dille ifade etmek gerekirse, tahkim için uygun olmayan bir anlaşmazlığın hâlâ tahkim yoluna getirilmesinin olası sonuçları tartışmalıdır. Taraflardan birinin, tahkime elverişsiz nitelikte olan bir anlaşmazlığı tahkimle çözmeyi kabul etmesine rağmen, sonradan karara uymamayı kararlaştırabileceği ve özellikle anlaşmazlığın tahkime elverişsiz uygun olmadığını savunmasını, mahkemelerin tahkim kararı yönelik itirazları incelediğinde bu tarafa engelleyip engellemediğini değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Sonuç olarak, "Ex Officio Tahkime Elverişlilik Eksikliği İle İlgilenme Görevi," bir tahkim hakem heyetinin, tarafların bu soruyu özellikle gündeme getirmemiş olsalar bile, bir anlaşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı sorununu ele almakla yükümlü olduğu konusunu ifade eder. "Ex officio," tahkim heyetinin, taraflardan resmi bir talep beklemeksizin kendi başına inisiyatif alması anlamına gelir. Dolayısıyla, "Ex Officio Tahkim Edilebilirlik Eksikliği İle İlgilenme Görevi," tahkim heyetinin, anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilecek konular kapsamına girip girmediğini önceden değerlendirmesi gerektiğini vurgular. Eğer heyet, anlaşmazlığın tahkim edilemez olduğuna karar verirse, davaya ilişkin yargı yetkisini reddedebilir. Bu görev, tahkimcilerin tahkim sürecinin uygun ve etkili olduğundan emin olma sorumluluğuna dayanır. Tahkimin geçerliliğini etkileyebilecek temel yasal veya yargı yetkisi sorunları varsa, heyet, tarafların bunları açıkça gündeme getirmemiş olsalar bile, bunlarla ilgilenmelidir. Bu yaklaşım, tahkim sürecinin bütünlüğünü korumaya yardımcı olur ve anlaşmazlıkların uygun ve yasal bir şekilde çözülmesini sağlar.

"Ex Officio Tahkim Edilebilirlik Eksikliği İle İlgilenme Görevi," tahkim heyetinin, tarafların tahkim edilebilirlik-elverişlilik sorununu kendiliğinden gündeme getirmemiş olsalar bile, bir anlaşmazlığın tahkim için uygun olup olmadığını bağımsız olarak değerlendirmekle yükümlü olduğunu vurgular. Bu görev, tahkim sürecinin bütünlüğünü ve etkinliğini koruma ilkesiyle de uyumludur.

6. SONUÇ

Tahkime elverişlilik kavramı, çeşitli anlaşmazlıkları çözmek için tahkimin esnekliği ve etkinliği nedeniyle uluararası ve ulusal hukuk camiasında tercih edilen bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak öne çıkmaktadır. Uluslararası hukukta tahkime elverişliliği açıklayan prensipler, irade serbesitis ile kamu yararı arasındaki dengeyi vurgular. Taraflara anlaşmazlıklarını çözme yöntemi olarak serbestçe tahkime götürme hakkı verirken, kamu yararı-kamu düzeni faktörleri tahkimle çözülebilecek anlaşmazlık türlerini sınırlandırılmaktadır.

Pratikte tahkime elverişliliğin değerlendirilmesinde uluslararası sözleşmelerin ve hukuk içtihatının önemi yadınamaz. Bu kapsamda, tahkim hukukunun şekillenmesinde kümülatif olarak ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri-mevzuatları, içtihatları yanısıra; uluslararası sözleşmelerin ve davalarında değerlendirilmesi gerekmektedir. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/11) davası örneğinde tahkime elverişlilik kavramının önemini vurgulayan ve hukuk camiasında öne çıkan ve günümüz tahkime elverişlilik anlayışının da şekillenmesinde rol oynayan bir karar buna örnek verilebilir. Yine Hakem Lagergen'den, Calvo'ya tüm hukuk uygulayıcı ve düşünürlerine atıf yapılması çalışmanın açıklığa ulaşmasında ve günümüzdeki tahkime elverişlilik anlayışının doktrinde geldiği noktanın altını çizmede kaynak oluşturacaktır. Bir başka husus da uluslararası alanda oluşturulmuş ICSID gibi merkezlerin de, küreselleşen dünyanın uyuşmazlıkların çözümünde ortak bir anlayış ortaya koymasından çalışmada değinilmeye değer bulunmuş ve davalarına sıklıkça atıf yapılmış önemli hususlardır. Tahkime elverişliliğin sınırını belirlemede de tüm bu hususlardan etkilenen bir tahkim anlayışının tutarlı bir uyuşmazlık çözümü olmasında katkı sağlaması önemlidir.

Özetle, uluslararası tahkimde tahkime elverişlilik kavramı, tahkimin tarihsel evrimini, irade serbesitisi ile kamu yararı arasındaki ince dengeyi, tahkim anlaşmalarının pratik değerlendirmesini, tahkime elverişlilik sınırlarını, rehberlik eden hukuki çerçeveyi ve tahkim kapsamına hemen uymayan durumları kapsama alanına almak için stratejileri içermektedir. İsviçreden, Amerikaya; Türkiye'den Ürdün'e tahkime elverişlilik belili prensiplerden beslenerek şekil almaktadır.

REFERANSLAR

KİTAPLAR

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, 2.Bası

Alagonya, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 5.Bası, İstanbul 2005

Arnaldez, J. J./ **Derains**, Y., & **Hascher**, D. : Collection of ICC Arbitral Awards (Vols. 1991-1995). The Netherlands: Kluwer Law International

Arfazadeh, Homayoon: Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited, Volume 17, Issue 1, 1 March 2001 17 Arb Int 73 (2001)

Aydemir, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017

Bertheau, Theodor Richard: Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (Wintherthur 1965) 38 et seq

Blessing, Marc: Arbitrability of Intellectual Property Disputes, 12 Arb Int 191 (1996)

Boisseson, Matthieu de: Le droit français de l'arbitrage: interne et international, Paris 1990

Born, Gary B.: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2014

Brown, Henry/**Marriott**, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999

Büyükay, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018

Dalhuisen, Jan H.: Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law Volume 2: International Arbitration. The Transnationalization of Dispute Resolution, Bloomsbury Publishing 2022

David, René: Arbitration in International Trade, Deventer 1985

Deren Yıldırım, Nevhis: Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan), İstanbul 2007

Ekşi, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul 2015

Ekşi, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul (2015)

Fouchard, P., & Goldman, B.: Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration. Kluwer Law International BV 1999

Göksu, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Ankara 2019

Huysal, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010

İlhan, Hüseyin Afşın: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Ankara 2016

Kaplan, Neil: A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is There a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture, ICCA Congress series no 8, 191

Kirry, Antoine: Arbitrability: Current Trends in Europe, 12 Arb Int 373 (1996)

Komninos, Assimakis P.: Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement, 24(2) World Competition 211 (2001)

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014

Kuru, Baki/Aydın, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara 2021

Kuru, Baki/Aydın, Burak: Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, 2, Ankara 2021

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001

Lazic, Vesna: International Arbitration Law Library: Insolvency Proceedings & Commercial Arbitration (International Arbitration Law Library Series Set), Kluwer Law International; 1st edition (November 18, 1998)

Lew, Julian M./**Mistelis**, Loukas A./**Kröll**, Stefan Michael: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 2003

Marshall, E.A. Gill: The Law of Arbitration, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London 2001

Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin-Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, İstanbul 2008

Özbek, Serdar Mustafa, Tahkim Hukuk, Ankara: Yetkin Yayınları, Cilt I 2022

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Erdönmez**, Güray/**Akkan**, Mine/**Yeşilırmak**, Ali/**Taş Torkmaz**, Hülya: Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2, 3, İstanbul 2017

Paulsson, Jan: Denial of justice in international law, Cambridge University Press Vol. 17 2005

Reithmann, C. / **Martiny**, D. (2021). Internationales Vertragsrecht. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.

Renggli, Peter: Die Grenzen der Parteifähigkeit im internationalen privatrechtlichen Schiedsverfahren (Unter besonderer Berücksichtigung des Genfer Protokolls von 1923), Bern 1955

Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozess, Berlin 1908

Sandrock, Otto: Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, Vol 2 (Verlag Recht und Wirtschaft 1980)

Sornarajah, Muthucumaraswamy: The Settlement of Foreign Investment Disputes, Wolters Kluwer Law & Business 2000

Schwartz, Eric A. “The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The view from the ICC”, ICSID Rev-FILJ 17 (1994) 27

Sanlı, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986

Tüysüz, Cemre: Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017

Tüysüz, Cemre: Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017, s. 13

Walter, Gerhard, Bosch, Wolfgang, Brönnimann, Jürgen: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz: Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991 Stämpfli

Wetter, Gillis: Issues of Corruption before the International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren's 1963 Award in ICC Case no 1110 ,10 Arb Int 277 (1994)

Yeğengil, Rasi: Tahkim(l'arbitrage), İstanbul 1974

van den Berg, Albert Jan: The New York Convention of 1958: An Overview. In Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, London: Cameron May (2008)

MAKALELER

Akıncı, Ziya: Neden İstanbul Tahkim Merkezi? Why Center for Arbitration in İstanbul? Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel) 2013, <https://dergipark.org.tr/en/pub/jyasar/issue/19146/203159>

Armin von Bogdandy: Doctrine of Principles 10 (N.Y.U. Sch. of Law Jean Monnet Ctr., Working Paper No. 9/03, 2003), <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-01.pdf>

Balkar Bozkurt, Süheyla: Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı (GSÜHFD 2017/2, s. 259-293), s. 266-267.

Brekoulakis, Stavros.: Law Applicable to Arbitrability: Revisiting The Revisited lex fori, (2009). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414323

Dany Khayat / Raid Abu-Manneh / Wisam Sirhan: London Says ‘No’ and Paris Says ‘Oui’ on Enforcement: Contrasting the English and French Court Decisions in *Dallah v. Pakistan*, https://www.martindale.com/legal-news/article_mayer-brown-llp_1393278.htm

Dayınlarlı, Kemal: Eser Sözleşmesinden Doğan İhtilâfların Çözümünde İç Tahkim (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 381)

Hanotiau, Bernard: The Law Applicable to Arbitrability, van den Berg (ed), ICCA Congress series no 9, 146, 163.

Kalpşüz, Turgut: İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın

Konuralp, Cengiz Serhat: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim (Doktora Tezi), İstanbul 2011

Koral, Rabi: Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM, C. XIII, S. 1

Kroeger / Kautz / Acikel: Turkey Revisited: Developments in Energy Project Arbitration in the context of Bilateral Investment Treaties and ICSID, 14(9) Mealey's IAR (1999).

Öndeş, Ozan Mert: Yabancı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ve uygulanacak hukuk (Master's thesis, Sosyal Bilimler Enstitüsü). s. 105

Özmumcu, Seda: The Principle of Separability and Competence–Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100. In *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* (Vol. 45, No. 62, pp. 263-276). Istanbul University 2013, s. 266-267

Sweet, Stone / Cananea, Giacinto Alec and della: Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez (May 9, 2014). New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 46, No. 3, 2014, s.2, <https://ssrn.com/abstract=2435307> & <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2435307>

Tanriver, Süha: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 125-150)

Uluc, Inan: Corruption in International Arbitration, SJD Dissertations Paper 1 2016, s.283

Yılmaz, Ejder: Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim: Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000

KANUNLAR - ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER – YÖNETMELİKLER

4686 Sayılı Türk Milleterarası Tahkim Kanunu , RG. S. 24453, 05.07.2001

Alman Ticaret Kanunu https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html , Germany ZPO

Avrupa Komisyonu, "2014/104/AB Sayılı AB Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi: Üye Devletler ve Avrupa Birliği'nin Rekabet Hukuku Hükümlerinin İhlalleri İçin Ulusal Hukuk Altında Tazminat İçin Belirli Kurallar Hakkında," O.J. L 349/1, 5.12.2014.

Code de procedure civile(Fransız Usul Kanun) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118171/

Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.

Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 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.

Dutch Bankruptcy Act (Faillissementsrecht)

EC Regulation 44/2001

EC Treaty (1957)

European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements.

Fransa İflas Yasası Decree no 85-1388 of 27 December 1985.

Fransa, NCPC Article 2060

German Civil Code

Hungary, Arbitration Law section 54

ICC Rules Article 35

India, Arbitration Ordinance 1996 section 34.

İsviçre Uluslararası Hukuk Federal Kanunu'nun (PILA)(PIL)(LDIP en français)
https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr

İtalya Medeni Usul Kanunu - CCP

Japanese Arbitration law no.138 according to which the arbitration agreement is only valid if it fulfils the requirements of both, the law of Japan and the law applicable to the arbitration agreement. <https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>

Jordan, Law no 35 of 1983 section 2

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa(Cenevre) Sözleşmesi; (RG. S. 21000, 23.09.1991), “European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961, 21 April 1961, 484 U.N.T.S. 349” (Kısaltma: European Convention)

NASD Code of Arbitration Procedure.

NASDAQ Europe Rule Book, May 2001, 11

Netherlands, CCP Article 1020(3).

Permanent Court of Arbitration (PCA) Arbitration Rules 2012, <https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules/>

Sherman Act

The arbitration act USA

TFEU (2007) Avrupa Birliği İşleyişi Antlaşması (TFEU), Konsolide Metin, O.J. C 202, 7.6.2016

Türk Borçlar Kanunu,

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi” “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York. 10 June 1958” (Kısaltma: New York Convention)

KARARLAR

American Safety Equipment Corp v JP Maguire & Co, 391 F 2d 821, 826 et seq (2d Cir 1968).

Award of April 1982 in ad hoc arbitration, Company Z and others v State Organization ABC, VIII YBCA 94 (1983) 111

C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic (PCA Case No. 2014-22): <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/531/i-c-w-v-czechia>

Cass. Com., 29 November 1950, Tissot, D, 1951, baknz: <https://www.ibanet.org/when-arbitration-and-compliance-meet-up>

Cassazione Civile, Sez. Un., Sent. 3886/2015, Karar: : <https://www.altalex.com/documents/news/2015/03/03/cassazione-civile-sez-vi-t-ordinanza-25-02-2015-n-3886>

Chamber of National and International Arbitration of Milan, Final award, 23 September 1997, XXIII YBCA 93 (1998).

Company M v M SA, XIV YBCA 618 (1989), Cour d'appel Brussels, 4 October 1985.

Cour d'appel Paris, 24 March 1994, Société Deko v G Dingier et Société Meva, Rev Arb 513 (1994) 518

Corte di Appello, 18 Temmuz 1987, XVII YBCA 534 (1992); Corte di Appello Bologna, 21 Aralık 1991, XVIII YBCA 422

Corte di cassazione, 27 April 1979, no 2429, Compagnia Generale Construzioni CIGECO SpA v Piersanti, VI YBCA 229 (1981) 230

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Pakistan &
<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html>
https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=798

ECJ, 1 June 1999, Case 126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV [1999] ECR I 3055. Eco Swiss v Benetton ,
<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-126/97>

Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, 4 Riv Arb 505 (1994), XXI YBCA 594 (1996),
https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=910&opac_view=6

ICC case no 1110, Argentine engineer v British company

ICC case no 2476, 104

ICC case no 3913, 111 Clunet 920 (1984); ICC case no 3916 (1982), 111 Clunet 930 (1984)

ICC case no 4604, X YBCA 973 (1985) 975,

ICC case no 6149 XX YBCA 41(1995) 144

ICC case no 6162, Consultant v Egyptian Local Authority, XVII YBCA 153 (1992)

ICC case no 7539, 123 Clunet 1030 (1996) 1033.

ICC case no 8420, XXV YBCA 328 (2000), 330

ICC case no 8420, XXV YBCA 328 (2000) 330

ICC Dava no 4604, X YBCA 973 (1985) 975, French original in Jarvin Derains Arnaldez, ICC Awards 1986-1990, 545

Italy, Corte di Appello Bologna, 21 December 1991 no 1786, SpA Coveme v CFI – Compagnie Francaise des Isolants SA, XVIII YBCA 422 (1993) 425

Lebanese Conseil d'Etat, 17 July 2001, Etat Libanais v Société FTML and Etat Libanais v Libancell, Rev Arb 855 (2001)

Maternaco SA v PPM Cranes Inc et al, Belgium, Tribunal de Commerce, Brussels, 20 September 1999, XXV YBCA 673 (2000) 675

Meadows Indemnity Co Ltd v Baccala & Shoop Insurance Services Inc, 760 F Supp 1036-1045, XVII YBCA 686 (1992) (EDNY 1991). <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/760/1036/1421200/>

Metalclad v. Meksika [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/97/1)

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>

Polis Fondi Immobiliare di Banche Popolare S.G.R.p.A v. International Fund for Agricultural Development (IFAD) (PCA Case No. 2010-08): <https://pca-cpa.org/en/cases/73/>

Prima Paint Corporation - Flood & Conklin Mfg Co ,87 S Ct 1801, 18 L Ed 2d 1270. Karar : <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/388/395>

Radomir Antic v. Football Association of Serbia (FAS), 4A_654/2011 Judgment of May 23, 2012 First Civil Law Court of Switzerland, Kararın orijinali Almanca'dır: <https://www.bger.ch/de/index.htm> ,Karar İngilizcesi(in english): <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-radomir-antic-v-football-association-of-serbia-fas-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-654-2011-wednesday-23rd-may-2012>

,

Saipem v. Bangladeş <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/05/7>

Scherk v Alberto-Culver Co-417 US 506 (1974)

Scherk v Alberto-Culver Co-417 US 506 (1974)

Schweizerisches Bundesgericht, ATF 119 II, 380, 385;

Soleimany v Soleimany [1998] 3 WLR 811 (CA).

SONATRACH v Distrigas , <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/BR/80/606/1964720/>

Société Nationale Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialisation des Hydrocarbures v Distrigas Corp, 80 BR 606, 610 (D Mass 1987)

Switzerland, Tribunal Fédéral, 28 April 1992, V SpA v G SA, XVIII YBCA 143 (1993) 148

Tecmed v. Meksika, [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/00/2](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/00/2)

Thibelo v. Stölzle-Oberglas Gmbh Karar Orjinali: <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230407.1N.6/NL> Karar Özeti ve fikirler için: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c75b09d-2324-40d0-84d1-d5aa092cfd7#:~:text=Article%201676%2C%20%C2%A71%20of,be%20the%20subject%20of%20arbitration%E2%80%9D>

Thibelo v. Stölzle-Oberglas Gmbh Karar Orjinali: <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230407.1N.6/NL> Karar Özeti ve fikirler için: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c75b09d-2324-40d0-84d1-d5aa092cfd7#:~:text=Article%201676%2C%20%C2%A71%20of,be%20the%20subject%20of%20arbitration%E2%80%9D>

United States Lines, Inc et al (US) v American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc, et al (US), In re United States Lines, XXV YBCA 1057 (2000) (2d Cir, 1 November 1999).

Wilko v Swan, 346 US 427 (1953)

Yargıtay HGK 2005/15-728 E., 2006/1 K., (İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2008, s. 255)

Diğer

<https://sozluk.gov.tr/>

www.icann.org

<https://www.ibanet.org/resources>

