

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI**

**ULUSLARARASI TAHKİMDE
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI**

DOKTORA TEZİ

NECİP FAZIL ERBEYİN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İLHAN YILMAZ

EYLÜL 2023

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI**

**ULUSLARARASI TAHKİMDE
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI**

DOKTORA TEZİ

NECİP FAZIL ERBEYİN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İLHAN YILMAZ

EYLÜL 2023

ÖNSÖZ

Değerli danışmanım Doç. Dr. İlhan Yılmaz'ın kıymetli rehberliğinde hazırlanmış “Uluslararası Tahkimde Hakkın Kötüye Kullanılması” başlıklı çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde doktora tezi olarak sunulmuştur.

Medeni hukukun en temel ilkelerinden hakkın kötüye kullanılması yasağının özellikle uluslararası yatırım tahkimi ve ticari tahkimin birçok örneğindeki yansımalarının değerlendirildiği bu çalışmaya yoğun takvim ve temposuna rağmen kıymetli vaktini ayıran danışman hocam Doç. Dr. İlhan Yılmaz'a teşekkür etmek isterim. Konunun belirlenmesinden çalışmanın tamamlanmasına kadar geçirdiğim bu meşakkatli süreçte rehberliğini, görüşlerini ve desteğini hiçbir zaman esirgemedi. Kıymetli fikirleriyle her zaman yeni bakış açıları ve ufukları keşfetmemi sağladı. Sarfettiği zamanı ve emeği için kendisine müteşekkirim.

Prof. Dr. Murat Atalı ve Prof. Dr. Mehmet Erdem'e tez izleme toplantılarında ayırdığı vakitleri ve çalışma kapsamında ele alınan çeşitli konularda değerli görüş ve önerileriyle yol gösterdikleri için şükranlarımı sunarım.

Yoğun programlarına rağmen tez savunma heyetimde yer almayı kabul etmelerinin yanında, çalışmamı titizlikle inceleyerek kıymetli görüşlerini ve katkılarını esirgemeyen hocalarım Doç. Dr. Hüseyin Akif Karaca ve Doç. Dr. Berk Demirkol'a da ayrıca teşekkür etmek isterim.

Yetkin bir hukukçu olarak yetişmemde ufuk açıcı öneri ve fikirleriyle her zaman takip etme gayretinde olduğum Prof. Dr. Hüseyin Altaş, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi emekli başkanı Süleyman Caner ve Prof. Dr. Fikret Eren'e özellikle şükranlarımı sunarım.

Yeterlik sınavına kadar geçirdiğim dönemde her zaman yanımda olan Av. Ece Başaran Küçük ve Av. Gülberk Bekgöz'e, profesyonel işler bakımından desteklerini sürekli hissettiğim Hergüner hukuk bürosu çalışanlarına da teşekkür etmek isterim. Ayrıca ve önemle, tezin yazım aşamasında pratik fikirleri, bilgi ve deneyimleri, iş birlikleri sayesinde bana rahat bir çalışma imkânı sunan değerli meslektaşlarım Av. Samet Kocayığit, Av. İsmail Kaplan, Av. Ayşe Aksoy Ülgen, Av. Hasan Akif Çetiner ve Av. Hamdi Hakan Turhan ile ofis personelimize de çok teşekkür ederim. Emekli Yrb. Atalay Aydın'ın da desteği yadsınamaz.

Doktora tezimi tamamlamanın gurur ve başarısını yaşarken, şüphesiz teşekkürün en büyüğü varlığını borçlu olduğum değerli aileme! Profesyonel ve akademik kariyerimin şekillenmesi ve ilerlemesinde katkıları hiçbir zaman unutulmayacak kadar büyük. Tanıdığım en tecrübeli ve en bilgili hukukçu, kıymetli babam Av. Salih Erbeyin'e, disiplinli bir insan olmamda vazgeçilmez ve kaçınılmaz katkısıyla Uzm. Dr. Hatice Erbeyin'e, iyi bir hukukçu olma yolunda emin adımlarla ilerleyen kardeşim Av. Mehmet Akif Erbeyin'e, kendime inanmakta güçlük çektiğim zamanlarda dahi gösterdikleri destek için minnetlerimi sunarım. Kendilerine vefa borcumun ödenmesi hiçbir şekilde mümkün değil. Tabi ki sincabım, Momo'nun da desteği ve varlığı unutulmaz.

Mücadelede bana her zaman destek olan, yokluklarını hiçbir zaman hissetmediğim sevgili çevreme de ayrıca ve özellikle teşekkür etmek isterim. Kendilerini unutmadığımdan ve her zaman andığımdan hiçbir şüpheleri olmasın.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	vi
RÉSUMÉ	x
ABSTRACT	xvi
ÖZET	xxii

GİRİŞ.....	1
I- ÇALIŞMANIN KAPSAMI.....	4
II- ÇALIŞMANIN ÖNEMİ	13

BİRİNCİ BÖLÜM HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ TEORİK BOYUTU

I- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAVRAMIN GÖRÜNÜMLERİ	19
A- KITA AVRUPASI HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	20
1- İlkenin Muğlak Görünümleri.....	20
2- İlkenin Açık Görünümleri.....	37
a- Dar Kapsam	37
b- Geniş Kapsam	42
B- ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI	48
1- İlkenin Reddi	50
2- İlkenin İşlevsel Eş Değerleri	54
a- Maddi Hukuk Boyutu: Makullük ve İyi Niyet.....	56
b- Usul Hukuku Boyutu: Usulün Suistimal Edilmesi	62
C- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLKENİN ETKİSİ.....	68
II- İLKENİN İNCELENMESİ.....	69
A- İLKENİN DAYANAĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	71
1- Zarar Verme Esasına Dayanan Sübjektif Görüş	71
2- Dürüstlük Kuralına Dayanan Objektif Görüş.....	72
3- Hakkın Amacına Dayanan Görüş.....	73
4- Değerlendirme	74
B- İLKENİN KAPSAMI	77
1- Hak Kavramı	78
a- Hakkın Kötüye Kullanılması Bakımından Hak.....	78
b- Hukuki Fiil / Hakkın Yasal Sınırları İçerisinde İcrası.....	80
c- Kötüye Kullanılmaya Elverişli Haklar	83
2- Hakkın Kötüye Kullanılmasında Ölçütler	87
a- Hakkın Zarar Verme Niyetiyle Kullanılması.....	88
b- Hakkın Tesis Edildiği Amaç Dışında Kullanılması	92
c- Hakkın Makul Olmayan Kullanımı ve Dengeleme Faktörü	97
aa- Geniş kapsam	99
bb- Yaygın etki.....	102
cc- Kapsayıcılık	105
dd- Nesnellik.....	108
ee- Tahkimde kullanım.....	113
d- Hakkın Kötü Niyetle Kullanılması.....	116

aa-	<i>İyi niyet ve dürüstlük kuralı arasındaki ilişki</i>	117
bb-	<i>İyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması arasındaki ilişki</i>	121
cc-	<i>Kötü niyetin ölçüt niteliği</i>	126
C-	İLKENİN ETKİSİ	129
1-	Çeşitli Görüş ve Uygulamalar	129
2-	İlkenin Benzer Kavramlar ile İlişkisi	134
3-	İlkenin İşlevleri	135
III- DEĞERLENDİRME		139
İKİNCİ BÖLÜM		
ULUSLARARASI TAHKİM VE İLKENİN YANSIMALARI		
I-	TAHKİM YARGILAMASININ İYİ YÖNETİLMESİ	144
A-	GENEL BAKIŞ	144
B-	ADİLLİK, YARGI SÜRECİ VE VERİMLİLİK	151
C-	İRADE SERBESTİSİ PARADOKSU	161
II-	İLKENİN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ İŞLEVİ	165
A-	İLKENİN ARTAN DEĞERİ	167
B-	TAHKİMİN DENGELENMESİ	172
III-	İLKENİN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ GÖRÜNÜMLERİ	178
A-	ULUSLARARASI TAHKİME ERİŞİMDE MANEVRALAR	178
1-	Kurumsal Manevralar	179
2-	Devlet Manevraları	191
B-	PARALEL YARGILAMALAR	201
1-	Genel Bakış	201
2-	Rakip Çıkarlar	206
3-	İlkenin Önemi	213
C-	TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ	226
1-	Genel Bakış	226
2-	Rakip Çıkarlar	235
3-	İlkenin İşlevi	239
IV-	TAHKİM YARGILAMASINDA İLKEYE NİTELİKSEL YAKLAŞIM	256
A-	GENEL OLARAK	256
B-	GENEL HUKUK İLKESİ BOYUTU	261
1-	Genel Bakış	261
2-	Maddi Hukuk	269
3-	Tahkim Usulü	281
C-	ÜSTÜN HUKUK İLKESİ NİTELİĞİ	300
SONUÇ		317
KAYNAKÇA		331
ÖZGEÇMİŞ		393

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association
A.C.	: Appeal Cases
AB / EU	: European Union
ABAD / CJEU	: Court of Justice of the European Union
ABD / USA	: United States of America
AİHM / ECHR	: European Court of Human Rights
AİHS / ECHR	: European Convention on Human Rights
ALI	: American Law Institute
App.	: Appeal
ARB	: Arbitration
A.Ş	: Anonim Şirket
atf.	: Atıfta bulunan
b.	: Bent
BIT / IYA	: İkili yatırım anlaşması
Bkz.	: Bakınız
BM / UN	: Birleşmiş Milletler / United Nations
C.A.	: Civil Affairs
C.S.	: Cour Superieure
Cal. App.	: California Appeal
CPTPP	: Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
Ch.	: Chancery Division Law Reports
CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
Cir.	: Circuit
Civ.	: Civil
CLR	: Common Law Reports
Con. L.R.	: Construction Law Reports
CRCICA	: Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration
Ct. App.	: The United States Court of Appeals Reporter
çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.M.L.R.	: Entertainment and Media Law Reports
ECR	: European Court Reports
edt.	: Editör(ler)
ER	: English Reports
EŞA / ECT	: Energy Charter Treaty
et al.	: Ve diğerleri
EWCA	: England and Wales Court of Appeal (UK)
EWHC	: High Court of England and Wales

f.	: Fıkra
F.3d	: Federal Report, Third Series
F.L.R.	: Family Law Reports
F.Supp.	: Federal Supplement
Fla.	: Florida
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HKIAC	: Hong Kong International Arbitration Center
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association
Ibid.	: Ibidem
ICC / MTO	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICDR	: International Center for Dispute Resolution
ICJ / UAD	: International Court of Justice
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIC	: The International Review of Intellectual Property and Competition Law
ILA	: Uluslararası Hukuk Enstitüsü
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JIPITEC	: Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
K.	: Karar
La.	: Los Angeles
LCIA	: London Court of International Arbitration
Lloyd's Rep.	: Lloyd's Law Reports
m.	: Madde
Mass.	: Massachusetts
Mealey's	: Mealey's International Arbitration Report
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
nakl.	: Naklen
No.	: Numara
NSWCA	: New South Wales Court of Appeal
NYC	: 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
p.	: Page
para.	: Paragraf(lar)
PCA	: Permanent Court of Arbitration
PCIJ	: Uluslararası Daimî Adalet Divanı
PECL	: Principles of European Contract Law
Q.B.	: Queen's Bench Division Law Reports
R.G.	: Resmî Gazete
Rep.	: Report

S.Ct.	: Supreme Court Reporter
SA	: South Australia
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
SCR	: Supreme Court Reports
SIAC	: Singapore International Arbitration Center
So. 2d	: Southern Reporter, Second Series
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UK	: United Kingdom
UKPC	: United Kingdom Privy Council
UKSC	: Supreme Court of United Kingdom
UNCITRAL	: The United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Model Kanunu	: 2006 değişiklikleriyle 1985 tarihli Uluslararası Ticari Tahkim hakkında Model Kanun
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT İlkeleri	: 2016 tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler hakkında UNIDROIT İlkeleri
USMCA	: United States - Mexico - Canada Agreement
v.	: Versus
VCLT	: 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties
vd.	: Ve devamı
W.L.R.	: Weekly Law Reports
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO / DTÖ	: World Trade Organization
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu



RÉSUMÉ

En arbitrage international, qui est de plus en plus sollicité et même considéré comme la principale méthode de résolution des litiges internationaux, il est affirmé que l'abus de droit revêt une importance vitale en tant que principe général de droit. Ce principe possède des vertus supérieures, telles que fournir une base complète et inclusive, favoriser des considérations d'égalité, bénéficier de la flexibilité des principes généraux du droit, et aborder les divers usages de tous les droits qui peuvent émerger sous différentes formes. De plus, il sert de large principe offrant une solution efficace contre tout abus non réglementé dans le cadre des réglementations statutaires, jouant ainsi un rôle crucial dans l'assurance de la bonne administration de la justice arbitrale.

Le droit se compose de diverses règles et normes envisagées pour réguler les effets des relations établies dans la vie socioéconomique. Cependant, comme il n'est pas concevable de prévoir et de réguler chaque possibilité à l'avance, il vise à assurer l'ordre social et l'équité en recourant à des concepts généraux et abstraits tels que la bonne foi. La bonne foi est l'un des principes les plus fondamentaux qui aide au développement des relations dans la société et au maintien de l'ordre social. De nombreuses normes positives ont été formées sur la base de modèles de comportement prescrit par la bonne foi. Alors que les droits sont accordés aux individus dans un certain cadre, une certaine limite est également tracée pour les comportements et actions basés sur le principe de l'abus de droit. Ainsi, le principe est capable d'éliminer toute menace à la finalité du droit et de maintenir l'ordre public. La bonne foi et le principe de l'abus de droit démontrent la norme fondamentale que tous les individus doivent respecter lorsqu'ils exercent leurs droits et remplissent leurs obligations. En plus des réglementations spéciales pertinentes, les autorités judiciaires tiennent compte du fait que ces principes doivent être respectés dans tous les cas. En cas de non-respect de ces principes, ces comportements qui constituent un abus de droit ne seront pas protégés par les systèmes juridiques. En conséquence, la bonne foi et le principe de l'abus de droit couvrent également les droits découlant du droit public et privé. De plus, des concepts généraux et vagues tels que la justice, la bonne foi, la moralité et l'éthique sociale expriment essentiellement la même portée avec la bonne foi et le principe de l'abus de droit, car ces concepts visent à assurer la confiance dans les relations réciproques, la protection de l'équité, et la provision de l'ordre social.

Dans la résolution des litiges internationaux, on observe que les tribunaux d'État ne peuvent pas vraiment répondre aux besoins de la vie commerciale et que les parties appartenant à différents systèmes juridiques et à des cultures différentes peuvent se méfier de l'expertise et de l'impartialité des tribunaux d'État. Par conséquent, il est visé à résoudre les litiges efficacement et à atteindre une décision finale et exécutoire par le biais de la méthode d'arbitrage par un tribunal arbitral indépendant, au lieu des tribunaux d'État. Lorsqu'il s'agit de conflits commerciaux, les parties entrent généralement et communément dans un accord d'arbitrage, consentant ainsi à régler leurs litiges par la procédure d'arbitrage. L'arbitrage, qui repose en grande partie sur la liberté de volonté des

parties, offre un procès plus indépendant et impartial, rapide et confidentiel par des arbitres experts. De plus, contrairement à l'adjudication d'État, l'autonomie de volonté des parties est plus efficace dans la procédure d'arbitrage, et un large éventail de liberté et d'opportunités de contrôle sont offertes aux parties telles que le choix de l'arbitre, le choix de la loi applicable et de la procédure. Cela renforce l'intérêt pour l'arbitrage.

Cette étude examine le principe de l'abus de droit dans le droit de l'arbitrage international. Alors que la dimension théorique de l'abus de droit est abordée, son émergence en droit comparé est étudiée, les problèmes liés à son application dans différents systèmes juridiques et contextes régionaux sont discutés, et les réflexions du principe dans le domaine de l'arbitrage international sont analysées. Cette étude souligne l'importance de plus en plus reconnue du principe de l'abus de droit dans la pratique de l'arbitrage international. Elle évalue les impacts potentiels du principe en termes de gestion efficace des processus d'arbitrage, d'équilibrage des intérêts des parties et de légitimité de la procédure d'arbitrage.

Le principe de l'abus de droit a été examiné dans la première partie de l'étude. Pour parvenir à la conclusion de l'acceptation du principe en tant que principe juridique général, un examen est d'abord effectué sur la façon dont le principe est traité dans différents systèmes juridiques et le principe est distillé jusqu'à ses éléments de base. Par conséquent, cette étude vise à déterminer s'il est nécessaire de changer les conditions d'application pour adapter le principe aux caractéristiques de l'arbitrage international.

Dans cette section, diverses approches de l'abus de droit en droit comparé sont examinées. Dans ce contexte, la façon dont le principe de l'abus de droit est abordé dans différents systèmes juridiques civils est évalué. Le principe est réglementé de manière dispersé et appliqué de manière limitée en droit français. Cependant, dans le droit allemand et suisse/turc, le principe a une base claire dans les réglementations juridiques et est largement appliqué. Sur la base de cette brève et concise revue de ces systèmes juridiques, il est conclu que ce principe est largement adopté en droit civil. La dimension du principe en tant que principe juridique général est largement soutenue, et il est accepté qu'il est applicable à tous les droits. De plus, les systèmes juridiques bénéficient également de différents critères pour assurer l'application du principe, et dans tous les cas, il est soutenu qu'un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux autorités judiciaires dans l'application du principe.

En examinant les systèmes de common law, on constate qu'une approche défavorable est généralement adoptée à l'égard du principe, mais cette approche s'affaiblit progressivement, et il y a de fortes tendances vers l'acceptation du principe. En effet, malgré le rejet du principe, ses équivalents fonctionnels sont utilisés dans les problèmes survenant dans le cadre de son application, et les mêmes résultats sont obtenus avec des pratiques très similaires.

Grâce à cet examen du droit comparé, il a été déterminé que certaines conditions sont recherchées dans l'application du principe, et le principe est abordé sous différents angles. Dans ce contexte, diverses opinions concernant le principe et ses éléments ont été révélées. Le premier élément du principe est la présomption de l'existence d'un droit. Le droit en question est utilisé dans ses limites formelles, mais les conditions dans lesquelles

le droit est utilisé aboutissent au résultat que l'intérêt soumis au droit n'est pas protégé par le système juridique. Suite à l'évaluation des éléments présentés ici, l'intention de nuire, l'abus contre le but le détournement de finalité, le critère de raisonnable et le facteur d'équilibre, et les critères de bonne/mauvaise foi utilisés pour déterminer l'abus d'un droit sont évalués. Ici, il a été constaté que le caractère raisonnable et le facteur d'équilibre constituent les critères les plus essentiels basés sur la complétude de l'application, l'effet généralisé, l'inclusion d'autres critères, l'objectivité, et d'utilisation dans le cadre de l'arbitrage. Comme on l'accepte généralement, aucun droit ne peut être utilisé de manière irrationnelle, et il n'est pas possible de déterminer à l'aide d'une règle ou un critère rigide. La détermination de l'abus d'un droit n'est possible qu'en soumettant les parties à des intérêts conflictuels dans un processus d'équilibrage. Ce processus d'équilibrage assure également le bon fonctionnement du système juridique en fixant une limite appropriée pour chaque droit. L'importance de la raisonnable et du facteur d'équilibrage est particulièrement soulignée pour atteindre un équilibre juste entre les parties et pour maintenir la justice.

Par la suite, les fonctions de ce principe ont été traitées. Ce principe est utilisé pour résoudre les litiges et surmonter les ambiguïtés. Il atténue la rigueur des règles juridiques et permet aux autorités judiciaires de mettre en œuvre diverses réglementations. En conséquence, la flexibilité du droit est assurée, et le lien entre justice apparente et justice réelle est préservé. De plus, le principe garantit un résultat équitable en éliminant les lacunes cachées causées par l'abus de droits résultant des règles juridiques appliquées. Le principe de l'abus de droit est également efficace pour prévenir des résultats injustes et pour déterminer de nouvelles obligations contractuelles par les organismes judiciaires. Surtout dans le processus d'adaptation du contrat à des circonstances imprévues, le principe de l'abus de droit joue un rôle significatif dans les conflits entre droits réels et droits apparents. Ainsi, il est évident que le principe ici présent a des fonctions correctives et réparatrices. De plus, le principe empêche tout abus dans un litige spécifique d'atteindre le résultat juridique souhaité. Le refus des autorités judiciaires de protéger le droit et donc de rejeter la demande est utilisé pour contrecarrer le résultat de l'abus de droits. À cet égard, le principe assume une fonction préventive et obstructive.

Grâce à la prise en compte et à l'acceptation généralisée de la dimension théorique de l'abus de droits, il a été possible d'aborder les réflexions du principe dans l'arbitrage international et de déterminer s'il peut être appliqué en tant que principe juridique général. La deuxième section traite de la manière dont le principe de l'abus de droits se reflète dans l'arbitrage international.

Tout d'abord, dans l'arbitrage international, qui est accepté comme la méthode principale adoptée pour la résolution des litiges internationaux, le concept de bonne gestion des procédures d'arbitrage est évalué. Ce concept est généralement utilisé pour souligner l'équité du procès, le processus judiciaire, l'égalité, l'efficacité et l'intégrité du processus arbitral. Ces éléments sont également acceptés comme principes fondamentaux de l'arbitrage international. La force de ces principes découle du respect des garanties procédurales des parties, il est donc soutenu que les parties ne peuvent pas renoncer complètement à ces garanties. Le concept de processus d'arbitrage bien géré comprend les exigences de justice, de respect des procédures et d'efficacité. Alors que le concept vise à fournir une solution juste et équitable entre les parties, il renforce l'efficacité procédurale

en économisant du temps et des coûts. Par conséquent, l'importance de ce concept repose sur les avantages souhaités. De plus, il est soutenu que ce concept est un principe obligatoire, partie de l'ordre public international, et qu'il doit être respecté même contre d'autres principes forts, tels que la liberté de volonté. Par conséquent, l'inviolabilité de la libre volonté devrait être adoucie en utilisant des principes procéduraux. Comment le principe de l'abus de droits affecte les principes d'équité, de procédure judiciaire et d'efficacité sous le concept d'arbitrage bien géré est également analysé dans ce contexte. À cet égard, un bref examen des questions de justice, de procédure judiciaire et d'efficacité dans le cadre d'une procédure d'arbitrage dûment gérée est effectué.

Nous évaluons ensuite comment le principe de l'abus de droits dans le contexte de l'arbitrage international aide les tribunaux arbitraux à sauvegarder et à renforcer les éléments fondamentaux du concept d'arbitrage dûment administré. Compte tenu de la tendance croissante de l'abus de droits dans l'arbitrage international, les critiques contre cette tendance et l'impact de ce principe sur la gestion des litiges sont évalués. De même, compte tenu du fait que différents éléments inhérents (tels que l'équité, la procédure régulière et l'efficacité) sont souvent en conflit les uns avec les autres dans la bonne gestion du processus arbitral, et que les tribunaux d'arbitrage préfèrent également l'un de ces éléments à un autre, il est expliqué comment le principe peut efficacement traiter de telles tensions dans l'arbitrage.

À cet égard, l'effet du principe est examiné sur trois problèmes juridiques différents fréquemment rencontrés dans l'arbitrage: les manœuvres institutionnelles et étatiques pour accéder à l'arbitrage, les procédures d'arbitrage parallèles et l'extension de l'accord d'arbitrage à des tiers. Il est souligné comment l'interdiction de l'abus de droits dans l'arbitrage international contribue à la gestion du processus arbitral.

Des pratiques d'abus de droits sont rencontrées, notamment dans les exemples de nationalité d'entreprise et de planification des investissements, pour accéder à l'arbitrage. De plus, dans l'arbitrage d'investissement, les conditions de l'investissement peuvent changer à cause de changements de gouvernement ou de politique. Dans de tels cas, les investisseurs sont souvent confrontés à des attitudes hostiles, leurs attentes peuvent être violées, des enquêtes criminelles pénales peuvent être initiées, ou la législation peut être modifiée. On observe également que ces problèmes sont injustement revendiqués par les investisseurs pour accéder à l'arbitrage. Par conséquent, il est particulièrement important pour les arbitres d'appliquer le principe de l'abus de droits pour garantir un processus équitable et préserver l'intégrité du processus d'arbitrage.

Des procédures parallèles ou ultérieures émergent lorsque les parties portent des litiges découlant du même litige ou d'un litige connexe devant différents arbitrages ou tribunaux. Dans ce cas, même si l'un des procès d'arbitrage ou de tribunal est déjà en cours ou conclu, les parties initient différents procès sur le même sujet et les mêmes motifs. En fait, il existe certaines préoccupations légitimes, comme le risque de décisions contradictoires/conflituelles, le doublement des coûts et des dépenses, et le malaise causé par les procédures. Bien que les principes de *lis pendens* et de *res judicata* soient généralement acceptés au niveau du système juridique national, leurs applications sont insuffisantes dans le contexte des procédures parallèles. Malgré le fait que diverses opinions peuvent être trouvées en droit comparé, une approche stricte comme le test de

triple identité est généralement adoptée pour les procédures parallèles dans les systèmes de common law. D'autre part, et en plus de ceux-ci, les systèmes de droit civil prennent en compte des facteurs tels que la participation au capital, les sociétés de groupe, l'héritage. Cette situation non seulement apporte de l'ambiguïté à la pratique, mais conduit également à un écart substantiel. Par conséquent, des explications sont apportées concernant le rôle du principe de l'abus de droits et la bonne gestion des procédures dans l'arbitrage international. Ce principe est important pour évaluer les aspects juridiques et stratégiques des procédures parallèles et des procédures qui se chevauchent. De plus, le principe aborde des questions telles que l'équité, la procédure régulière et l'efficacité en équilibrant les intérêts conflictuels dans la gestion des processus arbitraux et pas seulement en assurant la justice. En conséquence, en se concentrant sur les risques plus grands et les intérêts conflictuels que peuvent causer les procédures parallèles, nous analysons comment le principe joue un rôle crucial dans le renforcement du fonctionnement de la justice et l'équilibrage des intérêts conflictuels.

L'application du principe de l'abus de droits dans l'extension des accords d'arbitrage soulève une question importante concernant le rôle du principe. Dans ce contexte, le principe de l'abus de droits est souvent utilisé pour atténuer la rigidité et la dureté des droits légaux ou contractuels existants. Cependant, le principe peut également être utilisé pour créer un nouveau droit ou obligation contractuels et prévenir des résultats injustes ou inévitables. Dans de tels cas, le principe entre en jeu dans sa plus grande étendue, agissant comme une épée plutôt qu'un bouclier. Le fonctionnement du principe dans l'extension des accords d'arbitrage est une manifestation concrète du principe, car il cherche à établir la juridiction sur les non-signataires.

Le recours au principe de l'abus de droits n'est pas étranger à la pratique arbitrale. Le principe est explicitement appliqué comme base juridique claire pour l'extension de l'accord d'arbitrage dans certains cas, tandis que dans d'autres, les effets de l'abus de droits émergent de manière proéminente dans le contexte de principes fondamentaux, tels que la protection des attentes raisonnables des parties, l'équité et l'efficacité. La plupart des cas se référant au principe de l'abus de droits sont liés à la théorie de la levée du voile corporatif. Ici, il est soutenu que l'abus de droits peut être appliqué à tous les types de cas d'extension en utilisant d'autres exemples.

Comme l'importance du principe dans l'arbitrage international a ainsi été évalué dans la dimension théorique de l'arbitrage et dans les trois questions essentielles des manœuvres étatiques et institutionnelles, des procès parallèles et de l'extension, l'accent est ensuite mis sur la nature et la fonction du principe ci-mentionné. Dans les cas où les arbitres choisissent d'utiliser le principe de l'abus de droits dans la reconnaissance ou le refus d'un droit spécifique, certaines propositions s'appuyant sur divers exemples et perspectives universitaires sont avancées pour répondre à la question de savoir si les arbitres l'appliquent comme un principe général du droit de l'arbitrage ou simplement comme une partie du droit substantiel et/ou procédural applicable.

La dernière section résume les défis et les limites actuels dans le traitement de l'abus de droits dans l'arbitrage international et fournit certaines suggestions. Ces suggestions incluent l'adoption d'une approche plus cohérente dans différents systèmes juridiques et contextes régionaux, la mise en œuvre de mécanismes de gestion plus efficaces dans les

processus d'arbitrage, l'équilibrage des intérêts des parties, et l'utilisation plus efficace de l'autorité et de la discrétion des tribunaux d'arbitrage.

En conclusion, cette étude vise à contribuer à la littérature existante en examinant l'abus de droits dans l'arbitrage international. L'objectif de cette étude est de proposer une analyse exhaustive pour comprendre et souligner l'importance du principe de l'abus de droits dans l'arbitrage international, tant d'un point de vue théorique que pratique. De plus, elle cherche à favoriser la mise en œuvre des procédures d'arbitrage d'une manière plus juste, efficace et conforme à l'état de droit.



ABSTRACT

In international arbitration, which is increasingly resorted to and even seen as the main method of resolving international disputes, it is asserted that abuse of rights is of vital importance as a general principle of law. This principle possesses superior virtues, such as providing a comprehensive and inclusive basis, fostering considerations of equality, benefiting from the flexibility of the general principles of law, and addressing various uses of all rights that may emerge in different forms. In addition, it serves as a broad principle offering an effective solution against any misuse not regulated within the framework of statutory regulations, thus playing a crucial role in ensuring the good administration of arbitral justice.

Law consists of various rules and norms envisaged to regulate the effects of relationships established in socioeconomic life. However, as it is not conceivable to predict and regulate every possibility in advance, it is aimed at ensuring social order and fairness by resorting to general and abstract concepts such as good faith. Good faith is one of the most fundamental principles that helps the development of relationships in society and the maintenance of social order. Many positive norms were formed based on behavior patterns delineated by good faith. While rights are granted to individuals within a scope, a certain limit is also drawn to behaviors and actions based on the principle of abuse of rights. Thus, the principle is capable of eliminating any threat to the purpose of law and maintaining public order. Good faith and the principle of abuse of rights demonstrate the basic standard that all individuals must abide by while exercising their rights and fulfilling their obligations. Judicial authorities consider that these principles must be respected in any case, together with the relevant special regulations. In the case of non-compliance with these principles, such behaviors that constitute an abuse of right will not be protected by legal systems. Accordingly, good faith and the principle of abuse of rights also cover rights arising from public and private law. Moreover, general and vague concepts such as justice, good faith, morality, and social ethics express mostly the same scope with good faith and the principle of abuse of rights, as these concepts aim to ensure trust in reciprocated relations, protection of fairness, and provision of social order.

In international dispute resolution, one can observe that state courts cannot truly meet the needs of commercial life and that parties belonging to different legal systems and cultures may approach the expertise and impartiality of state courts with suspicion. Therefore, it is aimed to resolve disputes effectively and reach a final and enforceable decision through arbitration method by an independent arbitral tribunal, instead of state courts. When dealing with commercial conflicts, parties generally and commonly enter into an arbitration agreement, thereby consenting to settle their disputes via the arbitration process. Arbitration, which is largely based on the parties' freedom of will, offers a more independent and impartial, fast and confidential trial by expert arbitrators. Furthermore, unlike state adjudication, parties' autonomy of will is more effective in the arbitration process, and a wide range of freedom and control opportunities are provided to parties

such as the choice of arbitrator, choice of applicable law and procedure. Such advantages reinforces interest in arbitration.

The focus of this research is to analyze the concept of the misuse of rights within the field of international arbitration law. While the theoretical dimension of the abuse of rights is addressed, its emergence in comparative law is investigated, issues related to its application in different legal systems and regional contexts are discussed, and reflections of the principle in the field of international arbitration are analyzed. This research highlights the growing recognition of the significance of the abuse of rights principle in the practice of international arbitration. It evaluates the potential impacts of the principle in terms of the effective management of arbitration processes, balancing party interests, and the legitimacy of the arbitration process.

The initial segment of the research involves an examination of the abuse of rights principle. To reach the conclusion of acceptance of the principle as a general legal principle, an examination is first made on how the principle is handled in different legal systems and the principle is distilled to its basic elements. Hence, this study aims to determine whether it is necessary to change the application conditions to adapt the principle to the characteristics of international arbitration.

In this section, various approaches to the abuse of rights in comparative law are scrutinized. Within this framework, an evaluation is conducted to explore how the abuse of rights principle is approached in various civil legal systems. The principle is regulated dispersedly and applied in a limited way in French law. However, in German and Swiss/Turkish law, the principle has a clear basis in legal regulations and is widely applied. Based on this brief and concise review of these legal systems, it is concluded that this principle is broadly adopted in civil law. The dimension of the principle as a general legal principle is widely supported, and it is accepted that it is applicable to all rights. In addition, legal systems also benefit from different criteria to ensure the application of the principle, and in any case, it is argued that extensive discretion is granted to judicial authorities in the application of the principle.

When examining common law systems, it is seen that an adverse approach is generally adopted towards the principle, but this approach is gradually weakening, as there are strong trends towards the acceptance of the principle. Indeed, despite the rejection of the principle, its functional equivalents are used in issues arising in the scope of its application, and the same results are achieved with very similar practices.

Thanks to such review of comparative law, it is determined that certain conditions are sought in the application of the principle, and the principle is approached from different perspectives. In this context, various opinions regarding the principle and elements thereof have been revealed. The first element of the principle is the assumption of the existence of a right. The right in question is used within its formal limits, but the conditions under which the right is used lead to the result that interest subject to the right is not protected by the legal system. Following the evaluation of the elements herein, the intention to harm, misuse against the purpose, reasonableness and balancing factor, and good/bad faith criteria used to determine the abuse of a right are evaluated. It was found that reasonableness and the balancing factor constitute the most essential criteria based on

comprehensiveness in application, widespread effect, inclusion of other criteria, objectivity, and usability in arbitration. As is generally accepted, no right can be used irrationally, and it is not possible to determine this with a rigid rule or criterion. The determination of the abuse of a right is only possible by subjecting the parties to conflicting interests in a balancing process. This balancing process also ensures proper functioning of the legal system by setting an appropriate limit for each right. The importance of reasonableness and the balancing factor is especially emphasized in achieving a fair balance between the parties and in maintaining justice.

Subsequently, the functions of this principle were handled. This principle is used to resolve disputes and overcome ambiguities. It alleviates the harshness of legal rules and allows judicial authorities to implement various regulations. Accordingly, the flexibility of the law is ensured, and the connection between *ostensible justice* and *actual justice* is preserved. Moreover, the principle warrants a fair result by eliminating covert gaps caused by the misuse of rights resulting from the applied legal rules. The principle of the abuse of rights is also effective in preventing unfair outcomes and in determining new contractual obligations by judicial bodies. Especially in the process of adapting the contract to unforeseen circumstances, the principle of the abuse of rights plays a significant role in conflicts between actual right and ostensible right. Thus, it is obvious that the principle herein has corrective and remedial functions. In addition, the principle prevents any misuse in a specific dispute from reaching the desired legal outcome. The refusal of judicial authorities to protect the right and therefore reject the request is used to thwart the result of the misuse of rights. In this respect, the principle assumes a preventative and obstructive function.

Through the consideration and widespread acceptance as seen in the examination of the theoretical dimension of the abuse of rights, it has been made possible to address the reflections of the principle in international arbitration and determine whether it can be applied as a general legal principle. The second part of the study explores the manifestation of the abuse of rights principle within the realm of international arbitration.

First, in international arbitration, which is accepted as the main method adopted for resolution of international disputes, the concept of good administration of arbitration proceedings is evaluated. This concept is generally used to emphasize fair trial, judicial process, equality, effectiveness, and integrity of the arbitral process. These matters are widely acknowledged as fundamental principles within the realm of international arbitration. The strength of these principles stems from respect for procedural guarantees of the parties; therefore, it is argued that the parties cannot completely waive these guarantees. The concept of a well-managed arbitration process includes the requirements of justice, due process, and efficiency. While the concept aims to provide a fair and equitable solution between parties, it reinforces procedural effectiveness by saving time and cost. Therefore, the importance of this concept is based on desired benefits. In addition, it is argued that this concept is a mandatory principle, part of the international public order, and needs to be upheld even against other strong principles, such as freedom of will. Accordingly, the inviolability of free will should be softened using procedural principles. How the principle of abuse of rights affects the principles of fairness, judicial process, and efficiency under the concept of well-managed arbitration is

also analyzed in this context. In this regard, a brief review is made on issues of justice, judicial process, and efficiency in duly managed arbitration process.

We then evaluate how the principle of abuse of rights in the context of international arbitration assists arbitral tribunals in safeguarding and enhancing the fundamental elements of the concept of duly administered arbitration. Given the rising trend of abuse of rights in international arbitration, criticisms against this trend and the impact of this principle on the management of litigation are evaluated. Likewise, considering that different inherent elements (such as fairness, due process, and efficiency) frequently conflict with each other in the good management of arbitral process, and that arbitration courts also prefer one of these elements over another, it is explained how the principle can effectively deal with such tensions in arbitration.

In this regard, the effect of the principle is examined on three different legal issues frequently encountered in arbitration: institutional and state maneuvers in accessing arbitration, parallel arbitration proceedings, and extension of the arbitration agreement to third parties. The study emphasizes the contribution of prohibiting the abuse of rights in international arbitration towards effectively managing the arbitral process.

Practices of the abuse of rights are encountered, especially in examples of corporate nationality and investment planning, to provide xixccess to arbitration. In addition, in investment arbitration, the conditions of investment may change because of government or policy changes. In such cases, investors often face hostile attitudes, their expectations may be violated, criminal investigations may be initiated, or legislation may be amended. It is also observed that these issues are unfairly claimed by investors to xixccess arbitration. Therefore, it is of particular importance for arbitrators to apply the principle of abuse of rights to ensure a fair process and preserve the integrity of the arbitration process.

Parallel or subsequent proceedings emerge where parties bring lawsuits arising from the same or related dispute before different arbitrations or courts. In this case, even if one of the arbitration or court trials is already pending or concluded, the parties initiate different lawsuits on the same subject and grounds. In fact, there are certain rightful concerns, such as the risk of contradicting/conflicting decisions, doubling costs and expenditures, and discomfort caused by proceedings. Although the principles of *lis pendens* and *res judicata* are generally accepted at the national legal system level, their applications are insufficient in the context of parallel proceedings. Despite the fact that various opinions may be found in comparative law, a strict approach such as the *triple identity test* is generally adopted for parallel proceedings in common law systems. On the other hand, and in addition to those, the civil law systems take into account factors such as shareholding, group companies, inheritance. This situation not only brings ambiguity to practice, but also leads to a substantial gap. Hence, the research presents elucidations concerning the significance of the abuse of rights principle and its role in ensuring proper proceedings management in international arbitration. This principle holds particular importance in assessing the legal and strategic dimensions of parallel and overlapping proceedings. Furthermore, the principle addresses issues such as fairness, due process, and efficiency by balancing conflicting interests in the management of arbitral processes, besides ensuring justice. Accordingly, focusing on the greater risks and conflicting

interests that parallel proceedings can cause, we analyze how the principle plays a crucial role in strengthening the operation of justice and balancing conflicting interests.

The application of the principle of abuse of rights in the extension of arbitration agreements raises an important matter regarding the role of the principle. In this context, the principle of the abuse of rights is often used to alleviate the rigidity and harshness of existing legal or contractual rights. Nevertheless, the principle can be harnessed to establish novel contractual rights or obligations and avert unfair or inequitable consequences. In such cases, the principle comes into play in its widest extent, acting as a sword rather than a shield. The operation of the principle in the extension of arbitration agreements is a concrete manifestation of the principle, as it seeks to establish jurisdiction over non-signatories.

The utilization of the abuse of rights principle is a familiar practice within the realm of arbitration. The principle is explicitly applied as a clear legal basis for the extension of the arbitration agreement in some cases, while in others, the effects of abuse of rights prominently emerge within the context of fundamental principles, such as protecting the reasonable expectations of the parties, fairness, and efficiency. The majority of cases that invoke the abuse of rights principle are connected to the theory of piercing the corporate veil. Here, it is argued that the abuse of rights is applicable to all types of extension cases by addressing specific examples.

As the importance of the principle in international arbitration has thus been evaluated in the theoretical dimension of arbitration and in the three essential issues pertaining to state and institutional maneuvers, parallel trials, and extension, focus is then placed on the nature and function of the principle hereof. In cases where arbitrators choose to utilize the principle of abuse of rights in the recognition or refusal of a specific right, certain propositions drawing upon various examples and scholarly perspectives are put forward to answer the question of whether arbitrators apply this as a general principle of arbitration law or merely as part of applicable substantive and/or procedural law.

The final section summarizes the current challenges and limitations in dealing with the abuse of rights in international arbitration and provides certain suggestions. These suggestions include adopting a more coherent approach in different legal systems and regional contexts, implementing more effective management mechanisms in arbitration processes, balancing party interests, and more effectively using the authority and discretion of arbitration courts.

In conclusion, this study aims to contribute to the existing literature by examining the abuse of rights in international arbitration. The objective of this study is to offer an exhaustive analysis to comprehend and highlight the importance of the principle of the abuse of rights in international arbitration from both theoretical and practical viewpoints. Furthermore, it seeks to foster the implementation of arbitration procedures in a way that is more just, efficient, and adherent to the rule of law.



ÖZET

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde gittikçe daha çok başvuru ve hatta artık esas çözüm yöntemi olarak görülen uluslararası tahkimde, hakkın kötüye kullanılmasının genel bir ilke olarak büyük bir öneme sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bu ilke, kapsamlı ve kapsayıcı bir temel sağlaması ve eşitlik mülahazalarını gözetmesi, hukukun genel ilkelerinin esnekliğinden faydalanması ve tüm hakların çeşitli şekillerde ortaya çıkan kullanımlarını ele alabilmesi gibi üstün faziletlerle sahiptir. Bunun yanında, mevzu hukuk kuralları çerçevesinde düzenlenmemiş kötüye kullanımlara karşı etkili bir çözüm sunabilen geniş bir ilke olarak işlev görmekte ve böylece tahkim yargılamasının iyi yönetimini sağlamak için hayati bir rol oynamaktadır.

Hukuk, toplumsal hayatta kurulan ilişkilerin etkilerini düzenlemek için öngörülmuş çeşitli kurallar ve normlardan oluşmaktadır. Ancak her ihtimalin önceden tahmin edilmesi ve düzenlenmesi mümkün olmadığından, dürüstlük kuralı gibi genel ve soyut kavramlara başvuruyla toplumsal düzenin ve hakkaniyetin temin edilmesi amaçlanmaktadır. Dürüstlük kuralı, toplumdaki ilişkilerin gelişmesine ve toplumsal düzenin sağlanmasına yardımcı olan en temel ilkelerden biridir. Birçok pozitif norm, dürüstlük kuralının öngördüğü davranış örneği esas alınarak oluşturulmuştur. Haklar belirli bir kapsam dahilinde bireylere tanınırken, hakkın kötüye kullanılması ilkesi sayesinde davranış ve eylemlere de bir sınır çizilmektedir. Böylece ilke, hukukun amacına ve kamu düzeninin korunmasına karşı her türlü tehdidin bertaraf edilmesini sağlamaya muktedirdir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkesi, tüm bireylerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken uyulması gereken esas standardı göstermektedir. Yargı makamları, ilgili özel düzenlemeler yanında, bu ilkelere her hâlükârda uygun davranılması gerektiğini göz önünde bulundurmaktadır. Bu ilkelere uyulmadığı takdirde hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek davranışlar, hukuk düzenleri tarafından korunmayacaktır. Böylece dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkesi, özel hukuka ilişkin hakların yanında kamu hukukundan doğan hakları da kapsamaktadır. Ayrıca adalet, iyi niyet, ahlak, sosyal etik gibi genel ve muğlak kavramlar da karşılıklı ilişkilerde güvenin sağlanması, hakkaniyetin korunması, toplumsal düzenin temin edilmesi amacını taşıdıklarından, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle aynı kapsamı işaret etmektedir.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerinin ticari hayatın ihtiyaçlarını tam olarak karşılayamadığı, özellikle farklı hukuk sistemlerine ve kültürlere mensup tarafların devlet mahkemelerinin uzmanlığına ve tarafsızlığına kuşkuyla yaklaşabildiği görülmektedir. Bu nedenle, tahkim yöntemi kullanılarak uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine bağımsız bir hakem heyeti tarafından etkili bir şekilde çözülmesi, nihai ve uygulanabilir bir karara ulaşılması hedeflenmektedir. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde çoğu zaman taraflar, tahkim sürecine tabi olmayı kabul ettikleri bir tahkim anlaşması akdetmektedir. Büyük ölçüde tarafların irade serbestisine dayanan tahkim sayesinde, uzman hakemlerce taraflara daha bağımsız ve tarafsız, hızlı ve

gizli bir yargılama sunulmaktadır. Ayrıca devlet mahkemelerinin aksine, tahkim sürecinde tarafların irade özerkliği daha etkindir ve taraflara hakem seçimi, uygulanacak hukuk ve usul seçimi gibi geniş bir serbestlik ve kontrol imkânı sağlanmaktadır. Bu avantajlar da tahkime olan ilgiyi pekiştirmektedir.

Bu çalışmada, uluslararası tahkim hukukunda hakkın kötüye kullanılması ilkesi üzerinde detaylı bir inceleme yapılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılmasının teorik boyutu ele alınırken, karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkışı araştırılmakta ve farklı hukuk sistemlerinde ve bölgesel bağlamlarda uygulanması ile ilgili konular tartışılmakta, ilkenin uluslararası tahkim alanındaki yansımaları analiz edilmektedir. Çalışma, uluslararası tahkim uygulamasında hakların kötüye kullanılması ilkesinin giderek artan tanınırlığını ve önemini vurgulamaktadır. İlkenin tahkim süreçlerinin etkili yönetimi, taraf menfaatlerinin dengelenmesi ve tahkim sürecinin meşruiyeti üzerindeki olası etkileri değerlendirilmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde, hakkın kötüye kullanılması ilkesi tanıtılmaktadır. İlkenin genel bir hukuk ilkesi olarak kabulünün belirlenmesi için öncelikle ilkenin farklı hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığına ve temel unsurlarına dair bir inceleme yapılmaktadır. Böylece, ilkenin uluslararası tahkimin özelliklerine uygun hale getirmek için başvuru koşullarının değiştirilmesinin gerekip gerekmediğinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

İlk olarak, hakkın kötüye kullanımına karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar incelenmektedir. Bu çerçevede, Kıta Avrupası'nda yer alan çeşitli hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin nasıl ele alındığının değerlendirilmesi yapılmaktadır. Fransız hukukunda ilkenin dağınık bir şekilde düzenlendiği ve sınırlı bir şekilde uygulandığı, ancak Alman ve İsviçre/Türk hukuklarında ilkenin hukuki düzenlemelerde daha açık bir temeli bulunduğu ve genişçe uygulandığı görülmektedir. Bu düzenlerdeki muhtasar incelemeye istinaden, Kıta Avrupası hukukunda ilkenin yaygın bir şekilde benimsendiği, ilkenin genel hukuk ilkesi boyutunun desteklendiği, tüm haklara uygulanabileceğinin kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca burada hukuk düzenlerinin, ilkenin uygulanmasını sağlamak için çeşitli ölçütlerden de faydalandığı gözlenmekle birlikte, her hâlükârda ilkenin uygulanmasında yargı makamlarına geniş bir takdir yetkisi tanındığı ileri sürülmektedir.

Anglo-Sakson hukuku incelendiğinde, ilkeye karşı genel olarak menfi bir yaklaşım benimsendiği, ancak bu yaklaşımın gittikçe kırıldığı ve ilkenin kabulü yönünde güçlü eğilimlerin bulunduğu görülmektedir. Gerçekten, ilke reddedilmesine rağmen ilkenin uygulama kapsamında ortaya çıkan hususlarda ilkenin işlevsel eş değerlerinden faydalanılarak, aslında çok benzer uygulamalarla aynı sonuçlara varılmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk kapsamındaki bu inceleme sayesinde, ilkenin uygulanmasında belirli koşulların arandığı ve ilkenin değişik bakış açılarıyla ele alındığı saptanmaktadır. Bu kapsamda, ilkeye dair çeşitli görüşler ve ilkenin unsurları ortaya konulmaktadır. İlkenin ilk unsuru, bir hakkın bulunduğu varsayımdır. Söz konusu hak şekli sınırlarına uygun kullanılmakta, ancak hakkın kullanıldığı koşullar hak konusu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunmaması sonucuna yol açmaktadır. Unsurların bu şekilde değerlendirilmesi akabinde, bir hakkın kötüye kullanıldığını tespitte başvuru

zarar verme niyeti, amaca aykırı kullanım, makullük ve dengeleme faktörü, iyi/kötü niyet ölçütleri değerlendirilmektedir. Burada, makullük ve dengeleme faktörünün uygulama kapsamlılığı, yaygın etkisi, diğer ölçütleri de içermesi, tahkimde kullanılabilirliği ve nesnelliğine dayanılarak en esaslı ölçütü teşkil ettiği tespitinde bulunmaktadır. Zira genel kabul bulunduğu üzere, hiçbir hak mantıksız bir şekilde kullanılamaz ve bunun da katı bir kural veya ölçütle belirlenmesi mümkün değildir. Bir hakkın kötüye kullanıldığına tespiti, ancak tarafların çatışan menfaatlerinin dengeleme sürecine tabi kılınmasıyla mümkündür. Bu dengeleme süreci aynı şekilde her hakka uygun bir sınır belirleyerek hukuk düzeninin de uygun bir şekilde işlemesini temin etmektedir. Makullük ve dengeleme faktörünün önemi, taraflar arasında adil bir dengenin sağlanması ve adaletin korunmasında özellikle belirginleşmektedir.

Bundan sonra, ilkenin işlevleri incelenmektedir. İlke açık bir şekilde uyuşmazlıkların çözümünde ve belirsizliklerin aşılmasında kullanılmaktadır. Hukuk kurallarının sertliğini gidermektedir. Ayrıca, yargı makamlarının çeşitli düzenlemeler yapmasına olanak tanımaktadır. Böylece, hukukun esnekliği sağlanmakta ve görünüşte adalet ile fiili adalet arasındaki bağlantı korunmaktadır. Ayrıca, uygulanan hukuk kurallarının sonucunda ortaya çıkan hakkın kötüye kullanılmasının neden olduğu örtülü boşlukları gidererek adaletli bir sonuç elde edilmesini temin etmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi, adil olmayan sonuçların önlenmesinde ve yeni sözleşmesel yükümlülüklerin hâkim tarafından belirlenmesinde de etkilidir. Özellikle öngörülemeyen durumlarda sözleşmenin uyarlanması sürecinde, gerçek hak ve görünüşteki hak arasındaki çatışmalarda hakkın kötüye kullanılması ilkesi önemli bir rol oynamaktadır. Bu sayede hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici ve iyileştirici bir işleve sahip olduğu açıkça görülmektedir. İlke, somut uyuşmazlıkta kötüye kullanılan bir hakkın arzu edilen hukuki sonuca ulaşmasını engellemektedir. Bir hakkın hukuk tarafından korunmaması ve dolayısıyla yargı makamlarının talebi reddetmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunun gerçekleşmemesi için kullanılmakta, ilke önleme ve engelleme işlevi de üstlenmektedir.

Hakkın kötüye kullanılmasının teorik boyutuna dair mülahazalar ve yaygın kabulü sayesinde, ilkenin uluslararası tahkimdeki yansımalarını ele almak ve burada genel hukuk ilkesi olarak uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesi mümkün kılınmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslararası tahkime nasıl yansıdığı ele alınmaktadır.

Öncelikle, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde esas benimsenen yöntem olarak ifade edilen uluslararası tahkimde, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kavramı değerlendirilmektedir. Bu kavram genellikle adil yargılamaya, yargı sürecine, eşitliğe, tahkim sürecinin etkinliğine ve bütünlüğüne vurgu yapmak için kullanılmaktadır. Bu konular, uluslararası tahkimde kabul gören temel prensipler arasında yer almaktadır. Bu kavramların gücü, tarafların usuli garantilerine saygı gösterilmesinden ileri gelmektedir ve bu nedenle tarafların bunlardan tamamen feragat edemeyeceği ileri sürülmektedir. Tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kavramı adalet, yargı süreci ve verimlilik gerekliliklerini içermektedir. Kavram, taraflar arasında adil ve hakkaniyetli bir çözüm sağlamayı hedeflerken, zaman ve maliyet tasarrufu sağlayarak usuli etkinliği pekiştirmektedir. Dolayısıyla bu kavramın önemi, hedeflediği yüksek faydalara dayanmaktadır. Ayrıca, bu kavramın zorunlu bir prensip olduğu, uluslararası kamu düzeninin bir parçası olduğu ve irade serbestisi gibi diğer güçlü ilkeler karşısında da

korunması gerektiği savunulmaktadır. Bu nedenle, irade serbestisinin dokunulmazlığı, bir usul ilkesi ile yumuşatılmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kavramı altındaki adillik, yargı süreci ve etkinlik prensiplerini nasıl etkilediği de bu bağlamda incelenmektedir.

Akabinde, uluslararası tahkim bağlamında hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim mahkemelerine yardım ederek yargılamanın iyi yönetilmesi kavramının temel unsurlarını nasıl koruduğu ve geliştirdiği değerlendirilmektedir. Burada, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılmasına dair gittikçe derinleşen bir eğilim bulunduğu görüldüğünden, tahkimde artan kötüye kullanım uygulamalarına yöneltelen eleştiriler ve bu ilkenin yargılamanın yönetimi üzerindeki etkisi incelenmektedir. Ayrıca, tahkim yargılamasının iyi yönetiminde farklı iç unsurların (adillik, yargı süreci ve verimlilik gibi) birbirleriyle sıklıkla çatıştığı ve tahkim mahkemelerinin de bu unsurlardan birini diğerine tercih ettiği göz önüne alındığında, ilkenin tahkim yargılamasında bu tür gerilimlerle nasıl etkili bir şekilde başa çıkabileceği açıklanmaktadır.

Böylece, tahkim yargılamasında sıkça karşılaşılan üç farklı hukuki mesele olan tahkime erişimde kurumsal manevralar ve devlet manevraları, paralel tahkim yargılamaları ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konularında ilkenin etkisi incelenmektedir. Burada, uluslararası tahkimde hakların kötüye kullanılması yasağının, yargılamanın iyi yönetilmesine nasıl katkıda bulunduğu vurgulanmaktadır.

Tahkime erişimin sağlanmasında, özellikle şirket vatandaşlığı ve yatırım planlaması örneklerinde, hakkın kötüye kullanımı uygulamalarına rastlanmaktadır. Ayrıca, yatırım tahkiminde hükümet veya politika değişiklikleri gibi sebeplerle yatırımların tabi olduğu koşullar değişebilmektedir. Yatırımcıların düşmanca tutumla karşılaştığı, beklentilerinin ihlal edildiği, cezai soruşturmalar başlatıldığı veya mevzuatın değiştirildiği durumlar da sıklıkla tecrübe edilmektedir. Bu hususların yatırımcılar tarafından tahkime erişmek amacıyla haksız bir şekilde iddia konusu edildiği de görülmektedir.

Paralel veya müteakip yargılamalar, tarafların aynı veya ilgili bir uyuşmazlıkla ilgili olarak farklı tahkim veya mahkemeler önünde dava açtığı durumu ifade etmektedir. Bu halde, tahkim veya mahkeme yargılamalarından biri zaten devam ediyor veya sonuçlanmış olsa bile tarafların aynı konularda ve dayanaklarda farklı yargılamalar başlattığı durumlar söz konusu olmaktadır. Haliyle burada, çelişkili karar riski, maliyet ve kaynak harcamalarının iki katına çıkması, yargılamaların rahatsızlık yaratması gibi endişeler ortaya çıkmaktadır. *Derdestlik* ve *kesin hüküm* prensipleri ulusal hukuk düzenleri bazında genellikle kabul edilse de paralel yargılamalar bağlamında bunların uygulamaları yetersiz görünmektedir. Karşılaştırmalı hukukta çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, genel olarak Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde paralel yargılamalar konusunda üçlü kimlik testi gibi katı bir yaklaşım benimsenmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise bunlara ilaveten, örneğin hissedarlık, grup şirketleri, mirasçılık gibi faktörler de dikkate alınmaktadır. Bu durum, uygulamayı belirsizleştirmenin yanı sıra, önemli bir boşluğa da neden olmaktadır. Bu nedenle, ticari tahkim ve yatırım tahkiminde paralel yargılamalar hususunda, yargılamanın iyi yönetilmesi ve hakkın kötüye kullanılması ilkesinin rolüne ilişkin açıklamalar getirilmektedir. İlke, paralel ve örtüşen yargılamaların hukuki ve stratejik yönlerini değerlendirmek için önemlidir. Bunun yanında ilke, sadece adaletin sağlanmasını değil, aynı zamanda tahkim yargılamalarının

yönetiminde çatışan çıkarlarını dengeleyerek adillik, yargı süreci ve verimlilik gibi konuları ele almaktadır. Bu nedenle, paralel yargılamaların yol açabileceği büyük riskler ve çatışan çıkarlar üzerinde odaklanılarak, ilkenin adaletin işleyişinin güçlendirilmesi ve çatışan çıkarların dengelenmesinde nasıl bir mekanizma olarak rol oynadığı analiz edilmektedir.

Tahkim anlaşmalarının genişletilmesinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin nasıl uygulandığı, ilkenin rolüne ilişkin önemli bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması ilkesi, mevcut hukuki veya sözleşmesel hakların katılığını ve sertliğini gidermek amacıyla çoğu zaman kullanılmaktadır. Bununla birlikte, ilke ayrıca yeni bir sözleşmesel hakkın veya yükümlülüğün oluşturulması ve haksız veya adaletsiz sonuçların engellenmesi amacıyla da kullanılabilir. Bu tür durumlarda, ilke en geniş kapsamıyla ortaya çıkarak kalkandan ziyade kılıç işlevi üstlenmektedir. İlkenin tahkim anlaşmalarının teşmili sürecinde işleyişi, imza sahibi olmayanlar üzerinde yargı yetkisi tesis etmeye çalıştığı için ilkenin somut bir tezahürüdür.

İlkenin aslında tahkim uygulamasında yaygın bir şekilde kullanıldığı da söylenebilir. İlke, bazı durumlarda tahkim anlaşmasının teşmili için açık bir hukuki dayanak olarak açıkça uygulanmakta ve diğer durumlarda ise tarafların makul beklentilerini koruma, adillik ve etkinlik gibi temel prensipler çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasının varlık nedeni belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, hakkın kötüye kullanılması ilkesine atıfta bulunan davaların çoğu, tüzel kişilik veya ikinci kişilik perdesinin kaldırılması teorisiyle ilgilidir. Burada, diğer örneklerden de yararlanılarak hakkın kötüye kullanılmasının her türden teşmil vakalarına uygulanabileceği ileri sürülmektedir.

Uluslararası tahkimde ilkenin önemi, tahkim yargılamasının teorik boyutunun incelenmesi akabinde devlet manevraları ve kurumsal manevralar, paralel yargılamalar ve teşmil şeklindeki üç esaslı meselede böylece değerlendirildikten sonra, ilkenin niteliği ve işlevi üzerine yoğunlaşmaktadır. Hakemlerin belirli bir hakkın tanınması veya reddedilmesi konusunda hakkın kötüye kullanılması ilkesinden yararlanmayı seçtikleri durumda, bunu tahkim hukukunun genel bir ilkesi olarak mı yoksa sadece mevcut maddi ve/veya usul hukukunun bir unsuru olarak mı uyguladığı sorusunun cevabına dair çeşitli örnekler ve öğretideki görüşler üzerinden önermeler sunulmaktadır.

Çalışmanın sonuç bölümü, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanımının ele alınmasındaki mevcut zorlukları ve sınırlamaları özetlemekte ve çeşitli önerilerde bulunmaktadır. Bu öneriler, farklı hukuk sistemleri ve bölgesel bağlamlarda daha tutarlı bir yaklaşımın benimsenmesi, tahkim süreçlerinde daha etkili yönetim mekanizmalarının uygulanması, taraf menfaatlerinin dengelemesi, tahkim mahkemelerinin daha etkili bir şekilde yetki ve takdir yetkisini kullanması gibi hususları kapsamaktadır.

Sonuç olarak çalışma, uluslararası tahkimde hakların kötüye kullanımını inceleyerek, bu konuda mevcut literatüre katkıda bulunmayı hedeflemektedir. Çalışma, teorik ve pratik açıdan uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanımı ilkesinin değerini anlamak ve ortaya koymak için kapsamlı bir analiz sağlamayı ve tahkim süreçlerinin daha adil, etkili ve meşru bir şekilde yürütülmesini teşvik etmeyi amaçlamaktadır.



GİRİŞ

Mevcut veya gelecekteki uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülmesi tarafların iradesine tabidir. Bu anlamda, uluslararası tahkimin açık bir şekilde sözleşmesel ve rızaya dayalı bir doğası vardır¹. Çünkü yargı erki öncelikle devlet mahkemelerine ait olup uyuşmazlıkların çözümünde tahkim istisnai bir mekanizma olarak görülmektedir². Yaygın kanı bu şekilde olmakla birlikte, özellikle uluslararası ticaret bağlamında bu algı tahkim lehine büyük ölçüde değişmiştir. Uluslararası tahkimin uluslararası ticari ihtilafların çözümünde tercih edilen yöntem olduğu³, ticari uyuşmazlıklar ve yatırım uyuşmazlıklarında olağan çözüm yolu teşkil ettiği artık genel olarak kabul edilmektedir⁴.

Uluslararası ticaretin ve yatırım işlemlerinin boyutu ve karmaşıklığı günbegün artmakta, haliyle uluslararası ticari uyuşmazlıklar da artmaktadır. Bu bağlamda, etkili ve hızlı uyuşmazlık çözümüne dair ihtiyaç küresel bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası tahkim de ulusal ve uluslararası ihtilafların çözümünde öne çıkan bir yargılama biçimidir. Bu çerçevede tahkim sistemine dair çözümsüz bırakılan herhangi bir endişe tahkim sürecini olumsuz yönde etkileyebilecek, sisteme güvensizlik ve şüpheyeye yol açarak bir tahkim kâbusuna dönüşebilecektir.

Uluslararası tahkim özellikle son zamanlarda farklı suistimal biçimleriyle karşı karşıya kalmıştır. Taraflarca gerçekleştirilen kötüye kullanım eylemleri, yalnızca diğer tarafa büyük zararlar vermekle kalmayıp aynı zamanda uyuşmazlıkların adil bir şekilde

¹ Gary B. Born **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing**, 3. Baskı, Hollanda, Kluwer Law International, 2010, s. 2.

² Yargıtay 13. HD., 2006/521 E. 2006/5446 K. 12.4.2006 T.

³ L. Yves Fortier, “Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes”, **The University of Southern Wales Law Journal**, 2008, Cilt 31 Sayı 1, 1, s. 2; Ucheora Onwuamaegbu, “International Dispute Settlement Mechanisms – Choosing Between Institutionally Supported and Ad Hoc; and Between Institutions”, ed. Katia Yannaca-Small, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 64.

⁴ Jean-François Poudret/ Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, 2. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2007, s. 24; Yargıtay 15. HD, 2019/2474 E. 2019/3640 K. 26.09.2019 T.

özölmesini engelleyebilir ve tahkim sürecinin etkin işleyişine zarar verebilir. Örneğın, tarafların yatırımlarını ticari amaçla değil, ICSID tahkimine erişmek için değıştirerek suistimal edici bir şekilde yeniden yapılandırdıkları durumlarla karşı karşıya kalınmaktadır⁵.

Benzer şekilde, suistimal edici paralel tahkim yargılamalarının artması ve istenmeyen risk olarak tutarsız kararlarla karşılaşılması, adil yargılama standartlarına, yargı sürecinin gerekliliklerine ve daha geniş anlamda tahkim yargılamasının iyi yönetimine engel teşkil edebilir⁶. Bu bağlamda, hakemlerin bir hakkın kötüye kullanılmasını önlemek ve tahkim adaletini sağlamak için önceden var olan çeşitli klasik araçları ve hukuk kurallarını kullanma imkânı vardır. Ancak, *kesin hüküm* veya *derdestlik* gibi araçların genellikle sınırlı ve belirli bir kapsama sahip olduğu bilinmektedir. Uygulamaları ise doğaları gereğı katıdır ve farklı kötüye kullanım biçimlerini düzeltmede yetersiz kalmaktadır.

Hakkın kötüye kullanılması genel bir ilke olarak uluslararası tahkim boyutuyla hayati bir önem arz etmektedir. Özellikli bir teori olarak geniş bir kapsama ve kapsayıcılığa sahip olan hakkın kötüye kullanılması ilkesi, eşitliğe riayet ederek ve hukukun genel ilkelerinin esnekliğinden faydalanarak kötüye kullanım teşkil eden tüm davranışları ilişkin davranışları ele alabilmektedir.

Hakkın kötüye kullanımıyla ilgili genel bir ilkenin benimsenmesinin önemi, adaletin iyi yönetimini sağlama amacıyla diğer kuralların ele alamadığı kötüye kullanım biçimlerini düzeltme işlevine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu prensip, kapsayıcılığı ve kötüye kullanımın düzeltilmesinde diğer kuralların işlevini tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle çekicidir. Daha sonra detaylı bir şekilde tartışılacağı gibi bu ilkenin gücü aynı zamanda, şu anda belirli bir kural ile düzenlenmemiş

⁵ *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, **UNCITRAL**, 14 March 2003, Award.

⁶ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, **UNCITRAL**, **PCA** Case No. 2011-06, 18 July 2013, Decision on Jurisdiction.

her türlü kötüye kullanımı ele alabilen kapsayıcı bir prensip olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu çalışma, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesini genel çerçevesiyle ele almayı amaçlamaktadır. Böylece farklı maddi ve usuli suistimal biçimleriyle mücadele etmek için uluslararası tahkimde genel bir hukuk ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılması ilkesinin özünün aslında birçok hukuki müessesede bulunduğunu ortaya koyarak ilkenin uygulamasını geliştirmeyi hedeflemektedir.

Özellikle Anglo-Sakson hukuku bağlamında, hakkın kötüye kullanılması ilkesine dair menfi bir görüş benimsendiği görülmektedir. Kıta Avrupası hukukunda hakiki bir ilke ve aynı zamanda uluslararası hukukun da ayrılmaz bir parçası olan bu kavram dünya genelinde gittikçe daha da sık başvurulmuş uluslararası tahkim alanında da önem kazanmaktadır.

Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin incelenmesi ve uluslararası tahkimde uygulanması, uluslararası tahkim hukuku ve pratiklerinde tek başına üzerinde durulan bir tartışma konusu değildir. Bu çalışmada da tahkim uygulamasındaki son eğilimlerin aslında ilkenin dağınık da olsa sık sık kullanıldığı ortaya koyulmaktadır. Ancak bu kurumun temel unsurlarını özellikle ele alan ve uluslararası tahkimde uygulamasını karşılaştırmalı olarak değerlendiren yeterince ayrıntılı bir incelemenin

yokluğunda, ilkenin uygulaması tahkim tarafları ve organlarının yargısal kaprislerine bırakılmıştır.

I- ÇALIŞMANIN KAPSAMI

Burada, genel olarak hakların kötüye kullanılması ilkesine ilişkin mevcut teorik arka plana ve özellikle uluslararası tahkimde uygulanmasına ilişkin kısa ve öz bir genel bakış sunulmaya çalışılacaktır.

Bireyler, her hukuk düzeninde maddi ve usuli haklara sahiptir. Hukuk düzeni, bir hakkın olağan kullanımını tanır ve korur⁷. Ancak, bir hakkın kötüye kullanılması, hak sahibinin sorumluluğunu tetikleyip tetiklemeyeceği ve haliyle hak sahibinin bundan doğan sorumluluğunun ne olacağı sorusunu doğurmaktadır. Bu nedenle, temel sorun bir hakkın kullanımının ne zaman kötüye kullanma durumuna dönüşeceği.

Geniş bir ifadeyle, hakkın kötüye kullanılması, normalde hukuk düzeni tarafından korunan bir hakkın kötü niyetli veya makul olmayan bir şekilde ya da tesis edilme amacından başka bir amaçla kullanılması anlamına gelmektedir⁸. *Hersch Lauterpacht*'a

⁷ Mustafa Dural/ Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 148; Hüseyin Altaş, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK 1-7)**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020, s. 70; Ergin Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Baskı, İstanbul, 1986, s. 235; M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 26. Baskı, İstanbul, Vedat, 2020, s. 138; Viktor Knapp, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, Sayı 11, s. 105.

⁸ Bu tanımlama çalışmamızın ilerleyen aşamalarında kapsamlı bir şekilde değerlendirilecek olmakla birlikte, şimdilik bkz. Robert Kolb, “General Principles of Procedural Law”, ed. Andreas Zimmermann et al., **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2006, s. 831; Glenda Redmann, “Abuse of Rights: An Overview of the Historical Evolution and the Current Application in Louisiana Contracts”, **Loyola Law Review**, 1986, Sayı 32, 946, s. 946; Anna Di Robilant, “Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law”, 61 **Hastings Law Journal**, 2010, Cilt 61 Sayı 3, 687, s. 688; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, “Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması”, **Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, 1978, s. 147; Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C: 1**, 12. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, s. 163; Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 289; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, 2006, s. 18; M. Kemal Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1978, s. 184; Yalçın Kavak, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019, s. 5; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 263.

göre de hakkın kötüye kullanılması, bir hakkın meşru olarak haklı gösterilemeyecek bir zarara yol açacak şekilde kullanılmasını ifade etmektedir⁹.

Pek çok hukuk sisteminde, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan çeşitli kurallar öngörülmektedir¹⁰. Bu yasağa ilişkin yaptırımlar, genellikle daha önemli başka bir hakkın korunması için uygulanmaktadır¹¹. Yani hakkın kötüye kullanılmasının *özünün*, yasa koyucu ve/veya yargı makamının çatışma halindeki çeşitli haklar üzerinde ihtiyatlı bir değerlendirme ve yapıcı analizi neticesinde, bir hakkı korumak için diğerini feda etmeye karar verdiği durumları ifade ettiği söylenebilir¹².

Hakkın kötüye kullanılması genel olarak Anglo-Sakson hukukunda kabul edilmemekle birlikte, Kıta Avrupası hukukunda geniş çapta tanınmaktadır. Bazı hukuk düzenlerinde bu ilkeye oldukça katı bir yaklaşım benimsenerek uygulaması hukukun sadece belirli alanlarına hasredilmekte, bazı hukuk düzenlerinde ise ilkenin daha geniş bir kapsama ulaşması ve farklı alanlarda uygulanması temin edilmektedir¹³.

Hakkın kötüye kullanılması kavramının varlığına ilişkin olarak öğretilerde de farklı görüşler bulunmaktadır. İlkenin geçerliliğini inkâr edenler, bunun muğlak bir kavram olduğunu ve uygulanabilecek tanımlanmış bir içerikten yoksun olduğunu öne sürmektedir¹⁴. Ayrıca, hakkın kötüye kullanıldığı tespitin karakteristik olarak hak sahibinin saikin belirlenmesine dayandığından bahisle, ilkenin uygulanmasına karşı

⁹ Hersch Lauterpacht, **The Function of Law in the International Community**, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 294. Aynı yönde bkz. Michael Byers, "Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age", **McGill Law Journal**, 2002, Sayı 47, 389, s. 406. Ayrıca ilkenin önemine özellikle dikkat çekmesi ve benzer bir yaklaşım benimsemesi bakımından bkz. Francis A. Mann, **The Legal Aspects of Money**, 5. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 1992, s. 476.

¹⁰ Byers, s. 406.

¹¹ Bazı davalarda hak sahibinin hiçbir kusuru olmamasına rağmen hakkın kullanımı nedeniyle başkası aleyhinde doğan zararın tazminine karar verildiği görülmektedir. Lauterpacht, s. 303-304; John H. Crabb, "The French Concept of Abuse of Rights", **Inter-American Law Review**, 1964, Cilt 6, 1, s. 19-20; Albert Mayrand, "Abuse of Rights in France and Quebec", **Louisiana Law Review**, 1974, Cilt 34, 993, s. 1000-1002.

¹² Ernest J. Weinrib, **Corrective Justice**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 112-115.

¹³ Byers, s. 410; İmre, s. 289; Osman Gökhan Antalya/ Murat Topuz, **Medeni Hukuk C: 1**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s. 504.

¹⁴ Shael Herman, "Classical Social Theories and the Doctrine of 'Abuse of Right'", **Louisiana Law Review**, 1977, Sayı 37, 747, s. 747.

çıkılmış ve kişinin amacının önemsiz olduğu belirtilmiştir¹⁵. Bunun yanında, karar vericilere çok geniş bir takdir yetkisi tanınmış olması da başka bir itiraz gerekçesi olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda *Gutteridge*, bir hakkın amacının belirlenmesini karar vericinin takdirine bırakan bir ilkenin eleştiriye oldukça açık olduğunu öne sürmüştür¹⁶.

Diğer taraftan hakkın kötüye kullanılması yasağının ihtiyaç olduğunu düşünenler, bu ilkenin yargı makamlarına bir hakkın taşıdığı belirsizlikler ve belirlenemeyen değişkenleriyle başa çıkmak için gereken esnekliği sağladığını, böylece adil ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşıldığını¹⁷, hukukun üstünlüğünün kullanılarak uygunsuz bir amacın korunmasının engellendiğini ifade etmektedir¹⁸. *Hersch Lauterpacht* tarafından yargı makamlarının mekanik organlar olmadığı, bu nedenle hakkın kötüye kullanılması yasağının tüm adalet yönetim sistemlerinde arka planda bulunması gerektiği belirtilmiştir¹⁹. Bu görüşü benimseyenlere göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı hukuk kurallarının katılığını iyileştirdiği ve makullüğü esas aldığı için *summum ius summa iniuria*²⁰ ilkesine hizmet eden en büyük araçtır²¹.

Hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili öğretisi ve uygulama dikkatli bir şekilde incelendiğinde, bunun ya *iyileştirici* bir mekanizma ya da daha belirgin olarak *düzeltici*

¹⁵ *The Mayor, Aldermen and Burgesses of the Borough of Bradford v. Edward Pickles*, [1895] A. C. 587, 594.

¹⁶ Harold C. Gutteridge, "Abuse of Rights", *Cambridge Law Journal*, 1935, Sayı 5, 22, s. 42.

¹⁷ Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Cilt 30 Sayı 135, 335-382, s. 336.

¹⁸ Redmann, s. 947; Gutteridge, s. 42; Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1976, s. 145; Ferit Hakkı Saymen, *Türk Medeni Hukuku Cilt 1*, İstanbul, Hak Kitabevi, 1948, s. 283; Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C 1*, 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz, 2017, s. 335; İmre, 304; Akyol, s. 21; Kavak, s. 66.

¹⁹ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, s. 165.

²⁰ "Aşırı hak, haksızlık doğurur." anlamına gelen bu prensip hukuk kurallarının çok katı yorumlanmasının adaletsizlik doğurabileceğini ifade etmektedir. Kadir Güren, *Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 29; Alexandre Kiss, "Abuse of Rights", ed. Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law Volume 1*, Hollanda, North-Holland, 1992, para. 1; María José/ Falcón Tella, *Equity and Law*, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 192.

²¹ Wim Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 292.

bir mekanizma olarak işlev gördüğü ve adaletin yerine getirilmesini sağlamayı amaçladığı ortaya çıkmaktadır²².

İlk olarak, tüm hukuk düzenleri adilliği ve adaletin iyi yönetimini sağlamak için çeşitli hukuk kurallarını açıkça öngörmüş olsa da sonsuz sayıda vakayı ve ortaya çıkabilecek tüm farklı konuları düzenleyecek kapsamlı hukuk kurallarına sahip hiçbir hukuk düzeni yoktur²³. Bu bağlamda, haklar kapsam olarak etkili bir şekilde tanımlanabilir ve etki alanları sınırlanabilirken, yasa koyucuların her şeyi bildiğini varsaymak olanaksızdır. Çünkü bir hakkın kapsadığı tüm nitelikler ve istisnalar önceden tahmin edilemez²⁴. Bu durumlarda hakkın kötüye kullanılması, mahkemelere/hakemlere her hakkın doğasında var olan belirsizlikler ve belirlenemeyen değişkenlerle başa çıkılmasında gereken esnekliği sağlamak için kesin olarak kullanılabileceğinden, iyileştirici bir mekanizma görevi görmektedir. Öğretide de yasa koyucuların hatasız olmadığı, koyulan kurallar gittikçe daha kesin ve ayrıntılı hale gelmekle birlikte, hakkın kötüye kullanılmasının iyileştirici işlevinin yararlılığı sayesinde pozitif hukuk tarafından görünüşte güvence altına alınan adalet ile fiili adalet arasında bağlantı kurulmasının mümkün olduğu vurgulanmaktadır²⁵. İlke tüm hukuk düzenlerinde söz konusu olabilecek boşluğu doldurmaya hizmet etmektedir²⁶. Aşağıda da ele alınacağı üzere, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkesinden bazı durumlarda haksız veya adil olmayan bir

²² İmre, s. 304; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Baskıdan Tıpkı Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 132; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 249, 276, 295; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 8; Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, Cilt 50 Sayı 1, 91-119, s. 93; Chester Brown, “The Inherent Powers of International Courts and Tribunals”, **British Yearbook of International Law**, 2005, Sayı 76, 195, s. 231

²³ Yargıtay HGK 2010/19-559 E. 2010/546 K. 3.11.2010 T.: “...öte yandan, yargı organları, çıkarlar dengesini ve adalet duygularını gözетerek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlüdür. Maddi hukuk, her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde, gelişen tüm olayları ve tüm ayrıntıları kurallaştırma gücüne de sahip değildir.”.

²⁴ Pannal A. Sanders, “‘At Will’ Franchise Terminations and the Abuse of Rights Doctrine”, **Louisiana Law Review**, 1981, Sayı 42, 210, s. 223.

²⁵ Joseph Voyame/ Bertil Cottier/ Bolivar Rocha, “Abuse of Right in Comparative Law”, ed. Europarat, **Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application: Proceedings of the 19th Colloquy on European Law Luxembourg 6-9 November 1989**, Strasbourg, Council of Europe, 1990, s. 48.

²⁶ Lauterpacht, **Function**, s. 308.

sonucun önlenmesi için sözleşmesel yeni yükümlülüklerin yaratılmasında faydalanılmaktadır²⁷.

İkinci olarak, hakkın kötüye kullanılması, hukuk kurallarının katılığıını yumuşattığı ve iyileştirdiği için *düzeltilici* bir mekanizma işlevi üstlenmektedir. İlke, pozitivist hukuk yaklaşımına mahsus unsurları tartışmalı bir şekilde ele alarak, özellikle yargı makamlarının mevcut bir hukuk kuralının belirli vakalara uygulanmasında sahip olduğu kural olarak dar kapsamlı takdir yetkisini şekillendirmektedir²⁸. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi sayesinde yargı makamlarına pozitif hukuk ve sözleşme hükümlerinin katılığıını iyileştirmek için daha geniş bir rol verilmektedir²⁹. Bu düzeltici işlev İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir. Kararda pozitif yasamanın toplumda ortaya çıkabilecek tüm ihtilafları ayrıntılı olarak ele alamayacağı ve önceden düzenlemesinin imkânsız olduğu, her ne kadar hukuk düzeninde her türlü boşluğun önüne geçilmesine çalışılsa da hukuk kurallarının katı bir şekilde uygulanmasının adaletsizliğe yol açabileceği özel durumlarla her zaman karşılaşılacağı, yargının buna müsaade etmemesi gerektiği, özellikle bireysel hakların dürüstlük kuralına aykırı kullanımında bu durumun gözlemlendiği, İsviçre Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin amacının hâkime fiili adaletin sağlanması için gerekmesi halinde pozitif düzenlemelerin biçimsel geçerliliğini sınırlama veya kaldırma yetkisini bahsettiği ifade edilmiştir³⁰.

Öte yandan, hakkın kötüye kullanılması kavramını tanımlamak ve nitelendirmek de kolay değildir. *Planiol*’ün görüşlerinden etkilenen bir kısım hukukçular hak ve kötüye kullanım kavramlarının terimsel olarak çelişkili olduğunu, bir hak suistimal edildiğinde hakkın bahsettiği statünün sona erdiğini, bu nedenle hakkın kötüye kullanılması kavramının beyhude olduğunu ifade etmiştir. Bu kapsamda hakkın kötüye kullanılması kavramının yeterince çalışılmamış bir dile dayandığı, kavramın laf kalabalığı olduğu, her türlü hak kullanımının meşru olduğu, hakkın kötüye kullanılmasının hakkın kapsamını

²⁷ Rosalie Jukier, “Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law”, **McGill Law Journal**, 1992, Sayı 37, 221, s. 235.

²⁸ Julio Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, **Louisiana Law Review**, 1975, Sayı 35, 965, s. 972.

²⁹ A. N. Yiannopoulos, “Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New”, **Louisiana Law Review**, 1994, Sayı 54, 1173, s. 1195.

³⁰ Vera Bolgar, “Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine”, **Louisiana Law Review**, 1975, Sayı 35, 1015, s. 1034. Ayrıca bkz. dn. 174 vd.

aştığı ve bu nedenle haksız fiil teşkil ettiği vurgulanmıştır³¹. Bu önermenin kaynağının, hakkını kötüye kullanan kişinin artık hakkın biçimsel sınırları içinde olmadığı ve zorunlu olarak o hakkın sınırlarını aştığı algısı olduğu görülmektedir. Öğretide ‘*hakkın çarpıtılması*’, ‘*yarışan haklar*’ veya ‘*hak çatışması*’ gibi başka terimler de kullanılmaktadır³². Ancak buradaki terminolojik tartışmanın çalışmamız bakımından önem arz etmediği ve hâlâ en iyi terimin ‘hakkın kötüye kullanılması’ olduğu ileri sürülmektedir. Zira, sübjektif hak (*droits subjectifs*) ve objektif hukuk (*droit objectif*) ayrımı göz önünde bulundurulduğunda terimler arasında çelişki olmadığı, kötüye kullanımın *hakla uyum içinde olduğu ancak hukuka bütünüyle aykırı olduğu* belirtilmektedir³³. Zaten güncel kaynaklarda kavramın bu şekilde ifade edildiği, bu terminoloji tartışmasının sırf dilbilimsel nitelikte olduğu açıktır. Böylece bir terim olarak hakkın kötüye kullanılması kavramının, ilkenin karakteristik unsurlarını ve hakkaniyete dair mülahazalara ilişkin asıl amacını büyük ölçüde yansıttığı açıktır.

Hakkın kötüye kullanılması kavramı farklı hukuk sistemlerinde incelendiğinde ilkenin bir hakkın varlığı ve hakkın kötüye kullanılması nedeniyle hukuki korumadan faydalanamaması unsurlarından teşekkül ettiği görülmektedir³⁴.

Öncelikle, hakkın varlığı konusunda hakkın kötüye kullanılması kavramı yıllar içinde farklı alanlarda da uygulanmaya başlanmış, ilk başta sadece eşya hukuku alanında kullanılmaktayken artık genel bir kapsama sahip olmuştur³⁵. Bu bakımdan günümüzde

³¹ Redmann, s. 949; Marcel Planiol, **Treatise on the Civil Law**, çev. Louisiana State Law Institution, 12. Baskı, 1959, s. 477.

³² Gutteridge, s. 24-25; Cueto-Rua, s. 976.

³³ José/Tella, s. 191-192; Annekatrien Lenaerts, “The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law”, **European Review of Private Law**, 2010, Sayı 18, 1121, s. 1122; Josserand, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, atf. Gutteridge, s. 24.

³⁴ İmre, s. 309; Aydın Zevkliler, **Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, İzmir, Savaş Yayınları, 1991, s. 146; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 294; Kiss, para. 2; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1195; Babatunde O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, **Harvard International Law Journal**, 1975, Cilt 16, 47, s. 48.

³⁵ Kavak, s. 61; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 168; Akyol, s. 4-5; F. P. Walton, “Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law”, **Harvard Law Review**, 1909, Sayı 22, 501, s. 501; eşya hukuku, iş hukuku, sözleşmeler hukuku ve usul hukuku bakımından genişçe uygulandığını belirten Byers, s. 392; Cueto-Rua, s. 967; F. P. Walton, “Delictual Responsibility in the Modern Civil Law (More Particularly in the French Law) as Compared with the English Law of Torts”, **Law Quarterly Review**, 1933, Sayı 49, 70, s. 87; M. S. Amos, “Abusive Exercise of Rights According to French Law”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, 1900, Cilt 2, 453, s. 453-454.

sözleşmeler hukuku, şirketler hukuku, aile hukuku gibi oldukça farklı maddi hukuk alanlarının yanında; yargı süreci, kanun yolu ve hükümlerin infazını kapsayacak şekilde usul hukukunda da uygulanmaktadır³⁶. Bu bağlamda hukukun her alanında uygulanabilir olduğu da kabul edilmektedir³⁷.

Diğer taraftan, nasıl bir davranışın kötüye kullanım teşkil ettiği tespitinde öğreti ve uygulamada farklı ölçütlere başvurulduğu görülmekle beraber, genel olarak belirli hallerin tespitinde kötüye kullanım oluşmaktadır³⁸. *İlk olarak*, çoğu hukuk sisteminde bir hakkın zarar verme kastıyla kullanılması durumunda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmektedir³⁹. Ayrıca, hak sahibinin hakkını bir menfaati olmadan veya çok küçük menfaatine karşılık karşı tarafta büyük zarara yol açtığı durumlarda kullanması halinde hakkın zarar verme kastıyla kullanıldığı varsayılarak, hakkın kötüye kullanıldığı tespitinin yapılabileceği belirtilmektedir⁴⁰. Bununla birlikte, zarar verme niyeti şeklinde sübjektif bir unsur içeren bu ölçütün ispatının zor olduğu belirtilerek bu ölçüt eleştirilmiştir⁴¹. *İkinci olarak*, bir hakkın tesis edildiği amaç dışında bir saikle kullanılması durumu gösterilmektedir⁴². Bu görüş taraftarlarına göre, haklar boşlukta bulunmamakta ve hak sahibine belirli bir toplumsal amacın temin edilmesi için bahşedilmektedir. Hak sahibinin hakkın amacını ihlal etmesi, hakkın kötüye kullanılmasıyla eş değerdir⁴³. *Üçüncü olarak*,

³⁶ Crabb, s. 3-4; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes/ Murat Atalı/ Güray Erdönmez/ Mine Akkan/ Ali Yeşilirmak/ Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 947; İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, İstanbul, Vedat, 2020, s. 210; Süha Tanrıöver, **Medeni Usul Hukuku Cilt I**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 471; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 136.

³⁷ Walton, **Motive**, s. 505.

³⁸ Cueto-Rua, s. 985-1003; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1180; James C. Exnicios, "Abuse of Rights: An Overview of the Historical Evolution and the Current Application in Louisiana Contracts", **Law Review**, 1987, Cilt 32, 946, s. 946-949; Joseph M. Perillo, "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept", **Pacific Law Journal**, 1996, Cilt 27, 37, s. 47.

³⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181; A. Samim Gönensay, **Medeni Hukuk C 1**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1936, s. 70; Edis, s. 325.

⁴⁰ J. E. Scholtens, "Abuse of Rights", **South African Law Journal**, 1958, Sayı 75, 39, s. 43.

⁴¹ Seliçi, s. 148; Gutteridge, s. 26; Pierre Catala/ John A. Weir, "Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II", **Tulane Law Review**, 1964, Cilt 38, 221, s. 224; B. Edmeades, "Abuse of Rights", **McGill Law Journal**, 1978, Sayı 24, 136, s. 137.

⁴² Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 167; Saymen, s. 285; Feyzioğlu, s. 149; Akyol, s. 7; Edis, s. 325; İmre, s. 314.

⁴³ Walton, **Motive**, s. 501; Louis Josserand, "De l'esprit des droits et de leur Relativité: Théorie dite des l'Abus des Droits", (2d ed. 1925), atf. Cueto-Rua, s. 1001; *Prest v. Petrodel Resources Ltd.*, [2013] 2 A.C. 415, 17; *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, 1970 I.C.J. 39, 5 February 1970, Judgment, 56.

hakkın makul olmayan şekilde kullanılması hali verilmektedir⁴⁴. Makul olmayan kullanım, hak sahibinin hakkını ciddi veya meşru menfaati bulunmaksızın kullandığı durumları ya da menfaat ve zarar arasında ciddi eşitsizlik olduğu durumlar anlamına gelmektedir⁴⁵. *Son olarak*, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması durumunda da hakkın kötüye kullanılması tespit edilmektedir⁴⁶. Çalışmamızın ilk bölümünde bu ölçütler ele alınmaktadır.

Hakkın kötüye kullanılmasının teorik boyutunun bu şekilde ortaya konması akabinde, ilkenin tahkim sistemindeki yansımaları değerlendirilecektir. Taraflar usuli verimliliği sağlamak ve uyuşmazlığın adil bir şekilde çözülmesi de dahil olmak üzere, tahkim sisteminin sunmayı amaçladığı varsayılan faydalar nedeniyle uyuşmazlıklarını esas olarak uluslararası tahkime sevk etmektedir⁴⁷. Ancak, tahkim sistemi kullanıcılarının

⁴⁴ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 259; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 164.

⁴⁵ Edmeades, s. 138; Perillo, s. 47; Lauterpacht, **Function**, s. 303-304; Kiss, para. 4; CJEU, 23 March 2000, Case C-373/97, Diamantis [2000] ECR I-1705, para. 43; Mahkemelerin hakkın kötüye kullanılması ilkesi sayesinde çatışan menfaatleri dengeleyerek tedbir yerine maddi tazminata hükmetmesi ve böylece tazminatta adaletin sağlanabileceği yönünde: Weinrib, s. 112-115.

⁴⁶ Kavak, s. 23; Saymen, s. 288; Akyol, s. 23; Cueto-Rua, s. 996; Michael Joachim Bonell, **An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**, 3. Baskı, Londra, Transnational Publishers, 2005, s. 133.

⁴⁷ Yargıtay 15. HD. 2019/2474 E., 2019/3640 K. 26.09.2019 T.; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 298; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 5; Blackaby Nigel/ Constantine Partasides/ Alan Redfern/ Martin Hunter, **Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version**, 6. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 2; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 554; Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman-Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2019 s. 644; Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2020, s. 801; Julian D. M. Lew/ Loukas A. Mistelis/ Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 2; Philippe R. Baert, “The Potential of Online Arbitration (OARB) in Resolving Disputes at the Lower End of Value”, **Gent Üniversitesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017, s. 17; Kenneth S. Carlston, “Theory of the Arbitration Process”, **Law and Contemporary Problems**, 1952, Cilt 17 Sayı 4, 631-651, s. 631; Jamshed Ansari, “Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis”, **Researcher**, 2014, Cilt 6 Sayı 6, 47-53, s. 48; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal, 2008, s. 17; Georgios Petrochilos, **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 4; Sarah Rudolph Cole, “Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution”, **Hastings Law Journal**, 2000, Cilt 5 Sayı 6, 1199-1263, s. 1233; Ekin Hacıbekiroğlu, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 28; William W. Park, “Arbitrators and Accuracy”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, Cilt 1, 25, s. 27.

ihtiyaçlarını karşılayamadığı⁴⁸ algısı nedeniyle itirazlara ve eleştirilere uğramaktadır⁴⁹. Son anketlerde ve ampirik çalışmalarda, kullanıcılar özellikle tahkim sürecindeki maliyetler, gecikmeler ve usuli suistimallerden yakınmaktadır⁵⁰. Öğretide de farklı kötüye kullanım biçimlerine karşı etkili bir çözüm geliştirilmediği takdirde, tahkim sisteminin zarara uğrayabileceği belirtilmektedir⁵¹. Hatta, usuli suistimale karşı etkin bir yol bulunmazsa tahkim sisteminin kendi kendini yok edeceği dahi vurgulanmaktadır⁵². Aynı şekilde, *Gaillard* tarafından da uluslararası tahkimde yükselen kötüye kullanma eğilimi yaşandığına dikkat çekilmiş ve tarafların fevkalade yaklaşımlarla usulü kötüye kullanmasının engellenmesi için özel araçlar geliştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵³.

Tahkimde hakkın kötüye kullanılması meselesi, taraflarca bu iddianın sıklıkla ileri sürülmesi⁵⁴ ve uluslararası tahkimin herhangi bir aşamasında söz konusu olabilmesi⁵⁵ nedeniyle önemlidir. Bu önerme, yaygın kötüye kullanım uygulamalarıyla, tahkim sisteminin olumsuz etkilenmesiyle ve uygulanacak tahkim kuralları veya kanunlarıyla tanınan herhangi bir hakka ilişkin olduğunun kabul edilmesiyle tasdik edilmektedir⁵⁶. Bu

⁴⁸ Jeffrey Waincymer, “Promoting Fairness and Efficiency of Procedures in International Commercial Arbitration – Identifying Uniform Model Norms”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, 2010, Cilt 3, 25, s. 45; Klaus Peter Berger, “The Need for Speed in International Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, 2008, Cilt 25, 595, s. 595; Irene Welser/ Christian Klausegger, “Fast Track Arbitration: Just 12ort he Something Different?”, ed. Gerold Zeiler/ Irene Welser, et al., **Austrian Arbitration Yearbook 2009**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009, s. 260; Irene Welser/ Susanna Wurzer, “Formality in International Commercial Arbitration – For Better or for Worse?”, ed. Gerold Zeiler/ Irene Welser et al., **Austrian Arbitration Yearbook 2008**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2008; Alan Redfern/ Martin Hunter/ Nigel Blackaby/ Constantine Partasides, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2004, para. 1-46.

⁴⁹ Bernard Hanotiau, “International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future”, **Journal of International Arbitration**, 2011, Cilt 28 Sayı 2, 89, s. 99.

⁵⁰ Queen Mary University of London/ PricewaterhouseCoopers LLP, “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration”, 2015, s. 7.

⁵¹ Jan Paulsson, “International Arbitration is Not Arbitration”, **Stockholm International Arbitration Review**, 2008, Cilt 2, 1, s. 3.

⁵² Patrick M. Lane, “Dilatory Tactics: Arbitral Discretion”, ed. Albert Jan van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Hollanda, Kluwer Law International, 1999, s. 425.

⁵³ Emmanuel Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, **ICSID Review**, 2017, Cilt 32, 17, s. 17.

⁵⁴ Edward R. Leahy/ Kenneth J. Pierce, “Sanctions To Control Party Misbehavior in International Arbitration”, **Virginia Journal of International Law**, 1986, Cilt 26, 291, s. 299.

⁵⁵ Günther J. Horvath/ Stephan Wilske et al., “Categories of Guerrilla Tactics”, ed. Stephan Wilske/ Günther J. Horvath, **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013, s. 4-5.

⁵⁶ Klaus Sachs, “Time and Money: Cost Control and Effective Case Management”, ed. Julian Lew/ Loukas Mistelis, **Pervasive Problems in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2006, s. 113.

çerçevede, tahkim sisteminin sık sık suistimal edilmesinin tahkime zarar verdiği ve bu tür suistimalleri giderecek bir kavram bulmanın tarafların çıkarlarına, tahkim sisteminin bütünlüğüne ve adaletin iyi yönetilmesine hizmet edeceği konusunda öğretide genel bir fikir birliği vardır⁵⁷. Bununla birlikte, farklı suistimal biçimlerini gidermek için etkili şekilde işleyecek usuli bir ilke açıklanmamıştır. Haliyle hakem heyetleri, özellikle yatırım tahkimi olmak üzere uluslararası tahkimde, belirli suistimal biçimleriyle mücadele etmek için hakkın kötüye kullanılması ilkesini tartışmakta, uygulamaya koymakta veya yeniden canlandırmaktadır⁵⁸.

II- ÇALIŞMANIN ÖNEMİ

Yukarıdaki açıklamalarımızdan hareketle ilke, uluslararası tahkimde suistimal içeren belli başlı çeşitli durumlarda özellikle gündeme gelmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde çeşitli örneklerde incelenecek olmakla birlikte, örneğin müteakip yargılamalarla başa çıkmak için ilkenin hayati önem taşıdığı genel olarak kabul edilmektedir. Öğretide, *res judicata* (kesin hüküm) kapsamı dışında kalan müteakip yargılamaları engellemek için hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması gerektiği teyit edilmektedir⁵⁹. *Sheppard*, kesin hüküm koşullarının karşılanmadığı durumlarda yargı makamlarının usulün kötüye kullanılması veya hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle müteakip yargılamanın yapılmasına izin verip vermeyeceğini

⁵⁷ Leahy/Pierce, s. 293; Stephan Wilske, “Crisis? What Crisis? The Development of International Arbitration in Tougher Times”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, 2009, Cilt 2, 187, s. 208.

⁵⁸ John P. Gaffney, “‘Abuse of Process’ in Investment Treaty Arbitration”, **Journal of World Investment & Trade**, 2010, Cilt 11 Sayı 4, 515-538, s. 515; Eric De Brabandere, “‘Good Faith’, ‘Abuse of Process’ and the Initiation of Investment Treaty Claims”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2012, Cilt 3 Sayı 3, 1-28, s. 3; Hervé Ascensio, “Abuse of Process in International Investment Arbitration”, **Chinese Journal of International Law**, 2014, Cilt 13, 763, s. 764-765; *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility.

⁵⁹ International Law Association, **Resolution No. 1/2006 on Lis Pendens and Arbitration**, 2006, para. 5; Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Hollanda, Kluwer Law International, 2014, s. 3736-3737; Campbell McLachlan, **Lis Pendens in International Litigation**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 420-432; Vaughan Lowe, “Overlapping Jurisdiction in International Tribunals”, **Australian Yearbook of International Law**, 1999, Cilt 20 Sayı 1, 191-204, s. 201; Vaughan Lowe, “Good Faith in International Law”, **International & Comparative Law Quarterly**, 1992, Cilt 41 Sayı 2, 484-485; Yuval Shany, **The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals**, Oxford, Oxford University Press, 2003, s. 259.

değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁰. Benzer şekilde, paralel tahkim yargılamaları hususunda, *Gaillard* tarafından hakkın kötüye kullanılmasının en işlevsel araç olduğu vurgulanmaktadır. ICSID kararlarında da bu yaklaşımın benimsendiği ifade edilmektedir⁶¹. Böylece, hakkın kötüye kullanılması kurumunun son zamanlarda uluslararası tahkim kapsamında çok önemli bir rol ve uygulamasının da yavaş yavaş ivme kazandığı göze çarpmaktadır. Tahkim uygulayıcılarının ilkenin uygulanmasını gündeme getirdiği ve hakemlerin de uluslararası tahkimde belli başlı suistimal biçimlerini önlemek için bunu uygulamaya istekli olduğu görülmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde buna delalet eden çeşitli görüş ve uygulamalar incelenmektedir.

Bu çalışma, yalnızca kapsanan konuların teorik ve pratik önem ve sonuçlarından kaynaklanmamaktadır. Uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması özelinde yapılmış çalışmaların *görelî* yetersizliğinin de bir ölçüde aşılması hedeflenmektedir. Bunun yanında, ulusal ve uluslararası tahkimde hakların kötüye kullanılması uygulamasına dair detaylı bir inceleme sunulması ve tespit edilecek örnekler arasında ilkenin temel unsurlarının, tahkimdeki meşruiyetinin ve niteliğinin ve/veya işlevinin değerlendirilirken, tahkim hukukunda farklı hukuki alanlara uygulanabilirliğinin de tartışılması amaçlanmaktadır. Hakkın kötüye kullanılmasının temel unsurlarının, ilkenin genel veya uluslar ötesi bir hukuk ilkesi teşkil edip etmediğinin ve uluslararası tahkimde uygulanması halinde çok yönlü işlevselliğinin ortaya konulması için bu çalışmanın yapılması gerektiği düşüncesi hasıl olmuştur.

Çalışmada, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, uluslararası tahkimde genel bir hukuk ilkesi olarak uygulanmasının incelenmesi hedeflenmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasının hukukun genel bir ilkesi olarak ele alınma ihtimalinde, bunun ciddi hukuki tezahürleri olduğu görülmektedir. İlkenin, özellikle tahkim sürecini baltalamak

⁶⁰ Audley Sheppard, “Res Judicata and Estoppel”, ed. Bernardo M. Cremades/ Julian D.M. Lew, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2006, s. 235.

⁶¹ Gaillard, s. 32 vd. Örneğin bkz. *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction.

için tasarlanmış usuli taktiklerin ve farklı suistimal biçimlerinin neredeyse hepsinin hakemler tarafından değerlendirilmesine hizmet etmekte olduğu ileri sürülmektedir.

Ayrıca, bu çalışma tahkim kapsamında hakkın kötüye kullanılmasının yeni bir yönünü ele almayı amaçlamaktadır. Gerçekten, ilkenin tahkimde uygulanabilirliği savunulmakta ise de bunun hukuki dayanağı veya gerekçesinin daha önce esaslı bir şekilde tartışılmadığı görülmektedir. Çalışmamızda, ilkenin genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmesinin yanı sıra, daha da önemlisi tahkim yargılamasının iyi yönetimini sağlama işlevi gördüğü için *hayati* olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle, ilkenin tahkim yargılamasının yönetimi ile ilişkisi ve yargılama üzerindeki etkisi değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak, ilkenin uluslararası tahkim uygulaması özel bir önem taşımaktadır. Hakkın kötüye kullanılması aslında yürürlükteki hukukun bir parçası olarak veya hukukun maddi ve usuli genel bir ilkesi olarak uygulanabilir. Bununla birlikte, ilkenin *lex arbitri* ve *lex causae*'ya tabi olmaksızın uygulanacak bir uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi oluşturup oluşturmadığının incelenmesi şüphesiz teorik ve pratik açıdan ilkenin yorum ve uygulamasına farklı bir boyut kazandıracaktır.

*“Omnium rerum quarum usus est, potest esse abusus,
virtute solo excepta”⁶²*

⁶² “Yararlı olan her şey kötüye kullanılabilir, yalnızca erdem hariç.”



BİRİNCİ BÖLÜM

HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ TEORİK BOYUTU

Toplumsal hayatta kurulan ilişkiler, bireylerin hayatını bir şekilde etkilemektedir. Birinin eylem veya davranışının yahut ihmalinin, karşı tarafa veya üçüncü bir kişiye zarar vermesi söz konusu olabilmektedir. Haliyle, bu şekildeki bir sonuca müdahale edilmesi ve oluşan zararın telafisinin sağlanması için hukuki bir kuralın işletilmesi gerekir. Hukuk düzeni tarafından böyle bir vaka özgün bir norm ile düzenlenmiş veya taraflarca böyle bir kural öngörülmüşse, yargı makamı tarafından ilgili düzenleme çerçevesinde ihtilaf çözümlenmeye çalışılacaktır. Ne var ki, hayattaki her ihtimalin ne yasa koyucu ne de taraflarca öngörülmesi mümkün olmadığından, bir düzenleme ne kadar ayrıntılı da olsa mevcut uyumsuzluğun çözümlenmesinde yetersiz kalabilir.

Hukuki düzenlemelerin anlaşılabilmesi ve taraflara yeni yükümlülükler isnat edilebilmesinin yanında hakkaniyetin sağlanabilmesi için yön gösterecek bir araç olarak hukukun temel kavramlarından biri olan *dürüstlük kuralı* gösterilmektedir⁶³. Dürüstlük kuralı toplumdaki ilişkilerin gelişmesi ve toplumsal düzenin temin edilmesine hizmet eden en temel ilkelerdendir. Gerçekten, birçok pozitif norm, dürüstlük kuralının gerektirdiği davranış örneği esas alınarak ortaya konmuştur.

Her hak belirli bir kapsam dahilinde bireylere tanınmakta, bu bakımdan her hakkın şekli sınırları bulunmaktadır. Nasıl ki hukuki düzenlemelerin kapsamı hemen yukarıda ifade edildiği üzere dürüstlük kuralı araç olarak kullanılarak tespit ediliyorsa, hakkın kötüye kullanılamaması kısıtlaması çerçevesinde davranış ve eylemler

⁶³ Antalya/Topuz, s. 500; Saymen, s. 282; Feyzioğlu, s. 151; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 274; Haluk Nami Nomer/ Pakize Ezgi Akbulut, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz, 2020, s. 33; Derya Ateş, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, Cilt 20 Sayı 72, s. 75-93, s. 91; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları**, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1951, s. 325; August Egger, **İsviçre Medeni Kanunu Şerh Giriş ve Kişinin Hukuku**, çev. Volf Çernis, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947, s. 85.

sınırlandırılmaktadır. Bu durum *hakkın kötüye kullanılması yasağı* olarak isimlendirilmektedir. Birinin hakkını kötüye kullanması ve böyle bir kullanımın korunması, hukukun amacının sağlanması ve kamu düzeninin korunmasına karşı tehdit teşkil edebilir, hatta kamu düzenini doğrudan ihlal edebilir. Bu noktada hukuk düzeni hakkın kişiye sağladığı menfaati bahsetmeyecek ve hak sahibini korumayacaktır. Genel olarak böylece özetlenen iki ilke, toplumsal hayatta çok çeşitli görünümle ortaya çıkmaktadır.

Tüm sùjelerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmasının emredildiği ve hâkimler tarafından bu ölçüt kullanılarak hakkın kötüye kullanılması teşkil eden dışa vurumun korunmayacağı⁶⁴ hüküm altına alınmıştır (TMK madde 2). Madde ana başlığı “*B. Hukuki İlişkilerin Kapsamı*” şeklinde olmakla beraber, bu esasın özel hukuka ilişkin tüm hakların yanında kamu hukukundan doğan hakları da kapsadığı kabul edilmektedir⁶⁵.

Burada bireylere şart koşulan dürüst davranma yükümlülüğü ve hakkın kötüye kullanılması yasağı adalet, iyi niyet, ahlak, sosyal etik gibi genel bir kural teşkil etmekte olup bu kavramlarla çoğu zaman aynı kapsamda karşımıza çıkmaktadır⁶⁶. Bu kavramların genellikle aynı özü taşıdığı söylenmektedir. Roma hukukundaki ‘*bona fides*’ kurumu, hem iyi niyet hem de dürüstlük kuralını kapsayan bir bütün olarak kabul edilmekte ve hatta *bona fides*’in hakkaniyeti de kapsadığı belirtilmektedir⁶⁷. Bu kapsamda *bona fides*, iyi niyeti ve dürüstlük kuralını yansıtarak karşılıklı ilişkilerde güven, samimiyet ve doğruluk esasları çerçevesinde karşı tarafın haklı menfaatlerinin gözetilerek hareket edilmesi gerekliliğini ifade eden genel bir prensiptir⁶⁸.

Bu esastan hareketle ve aşağıda iyi niyet ve dürüstlük kuralı arasındaki yakın ilişkiye değinilecek olmakla birlikte, örneğin Anglo-Sakson hukukunda da dürüstlük kuralı ve iyi niyet ilkelerinin sadece ‘*good faith*’ kavramıyla ifade edilmesi, Alman

⁶⁴ Feyzioğlu, s. 147.

⁶⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 163; İmre, s. 289; Danıştay 13. HD. 2016/4675 E. 2022/917 K. 09.03.2022 T.

⁶⁶ İmre, s. 302; Akyol, s. 18; Oğuzman, s. 184; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 296.

⁶⁷ Talya Şans Uçaryılmaz, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, Cilt 30 Sayı 135, 335-382, s. 336.

⁶⁸ Talya Şans Uçaryılmaz, **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Ankara, Yetkin, 2019, s. 70.

Medeni Kanunu’nun 157. ve 242. maddelerinde dürüstlük ve iyi niyet kuralına aynı anda atıf yapılması, Türk hukukunda dürüstlük kuralının objektif iyi niyet anlamına geldiği ve eski Medeni Kanun döneminde de bunun madde başlığında ifade edilmiş olması karşısında; atıfta bulunulan yabancı kaynakların yoğunluğu da gözetilerek terminolojide sübjektif ve objektif ayrımının yapılmasının daha faydalı olacağı kanaatine varılmıştır. Açıkça belirtilmediği sürece, iyi niyet ibaresinin hem sübjektif hem de objektif iyi niyeti kapsayacak şekilde kullanıldığını, objektif iyi niyet ifadesi yerine dürüstlük kuralı ifadesinin yer yer kullanılabileceğini belirtmek isteriz.

Bu bölümde, hakkın kötüye kullanılmasının genel bir hukuk ilkesi oluşturup oluşturmadığı hususunda, önce genelliğini⁶⁹ belirlemek için farklı hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığı incelenecek ve ardından kavram temel unsurları çerçevesinde ele alınacaktır. Böylece, bu ilkeyi uluslararası tahkimin özelliklerine uygun hale getirmek için ilkenin uygulama koşullarının değiştirilmesine gerek olup olmadığının belirlenmesi amaçlanmaktadır⁷⁰.

I- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAVRAMIN GÖRÜNÜMLERİ

Hakkın kötüye kullanılması kurumunun Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yansımaları, ilkenin dağınık bir şekilde düzenlendiği ve nispeten dar bir şekilde uygulandığı Fransız hukuku⁷¹ ile ilkenin hukuki düzenlemelerde açık bir şekilde görüldüğü ve daha geniş uygulandığı Alman ve İsviçre/Türk hukuku özelinde kısaca tartışılmaktadır. Ardından, Anglo-Sakson hukukunda hakkın kötüye kullanılması kurumunun mevcudiyetine ilişkin olarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Böylece, burada paylaşılan

⁶⁹ Konrad Zweigert/ Hein Kötz, **An Introduction to Comparative Law**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 1998, s. 34-36.

⁷⁰ Jaye Ellis, “General Principles and Comparative Law”, **The European Journal of International Law**, 2011, Cilt 22 Sayı 4, 949-971, s. 955-959; hukukun genel ilkeleri tartışmasına ilişkin *Lord McNair*’in muhalefet şerhi hakkında bkz. *International Status of South West Africa (İstisari Görüş)*, [1950] **ICJ** Rep 128, 148.

⁷¹ Ayrıca Amerika’da bulunmasına rağmen Louisiana hukuku da incelenecektir.

genel görüş vurgulanarak hakkın kötüye kullanılmasıyla aynı amacı gerçekleştiren işlevsel eş değerleri tespit etmek amaçlanmaktadır.

Buradaki ülke ve hukuk sistemlerinin seçiminde şüphesiz küresel düzlemdeki etkileri, hakkın kötüye kullanılması kurumunun oluşturulması ve geliştirilmesinde üstlendikleri mühim rol, sistem ve ülkelerin takip ettikleri farklı hukuk politikaları göz önüne alınmıştır.

A- KITA AVRUPASI HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

1- İlkenin Muğlak Görünümleri

Hakkın kötüye kullanılması, Fransa’da hukuk doktrini ve yargı tarafından formüle edilmiş ve uzun bir süreçte Fransız mahkemeleri tarafından daha da geliştirilmiştir. Bu ilke kaynağını hukuki sorumluluğa ilişkin genel kuralları ortaya koyan Fransız Medeni Kanunu’nun 1382. maddesinde bulmaktadır. “*Kim, fiiliyle kusurlu olarak bir başkasına zarar verirse, zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*” düzenlemesini içeren madde, kusur sorumluluğunun normatif temelini teşkil etmektedir⁷². İster kasıtlı olarak isterse ihmali veya tedbirsizliği⁷³ nedeniyle olsun, herhangi bir zararın sorumluluğunu faile isnat etmektedir.

Görüldüğü üzere aslında, 1382. madde hakkın kötüye kullanılmasına açıkça atıfta bulunmamaktadır. Fransız mahkemeleri ilkeyi uygulamak ve onu hukukun farklı alanlarına genişletmek için maddenin yeterince geniş ifadesinden faydalanmaktadır⁷⁴. Bunun yanında, Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 32.1. maddesi usule

⁷² Velidedeoğlu, s. 335; İmre, s. 305; Redmann, s. 948. İşbu 1382. madde, TBK madde 49/1 ile aynı içeriğe sahiptir.

⁷³ Velidedeoğlu, s. 335; İmre, s. 305; Fransız Medeni Kanunu’nun 1383. maddesi hakkında bkz. Bolgar, s. 1020.

⁷⁴ Velidedeoğlu, s. 124; Byers, s. 392; Bolgar, s. 1019-1020; Edis, s. 334; Mateusz Krauze, “English Law and the Doctrine of Abuse of Rights”, **Oxford University Undergraduate Law Journal**, 2012, Sayı 1, 1, s. 2; Jean Guyenot, “La rüptüre abusive des contrats a duree indeterminée”, **La tendance a la stabilite du rapport contractuel**, Paris, LGDJ, 235-299, s. 243; Crabb, s. 5.

ilişkin hakların kötüye kullanımı durumunda çeşitli yaptırımlar öngörmektedir⁷⁵. Benzer şekilde, Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 118, 123, 550, 559 ve 560. maddelerinde de hakkın kötüye kullanılması ibaresi anılmaktadır.

İlkenin Fransız hukukunda kabulü ve Fransız mahkemeleri tarafından uygulandığı açık olmakla beraber, Fransız yargısı farklı suistimal ölçütleri benimsediği için uygulama koşulları nispeten belirsizdir⁷⁶. Fransız hukuku kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması koşulları gözden geçirildiğinde, Fransız mahkemelerinin bir hakkın kötüye kullanıldığı tespitinde bulunulması için çeşitli göstergelere başvurduğu görülmektedir: Hakkın **(i)** bir başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması, **(ii)** kötü niyetle kullanılması, **(iii)** makul olmayan bir şekilde kullanılması, **(iv)** sosyal amacına aykırı kullanılması. Bu belirtilerden sadece birinin varlığında dahi hakkın kötüye kullanıldığına karar verilmektedir. Bununla birlikte, Fransız mahkemelerinin bazı belirtileri diğerlerine tercih ettiği söylenebilir. Bu önermeler aşağıda incelenen örneklerle somutlaştırılacaktır.

1855 yılında görülen bir davada Fransız mahkemesi ilkeyi ilk defa açıkça⁷⁷ uygulamıştır. Bu dava herhangi bir *meşru veya ciddi menfaat* olmaksızın, sadece komşusuna zarar vermek amacıyla evin tepesine bir baca inşa eden bir evin sahibiyle ilgilidir. Mal sahibi, mülkiyet haklarının mutlak olduğunu ve sınırlamalara tabi olmadığını, amacının alakasız olduğunu ve yasal bir eylemi hukuka aykırı hale getiremeyeceğini savunmuştur. Ancak Colmar İstinaf Mahkemesi bu ilkeyi kabul ederken kararında açıkça “*her hak gibi bu hakkın kullanılması dahi ciddi ve meşru bir menfaatin sağlanması ile sınırlandırılmalıdır. [...] Ahlak ve hakkaniyet ilkeleri, faile herhangi bir*

⁷⁵ Gaillard, s. 17.

⁷⁶ Gutteridge, s. 32.

⁷⁷ Bu tarih öncesinde de ilkenin zımnen de olsa uygulandığı belirtilmelidir. 1577 tarihli bir davada avukat olan komşusunu yüksek sesle şarkı söyleyip rahatsız eden bir hallacın mahkumiyetine karar verilmiştir. Crabb, s. 5.

*kişisel fayda sağlamamakla birlikte başkasına ciddi zararlar verecek şekilde kötü niyetle gerçekleştirilen bir eylemi mahkemenin korumasını engeller.”*⁷⁸ demiştir.

Dolayısıyla, hak sahibinin sadece kanunla verilen bir hakkı kullandığı kabul edilirken, böyle bir hak kimseye hiçbir kısıtlama olmaksızın bahşedilmemektedir. Hak sahibinin hakkını kullanmak için meşru ve ciddi bir menfaatinin olması gerekir ve sadece komşusuna zarar vermek için hareket edemez. Mahkeme kararının, sınırsız ve mutlak hakların özü olarak kabul edilen bir mülkiyet hakkına ilişkin olduğunu belirtmek önemlidir. Karar, mutlak hak teriminin aslında bir tezatlık barındırdığı görüşünü daha da güçlendirmektedir. Zira burada mahkeme, hakkın kullanımının kapsamını bir hak sahibinin ciddi ve meşru menfaati ile açıkça sınırladığı için kararda kullanılan dil başlı başına mutlak bir hakkın özelliklerini inkâr etmektedir. Böylece Fransız hukukunda, hakkın sağladığı korumanın kötü niyetle gerçekleştirilen bir eylemi kapsayacak kadar geniş olmadığı görülmektedir. Zira sırf “yasal bir hakkı” kullanma savunmasının arkasına saklanarak bir başkasına zarar vermeye çalışmak ve yasal sorumluluktan kaçmak mümkün görülmemiştir.

Anlatılan dava, suistimali yansıtan klasik davranış biçimini göstermektedir. Eğer söz konusu hak kötü niyetle kullanılmakta ise ve hak sahibinin başkasına zarar vermek dışında bir amacı da yoksa, hakkın kötüye kullanımı sorumluluk doğurmaktadır⁷⁹. Bu dava sayesinde, mahkemelerin zarar verme niyetini nasıl saptadıklarının tespiti de mümkün olmaktadır. Karardan da anlaşılacağı üzere mahkeme, hak sahibinin hakkını kullanmakta ciddi bir menfaatinin olmamasından hareketle ‘*kötü niyet*’ taşıdığı sonucuna varmıştır. Öyleyse, meşru veya ciddi bir menfaatin olmaması dahi kötü niyetin kanıtı olarak görülebilir.

Lyon İstinaf Mahkemesi, maden suyu üreten bitişik su kaynakları ile ilgili bir davada yukarıdaki tespitleri teyit etmiştir. Bu davada kaynağın sahibi, komşusunun sahip olduğu kaynağın ürettiği suyu bile azaltan güçlü bir pompa kurmuştur. Mal sahibi, hakkını

⁷⁸ Cueto-Rua, s. 965; Akyol, s. 5; James Gordley, “The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition”, ed. Rita de la Feria/ Stefan Vogenauer, **Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?**, Oxford, Hart Publishing, 2011, s. 34.

⁷⁹ Crabb, s. 13.

kullanması neticesinde doğan herhangi bir zarardan sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür: *nemo injuria facit qui jure suo utitur*⁸⁰. Davadaki maddi vakıalar da zarar verme niyetini somut olarak ortaya koymamış veya göstermemiş ise de pompa nedeniyle ortaya çıkan ilave sudan mal sahibinin faydalanmadığı ve bunun sadece israf edildiği göz önüne alındığında, mahkeme böyle bir kötü niyetin varsayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle mahkeme, meşru veya ciddi bir menfaatin bulunmaması halinin, eylemin bir başkasına zarar verme niyetinden esinlendiğini kanıtladığına karar vermiştir⁸¹.

Genel olarak bu konuda belirleyici ve ufuk açıcı olarak kabul edilen *Clément-Bayard* davasında, Fransa Yüksek Mahkemesi meşru bir saikin varlığına bakılmaksızın kötüye kullanımın tespit edilip edilemeyeceğine dair bir ikilemde kalmıştır. Dava zeplinleri depolamak için hangarlar inşa etmiş olan *Clément-Bayard*'ın sahip olduğu arazinin bitişiğindeki diğer arazinin sahibi *Coquerel*'den kaynaklanmıştır. *Coquerel*, arazisini *Clément-Bayard*'a satmak istemiş, ancak *Clément-Bayard* önerilen fiyattan satın almayı reddetmiştir. *Coquerel* de *Clément-Bayard*'ın zeplinlerini olumsuz etkileyen ahşap iskeleler inşa etmiş ve çelik çiviler yerleştirmiştir. Hatta, *Clément-Bayard*'ın zeplinlerinden biri *Coquerel* tarafından inşa edilen yapılara çarpmış ve ağır bir şekilde hasar görmüştür⁸². *Clément-Bayard* açtığı davada, çivilerin kaldırılmasını ve tazminat ödenmesini talep etmiş, *Coquerel* şiddetli bir şekilde hukuken tanınan bir hakkını kullandığını savunmuştur. İzahtan vareste olduğu üzere, *Coquerel* aslında araziye satın alması ve satışından en yüksek kârı elde etmesi için *Clément-Bayard*'a baskı uygulamaya çalışarak ekonomik bir avantaj elde etmeye çalışıyordu. Fransa Yüksek Mahkemesi kararında *Coquerel*'in sorumlu olduğuna karar vermiş, iskelelerin ve sivri uçların kaldırılmasını emretmiş ve *Clément-Bayard*'ın talep ettiği zararın tazminine dair hüküm kurmuştur. Mahkeme, *Coquerel*'in *Clément-Bayard*'ı araziye satın almaya zorlamak ve ekonomik bir avantaj elde etmek suretiyle hakkını kötüye kullandığını belirtmiştir.

⁸⁰ “Hakkını kullanan kişi zarardan sorumlu tutulamaz.” Cueto-Rua, s. 966; Olgu Özdemir, **İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 58.

⁸¹ Redmann, s. 948; Gutteridge, s. 33.

⁸² Cueto-Rua, s. 981; Gutteridge, s. 33.

Gerçekten birden fazla saik olmasına rağmen, baskın saikin diğerine zarar vermek olduğu kanaatine varılmıştır⁸³.

Bu karar, pratik açıdan hakkın kötüye kullanılması ilkesini açıkça desteklemektedir. Herhangi bir başka sonuca da varmak mümkün değildir. Aksi kabul edilirse, bir hak sahibi hakkını kullanmak için meşru olsa dahi herhangi bir ikincil amaca sahip olmakla sorumluluktan kaçabileceğinden, ilkenin uygulanabilirliği anlamsız hale gelecektir. Bu amaçla *Josserand*, “*Birkaç iyi tahılın yabani otları arındıracağını kabul edersek, insan kötülüğüne kapı açmış oluruz. Nitekim çoğu durumda hak sahibi kabul edilebilir bir saik, meşru bir menfaat ileri sürebilir.*” demektedir⁸⁴. Mahkemelere hak sahibinin davranışının gösterdiği şekilde saikleri inceleme yetkisinin verilmesi ve herhangi bir sorumluluğun tesis edilmesinde belirleyici birincil saikin ayırt edilmesi, ilkenin manipüle edilmesini büyük ölçüde engellemektedir.

Bu çerçevede Fransız mahkemelerinin, hak sahibinin bir başkasına zarar vermek amacıyla hakkını kullandığı durumlarda hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurduğu görülmektedir. Böyle bir kötü niyet tespit edilirse hakkın kullanılmasına yönelik meşru veya ciddi bir menfaatin bulunmadığı varsayılmaktadır. Ayrıca, ikincil meşru niyetle ilişkilendirildiğinde dahi zarar verme kastının varlığı tespit edilmektedir.

Bu kararlar, hakkın kötüye kullanılması konusunda önde gelen örneklerdir. Şüphesiz bunlar dışında da Fransız mahkemeleri, maddi hukuka ilişkin olduğu kadar usule ilişkin haklar bakımından da meşru ve ciddi bir menfaatin bulunmamasının açıkça

⁸³ Gutteridge, s. 34.

⁸⁴ Crabb, s. 13; Cueto-Rua, s. 990.

anlaşıldığı halleri, ağırlıklı olarak hak sahibinin zarar verme niyeti şeklinde yorumlamaktadır⁸⁵.

Fransız mahkemelerinin uyguladığı ikinci alternatif ölçüt *iyi/kötü niyettir*. Hak sahibinin davranışının zarar verme kastı göstermediği hallerde, Fransız mahkemeleri kötüye kullanımı tespit etmek için kötü niyet ilkesine dayanmaktadır⁸⁶. Bir kimsenin temyiz hakkına ilişkin bir davada, eğer hak sahibinin kullanımı “*zarar verme kastı veya kötü niyet ya da en azından kullanımı gereksiz gösterecek büyük bir hata*” teşkil ediyorsa kötüye kullanımın böylece tespit edildiğine hükmedilmiştir⁸⁷. İyi niyet kavramının hakkın kötüye kullanılmasıyla ilişkisi ilerleyen bölümlerde yine tartışılacaktır.

Makullük, Fransız mahkemelerinin bir hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmek için kullanmakta olduğu bir başka ölçüttür. Sözleşme süresine ilişkin herhangi bir madde içermeyen ticari acentelik gibi bir hizmet sözleşmesinde durum tam olarak budur. Sözleşme katı bir bakış açısıyla ele alındığında, taraflardan herhangi birinin tek başına sözleşmeyi feshetme hakkı bulunduğu kabul edilebilir. Ancak ilke, feshin makul olmadığının kanıtlanması halinde tazmine yönelik de işlev göstermektedir⁸⁸.

Başka bir örnekte, evlilik vaadi Fransız hukuku ve mahkemeleri tarafından talep hakkı bahşeden bir sözleşme teşkil etmemektedir. Buna rağmen, Fransız mahkemeleri vadin geri alınmasının makul olup olmadığını belirlemek için bir dengeleme incelemesi yapmakta ve tarafların çatışan çıkarlarını değerlendirmektedir⁸⁹. *Amos/Walton* bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “... *davalının vaadini geri alma hakkı vardır, ancak tazminat*

⁸⁵ Bolgar, s. 1021; Mayrand, s. 1000-1002; Amandine Léonard, “‘Abuse of Rights’ in Belgian and French Patent Law – A Case Law Analysis”, *JIPITEC*, 2016, Cilt 7 Sayı 1, 30, para. 15; Ahmed El Far, **Abuse of Rights in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2020, s. 41; John David Branson, “The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 2021, Cilt 38 Sayı 2, 187–214, s. 190.

⁸⁶ **Ibid.**

⁸⁷ Crabb, s. 12 vd.

⁸⁸ Amos, s. 457

⁸⁹ Amos, s. 458.

*pahasına da olsa bu hakkını makul olmayan bir şekilde kullanmamalıdır. Bunu yaparsa hakkını suistimal etmiş olur ve ihlalin asli sorumlusu haline gelir.”*⁹⁰.

Fransız mahkemelerinde HIV bireyleri ile ilgili insan gövdesi resimlerini içeren bir reklam kampanyasına ilişkin *Benetton Group* aleyhine açılan bir davada⁹¹, bir AIDS derneği ve üç HIV pozitif kişi *Benetton Group*’un markasını tanıtmak için sansasyonel konular kullandığı gerekçesiyle tazminat talep etmiştir. Mahkeme tarafından davacılara veya başka herhangi bir kişiye zarar verme kastının bulunmadığı kabul edilmesine rağmen, ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanıldığını tespit etmek için makullük ve basiretlilik ölçütüne başvurulmuştur. *Benetton Group*’un olası zararların oluşabileceğini öngörerek amacı uğruna bu reklam kampanyasını yapmakta kusurlu olduğuna hükmedilmiştir.

Benzer şekilde, Fransız mahkemeleri, hakkın kötüye kullanılması uygulamasını genişletmiştir. Yalnızca herhangi bir zarar kastı veya kötü niyet taşımayan, aynı zamanda hak sahibinin kusuru bulunmayan davalarda dahi tazminata hükmetmiştir⁹². Buna bir örnek olarak, bir hakkın kullanılmasından dolayı bir bireye verilen zararın ağırlığı dikkate alındığında, hakkın kötüye kullanılmasının “*kusura bakılmaksızın*” gündeme gelebilmesidir⁹³. Bunu yaparken mahkemeler, makullük ölçütünden faydalanmaktadır. Söz gelimi, bir rafineri şirketinin tesisinden hava kirliliğine neden olan ve komşuları rahatsız eden dumanlar yayılmıştır. Şirketin işleri yürütmesinde herhangi bir kusuru olmamasına rağmen mahkeme, şirketin sebep olduğu zararların komşuların katlanması beklenen sınırları aştığı sonucuna varmıştır⁹⁴. Bu dava, hakların kötüye kullanılmasının,

⁹⁰ F. H. Lawson/ A. E. Anton/ L. Neville Brown/ Maurice Sheldon Amos, **Amos and Walton’s Introduction to French Law**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 1967, s. 58.

⁹¹ Elspeth Reid, “Abuse of Rights in Scots Law”, **Edinburgh Law Review**, 1998, Cilt 2 Sayı 2, 129-157, s. 139.

⁹² Mayrand, s. 1000-1002; Crabb, s. 19-20.

⁹³ *Epoux Vullion v. Société immobilière Vernet- Christophe Subsequent Developments*, JCP 1971. 2. 16781, çev. Tony Weir.

⁹⁴ Mayrand, s. 1000-1001. Benzer şekilde bkz. Yargıtay 14. HD. 2017/1997 E. 2019/4385 K. 16.01.2017 T.; Yargıtay 14. HD. 2016/690 E. 2018/5640 K. 17.09.2018 T.; Yargıtay 14. HD. 2014/16004 E. 2015/825 K. 22.01.2015 T.

hiç kusurun bulunmadığı ve hiçbir zarar kastı veya kötü niyetin söz konusu olmadığı halleri dahi kapsayabileceğini göstermektedir⁹⁵.

Fransız hukuku kapsamında hakkın kötüye kullanılması hususunda başvuru bir başka test, hakkın *sosyo-ekonomik amacından sapma* ile ilgilidir. Bu kötüye kullanma ölçütü, hakların hak sahibine belirli bir sosyal-ekonomik amaç için verildiğini ve hakkın kullanılmasının sadece bu amacı yerine getirmenin bir aracı olduğunu varsayar. Amaçtan herhangi bir sapma, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir⁹⁶. Bu ölçütü ilk ortaya atan, bir hakkın kullanım kapsamını onun sosyal amacına bağlayan ve hakların göreliliği teorisi üzerine çığır açan çalışmanın sahibi *Josserand*'dır⁹⁷. Bununla birlikte, bu ölçütün uygulanmasındaki zorluk nedeniyle, Fransız mahkemeleri kötüye kullanımın tespitinde nadiren bu kritere başvurmaktadır⁹⁸.

İlk bakışta, hakların kötüye kullanılması öncelikle mülkiyet haklarıyla ilgili olarak uygulanıyor gibi görünse de ilkenin diğer alanlara da yayıldığı ve artık genel bir uygulamaya sahip olduğu söylenmektedir⁹⁹. Sayılan uyuşmazlıkların yanı sıra, sözleşmeler hukuku, usul hukuku, temyiz süreci ve mahkeme kararlarının icrası dahil olmak üzere usul hukuku ve aile hukuku da dahil çok geniş bir yelpazede ilke Fransız mahkemeleri tarafından uygulanmaktadır¹⁰⁰. Aynı şekilde, hakların kötüye kullanılmasının özünün idari davalarda da geçerli olduğu ve özellikle idarenin takdir yetkisini sınırladığı ileri sürülmektedir¹⁰¹.

Usule ilişkin hakkın kötüye kullanılması hususunda da Fransız mahkemeleri yukarıda tartışılan aynı suistimal ölçütlerine dayanmaktadır. Bu nedenle mahkemeler,

⁹⁵ Yine bu doğrultuda bkz. dn. 92. Quebec/Kanada'da da Yüksek Mahkeme tarafından davalı her ne kadar elinden geldiğince tedbirli davranırsa da zarardan sorumlu olduğu yönünde karar verilmiştir. Mayrand, s. 1001.

⁹⁶ Walton, **Motive**, s. 501; Cueto-Rua, s. 1001.

⁹⁷ Gutteridge, s. 27-28; Bolgar, s. 1018.

⁹⁸ Knapp, s. 114; Cueto-Rua, s. 1001-1002.

⁹⁹ Walton, **Motive**, s. 505; Byers, s. 392; Cueto-Rua, s. 967; Walton, **Responsibility**, s. 87; Amos, **Abuse**, s. 453-454.

¹⁰⁰ Crabb, s. 3-4; Walton, **Motive**, s. 508; Catala/ Weir, s. 225-226; D. J. Devine, "Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights", *Acta Juridica*, 1964, 148, s. 154; Amos, **Introduction**, s. 219; Gaillard, s. 17'de Fransa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 32.1, 559 ve 581 maddeleri.

¹⁰¹ Iluyomade, s. 55.

dava açma hakkı, savunma hakkı ve temyiz hakkı gibi farklı usuli haklara ilişkin olarak iyi niyet ve makul olmanın yanı sıra, kötü niyet ve meşru menfaat eksikliği testini kullanmıştır¹⁰².

Fransız hukukunda ilkenin hukuki dayanağının kusur sorumluluğunu ifade eden Medeni Kanun'un 1382. maddesi olduğuna değinilmiştir¹⁰³. Ayrıca ilke, sözleşmeler için de aynen geçerlidir. Yani, sözleşmeye dayalı bir hakkın herhangi bir şekilde kötüye kullanılması durumunda dahi tarafa kusur atfedilmektedir¹⁰⁴. Bu konudaki bir çalışmada, sözleşmeye dayalı hakların kötüye kullanılmasının yine sözleşmesel bir ihlal teşkil edeceği ve kişinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu tetikleyebileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Bu amaçla, sözleşmelerin iyi niyetle ifasını zorunlu kılan Fransız Medeni Kanunu'nun 1134/3. maddesine dayanarak, sözleşmeye dayalı bir hakkın kötüye kullanılmasının sözleşmeyi ihlal ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁶. Haliyle, *“taraf bir sözleşmenin ifasında kötü niyetle hareket ederse, bir hukuk kuralını ihlal etmiş olur ve dolayısıyla bir kusur işlemiş olur”*¹⁰⁷. Hakların kötüye kullanılmasının kapsamı, sözleşmelerle bağlantılı hakların kötüye kullanılmasına yaptırım uygulanmasına kadar uzanmaktadır. Bununla birlikte buradaki yaptırım sözleşmeden kaynaklanmamakta, aksine sözleşme akdetmeyi reddetme veya sözleşmesel yükümlülüklerden kurtulmak şeklinde zuhur etmektedir¹⁰⁸.

Fransız yaklaşımına oldukça benzer şekilde, Anglo-Sakson hukuku coğrafyasında bulunmakla birlikte, 1812 yılında ilk anayasası ile uluslararası hukukta varlık bulan *Louisiana devleti*, aslında Fransa ile İspanya sömürge hükümetlerine tabi olarak 1700'lü yıllarda kurulmuştur. Daha bu aşamada dahi Louisiana hukukunun birçok farklı kaynağa dayandığı açıktır. Özellikle Fransız ve İspanyol hukuku olmak üzere *Justinian*, yani Kıt

¹⁰² Bolgar, s. 1021; Branson, s. 190; Far, s. 43; Mayrand, s. 1001; Léonard, para. 15, 16.

¹⁰³ Bkz. dn. 72 vd.

¹⁰⁴ Mayrand, s. 1011.

¹⁰⁵ Mayrand, s. 1010-1011; Reinhard Zimmermann/ Simon Whittaker, **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, s. 35.

¹⁰⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019, s. 19.

¹⁰⁷ Mayrand, s. 1010.

¹⁰⁸ Reid, s. 139-140; Zimmermann/ Whittaker, **Good Faith**, s. 35.

Avrupalı hukukunun kaçınılmaz büyük etkisi görülebilmektedir¹⁰⁹. Louisiana Medeni Kanunu, hakkın kötüye kullanılması ilkesine aynı Fransız hukukundaki gibi açıkça atıfta bulunmamaktadır, ancak Louisiana mahkemeleri tarafından ilke kesin bir şekilde kabul edilmekte, titizlikle düzenlenmekte ve uygulanmaktadır. Başlangıç olarak belirtmek gerekir ki, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Louisiana Medeni Kanunu da mülkiyet hakları kapsamında hakkın kötüye kullanılması halinde doğacak sorumluluğu açıkça düzenlemiştir¹¹⁰.

Bu kanuni düzenlemenin yanında, Louisiana mahkemeleri tarafından da hakkın kötüye kullanılması incelemesi sıklıkla gerçekleştirilmektedir. Mülkiyet hakkıyla alakalı 1919 tarihli bir uyuşmazlıkta, mahkeme dikkat çekici bir karar tesis etmiştir. Her ne kadar bu kararda mahkeme tarafından özellikle Fransız emsallere dayanılmakla beraber, Louisiana Medeni Kanunu’nun dağınık hükümlerine de atıfta bulunulmakta ve *“Huzurdaki gibi uyuşmazlıklar, herhangi bir geniş veya katı kuralın uygulanmasıyla değil, Baudry-Lacantinerie ve Chaveau’nun ifadesini kullanırsak, vakaya eşlik eden tüm koşulların dikkatli bir şekilde, özellikle bir mal sahibinin komşusuna ciddi zarar vermemesi ile kendisine faydası olmadığı halde komşuluk ruhuna aykırı bir şey yapmaması gerektiği şeklindeki iki ilkenin ı ışık ve rehberliğinde, teşhis edilmesi ve tartılmasıyla çözümlenmelidir.”* ifadesiyle hakkın kötüye kullanılması ilkesine dolaylı ve örtülü olarak değinilmektedir¹¹¹.

Hakkın kötüye kullanılması önceden sadece mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklarda ele alınmaktayken, Louisiana mahkemeleri daha sonra bu uygulamayı tüm hukuki konuları kapsayacak şekilde genişletmiştir¹¹². 1975’te Louisiana Yüksek Mahkemesi ilkeyi açıkça benimsemiş¹¹³, terminolojiyi onaylamıştır. İlkenin esas olarak mülkiyet hakkına ilişkin 667. maddeye dayandığını kabul ederken, kapsam ve

¹⁰⁹ Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1173; A. N. Yiannopoulos, “The Civil Codes of Louisiana”, **Civil Law Commentaries**, 2008, Sayı 1, 1, s. 8.

¹¹⁰ Louisiana Civil Code 667, 668 ve 669 maddeleri; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1174.

¹¹¹ *Higgins Oil & Fuel Co. v. Guaranty Oil Co.*, 145 La. 233, 82 So. 206 (1919), 211; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1177; Sanders, s. 232-233.

¹¹² Redmann, s. 950.

¹¹³ Sözleşmeden doğan ihtilaflarla ilgili daha önceki kararların, hakkın kötüye kullanılması incelemesine ve hakkaniyete dayalı mülahazalara dayalı olarak verildiğine, ancak bunlara açık bir atıfta bulunulmadığına dikkat edilmelidir. Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1178.

uygulanmasını genişletmiş ve kıyas yolunu da kullanarak ilkenin tüm hukuki meselelerde uygulanabileceğini belirtmiştir¹¹⁴: “*Louisiana, hukuki ilişkilerin tüm alanlarında bir hakkın suistimal teşkil edecek şekilde kullanılabileceğine dair genel bir hukuk teorisi veya ilkesini benimsemektedir.*”¹¹⁵.

İlkenin kapsamı ve kötüye kullanma ölçütleri ile ilgili olarak, hakkın kötüye kullanılmasının kötü niyetli durumlardan ibaret olmadığı da açıkça ortaya konmuştur. Hak sahibinin hakkını kullanmakta ciddi ve/veya meşru bir menfaat göstermediği hallerde ilke uygulanmaktadır. Louisiana Yüksek Mahkemesi, “... kanıtlanmasa ve hatta iddia edilmese dahi bir hakkın ... meşru ve ciddi bir menfaat olmaksızın kullanılması, mahkemelerin tasvip etmemesi gereken bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.” demektedir¹¹⁶.

1979 tarihli *Illinois Cent Gulf v. International Harvester* davasında, Louisiana Yüksek Mahkemesi daha da ileri giderek ilkeyi titiz bir şekilde analiz etmiş, diğer yargı alanlarındaki kapsamını incelemiş ve neyin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, bir hakkın kötüye kullanılmasının yalnızca bir başkasına zarar vermek amacıyla yapılan eylemlerle sınırlı olmadığını, ancak hak sahibinin baskın saikinın zarar vermek olduğu durumda veya davranışla ilişkilendirilen saik ne olursa olsun yargısal korumaya değer ciddi ve/veya meşru bir menfaatin bulunmadığı durumlarda da ilkenin aynen uygulanabileceğini vurgulamıştır¹¹⁷. Ayrıca mahkeme, bir hakkın ahlaki

¹¹⁴ *Morse v. J. Ray McDermott & Co.*, 344 So. 2d 1353 (La. 1977); *Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co.*, 368 So. 2d 1009 (La. 1979); *Travelers Indemnity Co. v. Hunt*, 371 So. 2d 342 (La. App. 4th Cir.), 374 So. 2d 657 (1979); *Cox v. Kirkpatrick*, 404 So. 2d 999 (La. App. 1st Cir. 1981); *Sanborn v. Oceanic Contractors, Inc.*, 448 So. 2d 91 (La. 1984); *Breland v. Louisiana Hospital Services, Inc.*, 488 So. 2d 1215 (La. App. 1st Cir. 1984), 468 So. 2d 1223 (La. App. 1st Cir. 1985); Redmann, s. 958-968.

¹¹⁵ *Hero Lands Co. v. Texaco, Inc.*, 310 So. 2d 93, 99 (La. 1975).

¹¹⁶ *Morse v. J. Ray McDermott & Co.*, 344 So. 2d 1353 (La. 1977), 1369; Byers, s. 394; Redmann, s. 960. Benzer şekilde, hakkın kötüye kullanıldığının dosya kapsamından anlaşılması halinde taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkimin uygulaması gerektiği hakkında bkz. Yargıtay İBK 1990/4 E. 1991/3 K. 08.11.1991 T. Ayrıca bkz. dn. 376, 619.

¹¹⁷ *Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co.*, 368 So. 2d 1009 (La. 1979).

kurallara, iyi niyete veya temel adalet duygusuna aykırı olduğu düşünölen bir şekilde veya hakkın tesis edildiği amaç dışında kullanıldığı davaları da ilkenin kapsamına almıřtır¹¹⁸.

Anılan kararın ardından, Louisiana mahkemeleri, şu ölçütlerden herhangi birine dayanarak kötüye kullanımı tespit etmek için tarafların davranışlarını sürekli olarak incelemiştir: “**(i)** baskın nedenin zarar vermek olması, **(ii)** bir talebi reddetmek için ciddi veya meşru bir sebebin olmaması, **(iii)** bir talebi reddetmenin ahlaki kurallara, iyi niyete veya temel adalet duygusuna aykırı olması, **(iv)** hakkın tesis edildiği amaç dışında kullanılması.”¹¹⁹.

Bu çerçevede, Louisiana mahkemelerinin hakkın kötüye kullanılmasına dair tespitte Fransız emsaline nazaran oldukça geniş göstergeler benimsediği görölmektedir. Ancak bunlar dahi kapsamı itibariyle çakışmakta olduğundan, bu hususta Louisiana ve Fransız hukukunun büyük ölçüde aynı olduğu da ileri sürölmektedir. İsviçre yaklaşımına göre ilkenin uygulama kapsamının asgari düzeyde düzenlenmesi savunulurken Louisiana hukuku düzenleme şekli ve neyin kötüye kullanım teşkil ettiğine ilişkin ölçütleri çerçevesinde görel bir şekilde İsviçre yaklaşımına zıt düşmektedir. Bu özelde katı bir pozitivist kuralı uygulamaktan kaçınma arzusuyla hareket eden Louisiana mahkemeleri, **(i)** uyuşmazlığa ilişkin vakıaları dikkatlice inceleme ve **(ii)** söz konusu eylem veya davranışların kötüye kullanım teşkil edip etmediğini belirlemek amacıyla çatışan çıkarları tartma eğilimi sergilemektedir¹²⁰.

Özünde, mahkemeler neyin suistimal oluşturduğuna dair nesnel bir standart, yani makullük standardı uyguluyor gibi görünse de hak sahibinin ruh haline vurgu yapıldığı açıktır. Bu durum, özellikle hakkın kusurlu olmasa da ihmalkâr veya kasıtlı bir şekilde kullanılmasına mahkemelerin izin vermediği uyuşmazlıklarda görölmektedir¹²¹. Hal

¹¹⁸ **Ibid.**

¹¹⁹ *Trushinger v. Pak*, 513 So. 2d 1151, 1154 (La. 1987); *Ballaron v. Equitable Shipyards, Inc.* 521 So. 2d 481 (La. 1988); *Ouachita National Bank in Monroe v. Palowsky*, 554 So. 2d 108 (La. 1989); *Addison v. Williams*, 546 So. 2d 220 (La. 1989); *Fidelity Bank and Trust Co. v. Hammons*, 540 So. 2d 461 (La. 1989); *210 Baronne St. Ltd. Partnership v. First Nat’l Bank of Commerce*, 543 So. 2d 502, 507 (La. App. 4th Cir.), 546 So. 2d 1219 (1989).

¹²⁰ *Higgins Oil & Fuel Co. v. Guaranty Oil Co.*, 145 La. 233, 82 So. 206 (1919), 211.

¹²¹ *McCoy v. Arkansas Natural Gas Co.*, 175 La. 487, 143 So. 383 (1932); Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1196-1197.

böyleyken, hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici işlevini ihlal eden bir durum da ortaya çıkmaktadır. Zira, bu *düzeltilici işlev*in aslında bir kişinin eylem veya davranışının yansımalarını ele alması gerekirken burada kişinin ruh hali araştırılmaktadır: “*Bir hakkı kullanırken, bilmeden başkasına zarar veren bir kimsenin kastı olmamasına rağmen zararı tazmin etmemekle kötü niyetli veya fiilen kusurlu addedileceği bazı haller vardır.*”¹²². Bu tür durumlarda, kötü niyetin veya hakkın kötüye kullanılmasının sadece varsayıldığı, ancak hak sahibinin zararı gidermemesi veya zarara neden olmaktan kaçınmaması durumunda bu karinenin çürütülemeyeceği dahi ileri sürülmektedir.

Dolayısıyla, Louisiana mahkemeleri tarafından kabul edilen ölçütlerin zayıf karakterde olduğu ve kapsam olarak belirsiz görünebileceği söylenebilir. Zaten anılan göstergeler büyük ölçüde örtüşmekte, bazıları açıkça diğerlerinin kapsamına girmektedir. Bu durum, söz konusu ölçütlerin bazılarını *muhtemelen* gereksiz kılmaktadır. Örneğin, ahlaki kurallara, iyi niyete ve/veya temel adalet duygusuna aykırı bir hakkın kullanılmasını yasaklayan ölçütün, evleviyetle, sırf başkasına zarar vermek amacıyla yapılan bir işlemi yasaklayan veya bir hakkın ciddi ve meşru bir sebep olmaksızın kullanılmasına engel olan hususları kapsayacak kadar geniş olduğu aşikârdır.

Bu nedenle, Louisiana mahkemelerine potansiyel olarak *preatoran*¹²³ bir yetki bahşedildiği söylenebilir. Bahsedilen ölçütlerin çokluğundan ve kapsamından kaynaklanan, hakkın kötüye kullanılmasının ne olduğunu belirleme konusunda mahkemeler tarafından benzeri görülmemiş bir takdir yetkisi kullanılmaktadır. Ancak pratik açıdan bakıldığında bu düzeltici aracın mahkemeler tarafından istismar edildiği, kötüye veya aşırı kullanıldığı söylenemez. Aksine, mahkemeler hakkın kötüye kullanılması ilkesini ele alırken sağduyulu ve ihtiyatlı davranmakta, bu ilkeye yalnızca kötüye kullanmanın açık tezahürlerinde başvurmaktadır¹²⁴. Özellikle hakların kötüye kullanılması iddialarının baskın olduğu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda bu durum

¹²² William T. Tête, “Tort Roots and Ramifications of the Obligations Revision”, *Loyola Law Review*, 1987, Sayı 32, 47, s. 67.

¹²³ Baskın, gücünü kendinden alan.

¹²⁴ “‘Hakkın kötüye kullanılması’ yaklaşımı, bir tarafın aksi takdirde hukuki olarak korunan haklarını uygulanamaz hale getireceğinden, bu yaklaşıma Louisiana’da ihtiyatlı bir şekilde başvurulmaktadır.” ifadesi için bkz. *Mcinnis v. Mcinnis*, 618 So. 2d 672 (La. App. 2d Cir. 1993), 676; *Fidelity Bank and Trust Co. v. Hammons*, 540 So. 2d 461 (La. 1989).

iyice belirginleşmektedir¹²⁵. Ayrıca, mahkemelerin genellikle ilkenin uygulanmasına ilişkin yukarıda anılan dört ölçütün hepsini birden incelediği ve hiçbir kötüye kullanmanın bulunmadığı sonucuna ulaştığı da vakidir. Louisiana mahkemelerinin kira, işçi-işveren, sigorta uyuşmazlıkları ve borç verenin sorumluluğu ile diğer sözleşmesel veya sözleşmesel olmayan uyuşmazlıklarla ilgili olarak ölçütleri incelemesine rağmen, herhangi bir kötüye kullanma bulunmadığı şeklinde karara vardığına rastlanmaktadır¹²⁶.

Örnek vermek gerekirse, Louisiana Yüksek Mahkemesi nezdinde görülen bir dava, işle ilgisi olmayan bir kaza nedeniyle ciddi şekilde yaralanan ve felç geçiren bir çalışanın dahil olduğu bir sigorta anlaşmazlığına ilişkin olup işveren kaza sonrasında iş akdini feshetmiş ve çalışanın sigorta poliçesi kapsamı dışında bırakmıştır. Sözleşme hükümlerine uygun olmasına rağmen, çalışan, sigorta poliçesini feshetmenin sözleşmeden doğan bir hakkın kötüye kullanılması olacağını savunmuştur. İlk derece mahkemesi ve yüksek mahkeme, sigorta poliçesinin feshedilmesinin sözleşme hükmüne uygun olduğunu teyit etmiş ve hakkın kötüye kullanılmadığına hükmetmiştir. Louisiana Yüksek Mahkemesi hakkın kötüye kullanılması ilkesini kabul etmiş ancak bunun yalnızca bireysel hak ve çıkarlara yönelik olası ihlaller göz önüne alınarak sınırlı durumlarda uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme taraf menfaatlerini dikkatlice tartmış, kötüye kullanma ölçütlerinin dördünü de incelemiş ve davaya ilişkin vakıaları da göz önüne alarak hakkın kötüye kullanılmadığına karar vermiştir¹²⁷. İlk bakışta oldukça geniş görünen ölçütlere rağmen, ilkenin bariz suistimallerde dahi dar bir şekilde yorumlandığını ve uygulandığını açıkça yansıttığı için bu dava önemlidir. Özellikle, mahkemenin poliçenin feshini ahlaki kurallara, iyi niyete veya temel adalet duygusuna aykırı bulmadığının altı çizilmelidir. Diğer ölçütlerin geniş ve belirsiz kapsamı göz önüne alındığında davanın kabul edilebileceği açık olmasına rağmen, mahkeme dava konusu menfaatleri de değerlendirerek sözleşme hükümlerinin açık ve net olduğuna karar vermiştir. Böylece

¹²⁵ Redmann, s. 947.

¹²⁶ Bu konuda özellikle bkz. Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1191 vd.

¹²⁷ *Massachusetts Mutual Life Insurance Company v. Steven F. Nails*, 549 So. 2d 826 (1989).

sözleşmelerin kutsallığı ve ahde vefa ilkesi, olası bir hakkın kötüye kullanılması tartışmasına üstün gelmiştir.

Kötüye kullanmanın bariz olduğu durumlarda bile mahkemelerin tazminata hükmetmek için başka hukuki ilkelere dayanarak faydalandığı görülmektedir. Örneğin, bir kira uyuşmazlığında taraflar, kiraya veren yazılı olarak kabul etmedikçe hiçbir alt kiralamanın yapılamayacağı konusunda anlaşmışlar ve kiraya verenin makul sebep öne sürmediği sürece rıza vermekten kaçınamayacağını düzenlemişlerdir. Yerel mahkeme tarafından kiraya verenin alt kiralamaya izin vermeyi makul olmayan bir şekilde reddederek hakkını kötüye kullandığına karar verilmiştir. Mahkeme özellikle, kiraya verenin alt kiralamaya izin vermeyi reddetmesinin ahlaki kurallara, iyi niyete ve/veya temel adalet duygusuna aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkeme, yerel mahkeme kararını onamıştır. Ancak burada hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanmaktan kaçınarak temyiz edilen kararı onamak için sözleşme hükümlerini, tarafların ortak niyetini ve sözleşmede benimsenen makullük hükmünü esas almıştır¹²⁸. Yüksek mahkemenin hakkın kötüye kullanılması konusunda ilginç bir şekilde şüpheli olduğu, “*yerel mahkemenin hakkın kötüye kullanılması ilkesinden faydalanmasına ilişkin bir görüş belirtmesek de burada hakkaniyete başvurmaya gerek görmediğimiz için bu gerekçeyi incelemeyi reddediyoruz.*” şeklindeki ifadesinden açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, aslında hakkın kötüye kullanılmasının hakkaniyete dair bir ilke olduğu ve bu nedenle, mevcut düzenlemelerin uygulanmasının mağduriyeti gidermediği ve adaleti sağlamadığı sürece mahkemelerin hakkaniyete başvurmaması gerektiği gözetilerek ilkenin uygulanmasından kaçınılmıştır¹²⁹. Bu bakımdan, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin *ikincil* ve *düzeltilici işlevi* de kabul edilmiş gözükmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin Louisiana düzenlemelerine göre *hakkaniyete dair bir ilke* olduğu görüşü öğretide kabul edilmekte ve mahkemeler tarafından da

¹²⁸ *Maurin-Ogden-1978 Pinhook Plaza v. The Wiener Corporation*, 430 So. 2d 747, (La. App. 5th Cir.1983).

¹²⁹ Louisiana Medeni Kanunu madde 21: “*Açık bir düzenlemenin bulunmadığı özel hukuka dair meselelerde, hâkim hakkaniyete göre hareket etmek ve karar vermek zorundadır. Mevzu hukukun sessiz kaldığı hallerde hakkaniyete uygun karar vermek için, doğal hukuka ve vicdana veya alışılmış âdetlere başvurulmalıdır.*”.

paylaşılmaktadır¹³⁰. Hakkaniyet boyutuyla, bazı mahkeme kararlarında hakkın kötüye kullanıldığı tespitine dayanan tazminat ve telafilere, mağdur tarafın makul hareket ettiği ve suçsuz olduğu durumlarda hükmedildiği görülmektedir. Hatta, bazı kararlarda *temiz eller ilkesinin*¹³¹ Louisiana hukukunun vazgeçilmez bir prensibi olduğu vurgulanmaktadır¹³².

Benzer şekilde, bazıları ilkenin yalnızca tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olmadığı sözleşme uyuşmazlıklarında geçerli olduğunu belirtmektedir¹³³. Ancak, böyle bir önermeye katılmamak gerekir. Çünkü ilke, kanunu düzeltmesi ve hakkaniyete uygunluk mülahazalarını açıkça yansıtması çerçevesinde hakkaniyet kapsamında değerlendirilebilirken, genellikle düzenleme yokluğunda başvurulacak hakkaniyete dayanmamaktadır. İlke temelini, Louisiana Medeni Kanunu'nda yer alan hakkaniyete dair çeşitli hükümlerde bulmaktadır ve kapsamı da mahkemeler tarafından belirlenmektedir. Bu durumda dahi mahkemelerin bir kötüye kullanım bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla taraflar arasındaki pazarlık gücünü, tarafların kusurlu davranışlarını ve uyuşmazlığın diğer tüm olgusal ayrıntılarını dikkate alması gerektiği gerçeği ortadan kalkmamaktadır¹³⁴.

Bunun yanı sıra, mahkemelerin genellikle Louisiana Medeni Kanunu'nda öngörülen *iyi niyet (good faith)* kavramına başvurduğu ve bu kavramı temel alarak çözüme ulaşmayı daha uygun bulduğu söylenebilir¹³⁵. İyi niyet ölçütünün baz alındığı durumda dahi mahkemeler, kötüye kullanma temelinde ulaşılabilecek olan aynı sonuçlara varmaktadır. Bununla birlikte, Louisiana Medeni Kanunu kapsamındaki iyi niyet hükmü, hakkın kötüye kullanılması yasağını içermekle kalmamaktadır¹³⁶. Aynı zamanda iyi niyete ilişkin

¹³⁰ *Cataldie v. Louisiana Health Services & Indemnity Co.*, 456 So. 2d 1373 (La. 1984); Redmann, s. 968.

¹³¹ “He who comes to equity must come with clean hands”.

¹³² *Fox v. City of Monroe*, 15 La. App. 192, 131 So. 483 (La. App. 2d Cir. 1930); *City of New Orleans v. Levy*, 233 La. 844, 98 So. 2d 210 (1957); *Dipuma v. Dipuma*, 136 So. 2d 505 (La. App. 1st Cir. 1961); *Sanborn v. Oceanic Contractors, Inc.*, 448 So. 2d 91 (La. 1984); *Lambert v. Maryland Casualty Co.*, 418 So. 2d 553 (La. 1982); *Cox v. Kirkpatrick*, 404 So. 2d 999 (La. App. 1st Cir. 1981); *Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co.*, 368 So. 2d 1009 (La. 1979); Sanders, s. 237; Redmann, s. 972.

¹³³ Redmann, s. 977.

¹³⁴ Ascensio, s. 781-782.

¹³⁵ Irina Petrova, “‘Stepping on the Shoulders of a Drowning Man’ The Doctrine of Abuse of Right as a Tool for Reducing Damages for Lost Profits: Troubling Lessons from the Patuha and Himpurna Arbitrations”, *Georgetown Journal of International Law*, 2004, Sayı 35, 455, s. 466.

¹³⁶ Tête, s. 65.

herhangi bir hükmün, hakkın kötüye kullanılmasına karşı bir yasak barındırdığı da ileri sürülmektedir¹³⁷. Mahkemelerin, hakkın kötüye kullanılması yasağı yerine neden iyi niyet ilkesine güvenmeyi tercih ettikleri hususu, özellikle ikinci kavramın ilkinden daha geniş ve çok daha belirsiz olduğu düşünülürse, hâlâ tartışmalıdır. Burada ise makul ve akla yatan tek açıklama, mahkemelerin iyi niyet kavramından farklı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının pozitivist bir yaklaşımdan ziyade hakkaniyete dayanmakta olduğu ve bu nedenle de hakkaniyet kavramına başvurmak yerine iyi niyete başvurmaya öncelik verildiği şeklindeki inancı olduğu savunulabilir.

Genel olarak hakkın kötüye kullanılmasının, Louisiana düzenlemelerine göre *quasi delict*¹³⁸ teşkil ettiği görülmektedir. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan ihtilaflarla ilgili olarak iyi niyet ilkesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile eşit derecede işleyebileceği ve sözleşmeden doğan hakların kötüye kullanılması biçimlerini ortadan kaldırmak için kullanılabileceği kabul edilmektedir¹³⁹.

Fransız ve Louisiana hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılmasına dair görüşlerin, tespitinde kullanılan ölçütlerin, ilkenin işlevlerinin büyük ölçüde benzer olduğu görülmektedir¹⁴⁰. Burada, konu hakkındaki yasal düzenlemelerin oldukça *dağınık* ve *muğlak* olduğu, mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanınmakla birlikte bu takdir yetkisinin kendi içerisinde nispeten çakışan ölçütler uyarınca kullanılması gerektiği tespit edilmiştir. Diğer taraftan, bu sistemlerde hem hak sahibinin niyetine dair subjektif unsura (iyi niyet) hem de davanın tüm vakıalarının değerlendirildiği objektif unsura (dürüstlük kuralı) başvurulduğu görülmekle, *melez bir yaklaşım* benimsendiği rahatlıkla

¹³⁷ Bin Cheng, **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s. 121.

¹³⁸ Kusurlu fiil.

¹³⁹ Tête, s. 89.

¹⁴⁰ Bu yaklaşımın Belçika hukukunda da geçerli olduğu belirtilmelidir. Léonard, para. 7 vd.

söylenebilir¹⁴¹. Her hâlükârda, bu hukuk düzenlerinde hakkın kötüye kullanılmasının ilkesel değerinin açıkça kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.

2- İlkenin Açık Görünümleri

a- Dar Kapsam

Öncelikle, Alman hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının (*Rechtmissbrauch*) benimsenmesi, yukarıda ifade edilen yaklaşımdan oldukça farklıdır. Alman hukuku, hakkın kötüye kullanılması ilkesini açıkça kabul etmekte ve düzenlemektedir. Burada ilkenin hukuki temeli çok yönlüdür. İlkenin açık karşılığı Alman Medeni Kanunu'nun 226. maddesinde bulunmakta, Medeni Kanun'un diğer düzenlemelerinde de ilkeye değinilmekte, uygulama kapsamı genişletilmekte ve farklı hukuki alanlara yansıtılmaktadır.

Alman Medeni Kanunu'nun 226. maddesi “*bir hakkın başka birine zarar vermekten başka bir amacı olamazsa kullanılması yasaktır*” hükmünü havidir (*Schikaneverbot*¹⁴²)¹⁴³. Tek başına bu düzenleme dahi, Alman hukukunun hakkın kötüye kullanılması yasağında kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsediğini göstermektedir¹⁴⁴. Maddeye göre, hak sahibinin hakkını *sadece* zarar vermek amacıyla kullandığının tespit edilmesi halinde ilke uygulanabilecektir. *Clément-Bayard* davası örneğinde olduğu gibi eylemlerin çeşitli ciddi veya meşru saiklerle gerçekleştirildiği durumlarda, herhangi bir suistimal tespit edilemeyeceğini varsaymak gerekecektir. Hatta baskın saikin bir başkasına zarar vermek olduğu durumlarda bile hak sahibi ne kadar tali olsa da meşru başka bir saikin varlığını

¹⁴¹ Saul Litvinoff, “Good Faith”, *Tulane Law Review*, 1997, Sayı 71, 1645, s. 1660-1661.

¹⁴² Taciz yasağı. Velidedeoğlu, s. 337.

¹⁴³ Alman Medeni Kanunu madde 226, çev. Gutteridge, s. 36.

¹⁴⁴ Bazılarına göre burada yansıtılan dar kapsam ilkeyi işlevsiz bırakmaktadır. Velidedeoğlu, s. 337; Uçaryılmaz, *Bona Fides*, s. 147; Necla Giritlioğlu, *Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması*, İstanbul, 1989, s. 3; Demet Çelikbaş, “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1987, Cilt 3 Sayı 1-4, 593, s. 608; Hamar Foster, “Abuse of Rights – Civil Law – Legal Reasoning: Bradford v. Pickles Revisited”, *University of British Columbia Law Review*, 1973, Sayı 8, 343, s. 346.

ileri sürerek sorumluluktan kolayca kurtulabilecektir¹⁴⁵. Maddedeki kelime seçimi de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır¹⁴⁶.

Bu ilke ile bireysel hakların kullanımına ciddi bir kısıtlama getirildiği göz önüne alındığında, bu kadar dar bir kapsamın tercih edilmesinin aslında ilkenin genel bir uygulamasını benimseme korkusundan kaynaklandığı söylenebilir¹⁴⁷. Her ne kadar alıntılanan bölüm mülkiyet haklarına ilişkin olsa da hakkın kötüye kullanılması ilkesi daha sonra genel bir uygulamaya sahip olmakta, her türlü suistimali etkin olarak ele alacak şekilde yayılmakta ve genişletilmektedir¹⁴⁸. Ancak, Fransız hukukundan farklı olarak bazıları, Alman Medeni Kanunu'nun 226. maddesinde somutlaştırıldığı şekliyle ilkenin usule ilişkin haklara uygulanamayacağını savunmaktadır¹⁴⁹.

Bunlara rağmen, Alman Medeni Kanunu'nun 226. maddesi hükmünün, 157. maddesinde yer verilen sözleşmelerin yorumlanmasında doğruluk ve dürüstlüğün gerektirdiği ölçünün esas alınması gerektiğini ifade eden hüküm ile 242. maddesinde borçların ifası bakımından genel yükümlülük olarak yer verilen ve iyi niyet ilkesini de kapsayan *Treu und Glauben* (Dürüstlük kuralı) düzenleme ile bağlantılı bir şekilde ele alınması önemlidir¹⁵⁰. 242. maddenin Türkçe ifadesi “*Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük kuralı nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür.*” şeklindedir¹⁵¹. 226. maddenin dar kapsamı göz önüne alındığında, hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük kuralı kapsamına girdiği kabul edilmektedir¹⁵².

¹⁴⁵ **Ibid.**, Knapp, s. 109; Valerian E. Greaves, “The Social-Economic Purpose of Private Rights: Section 1 of the Soviet Civil Code. A Comparative Study of Soviet and Non-communist Law”, **New York University Law Quarterly Review**, 1934, Sayı 12, 439, s. 446.

¹⁴⁶ Saymen, s. 292. Objektif ve sübjektif görüşlerin unsurlarını içeren karma bir görüş olduğu yönünde bkz. Edis, s. 326.

¹⁴⁷ Bolgar, s. 1024.

¹⁴⁸ Akyol, s. 4-5; Gutteridge, s. 36.

¹⁴⁹ Almanya Yüksek Mahkemesi 10 Şubat 1940 tarihli 162 RGZ 65 kararı (1940), atf. Bolgar, s. 1028.

¹⁵⁰ Burada objektif ölçütlerin esas alınacağı yönünde Greaves, s. 445.

¹⁵¹ Nami Barlas, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHF**, 1997, Cilt 55 Sayı 3, 191-208, s. 193.

¹⁵² Knapp, s. 109; Bolgar, s. 1024; Krauze, s. 3; Herman, s. 747; Zimmermann/Whittaker, s. 694; Bernardo M. Cremades, “Good Faith in International Arbitration”, **American University International Law Review**, 2012, Sayı 27, 761, s. 773; Willi E. Joachim, “The ‘Reasonable Man’ in United States and German Commercial Law”, **Comparative Law Yearbook of International Business**, 1992, Sayı 15, 341, s. 353. Gutteridge Alman Medeni Kanunu'nun 157 ve 242. maddelerini, sözleşme taraflarının sözleşmesel yükümlülüklerini basiretli bir iş adamına göre iyi niyetli bir şekilde yerine getirmelerini salık verdiği şeklinde okumaktadır. Gutteridge, s. 38.

Yani hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin 226. maddenin dar hükmüne girmeyen uygulamaların, yine de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği savunulmaktadır. İlaveten, hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde, “*Bir kişi, haklarını doğrudan sonra uzunca bir süre kullanmamakla veya başkalarını kullanmayacağına inandırmak suretiyle haklarını kaybedebilir*”¹⁵³. Bu nedenle, hakkın *zamanında* kullanılmaması durumunda dahi kötüye kullanım oluşabilmektedir. Ayrıca, 242. maddenin de hakkın kötüye kullanılmasının kurucu bir unsuru olarak her türlü hakkın kullanımına ilişkin olduğunu ve dolayısıyla usul hukuku da dahil olmak üzere hukukun tüm alanlarını kapsadığını belirtmek gerekir¹⁵⁴.

Yine bu şekilde, bazı hukukçular hakkın kötüye kullanılmasının Alman Medeni Kanunu’nun ahlak ve adaba aykırı fiillerle ilgili 138. ve 826. maddelerinin kapsamına girebileceği görüşünü ifade etmiştir¹⁵⁵. Bu hükümler sırasıyla *kamu düzenine aykırı hukuki işlemler* ile *örf ve adetler* hilafına bir başkasına zarar verenlerin sorumluluğunu ele almaktadır¹⁵⁶. Ancak burada 226. maddenin hakların kullanım boyutunu ele aldığı, 826. maddenin ise hakların kullanımından doğan özgürlüğün sebep olduğu suistimali düzenlediği belirtilmelidir¹⁵⁷.

Bu çerçevede, 226. maddenin dar ve sübjektif kapsamına girmeyen diğer hakkın kötüye kullanılması uygulamaları¹⁵⁸, daha kapsayıcı olan iyi niyet ve dürüstlük kuralının öngördüğü hukuki çerçevede kısıtlanmaktadır¹⁵⁹. Bu bakış açısıyla, hakkın kötüye kullanılması dürüstlük kuralı kavramıyla iç içe geçmektedir, zira herhangi birine aykırı uygulamalar diğerine kaçınılmaz olarak aykırıdır. Örneğin, bir hakkın tesis edildiği amaç dışında başka bir kişiye zarar verme amacı olmaksızın çeşitli saiklerle kullanılması, 226. madde uyarınca kötüye kullanma olarak kabul edilemez. Ancak, bu türden bir kullanımın, 242. maddede yer alan dürüstlük kuralına aykırı olduğu için suistimal edici olmaya devam

¹⁵³ Gordley, s. 41.

¹⁵⁴ Zimmermann/Whittaker s. 694-695.

¹⁵⁵ İmre, s. 305, Çelikbaş, s. 608; Joachim, s. 353.

¹⁵⁶ Herman, s. 748.

¹⁵⁷ Esat Arsebük, **Medeni Hukuk**, İstanbul, Tan Matbaası, 1938, s. 101.

¹⁵⁸ Hakkın özü birden çok kullanım şeklini kapsamakta ve hakkın kullanımında bu kullanım şekillerinden birinin tercih edildiği durumda hakkın kötüye kullanımından bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir. Saymen, s. 292.

¹⁵⁹ Reid, s. 135.

ettiği kabul edilebilir¹⁶⁰. Bu nedenle Almanya’da benimsenen politika uyarınca hakkın açık bir şekilde kötüye kullanılması hükmüne, ancak iyi niyet ve dürüstlük kuralı gibi benzer kurumlara dayanılarak başvurulabilecektir. Bahsedilen hükümlerin uygulanması sayesinde hakkın kullanımını sınırlamak, 226. maddenin dar kapsamı ile sübjektif ölçütün kullanılmasından doğacak belirsizlikler şeklinde ortaya çıkan kısıtlı kullanımın aşılmasını sağlayacaktır. Bu nedenle, *Cueto-Rua* tarafından hakkın kötüye kullanılmasının tipik örneklerinde dahi mahkemelerin, zarar verme niyetinin kanıtlanmasının aranmadığı 826. maddeye dayandıkları belirtilmiştir¹⁶¹.

İlkeye dair Alman hukukundaki düzenlemeler böylece ortaya konmuştur. 242. madde çerçevesinde veya fiilin örf ve adetlere aykırı olup olmadığının tespitinde bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı sonucuna varmak için kullanılacak ölçüt, “*makul adam*” testidir¹⁶². *Gutteridge*’e göre “*bir hakkın kötü niyetle kullanılmasının, boni mores ilkesinin uygulanmasıyla engellenemeyeceği herhangi bir durumu tasavvur etmek zordur*”¹⁶³. Haliyle, suistimali tespit etmek için objektif bir test benimsenmektedir. Ortalama Alman vatandaşı tarafından ahlaka ve adaba aykırı olarak kabul edilen eylemler hakkın kötüye kullanımıdır¹⁶⁴.

Genel olarak dürüstlük kuralı ile birlikte iyi niyet prensibinin yeterince geniş hükümleri, karar vericilere suistimal edici herhangi bir eylemi yasaklama yetkisi verse de¹⁶⁵, Alman mahkemeleri özellikle şu belirtilerde kötüye kullanım tespit etmektedir: **(i)** hakkın zarar vermeye yönelik olarak kullanılması, **(ii)** hakkaniyete aykırı şekilde kullanılan haklar, **(iii)** üçüncü şahısların çıkarları hiçbir şekilde gözetilmeksizin kullanılan

¹⁶⁰ Bir rakibe zarar vererek onun hisselerini almaya yönelik ticari eylemlerin dahi iyi niyete aykırı olduğu ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği tespitinde bulunan davalar mevcuttur. *Cueto-Rua*, s. 991-992 dn. 88.

¹⁶¹ *Cueto-Rua*, s. 995 dn. 92.

¹⁶² Joachim, s. 353; *Cueto-Rua*, s. 998.

¹⁶³ *Gutteridge*, s. 38.

¹⁶⁴ *Gutteridge*, s. 38.

¹⁶⁵ Alman hukukunda iyi niyete dair objektif ve sübjektif görüşlerin unsurlarının birlikte benimsendiği yönünde bkz. Edis, s. 326.

haklar, (iv) önceki davranışla çelişkili olarak kullanılan haklar, (v) kötü niyet veya yanlışlık sonucu kazanılan haklar¹⁶⁶.

Bu kapsamda Alman mahkemeleri, kötü niyet aşikâr olmadığı sürece, genellikle bir hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmede dürüstlük kuralından faydalanmaktadır. Kötü niyet ölçütüne dayalı hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin önde gelen bir davada, bir baba, oğlunun babanın mülkü üzerinde bulunan annesinin mezarını ziyaret etmesini yasaklamıştı. Burada Almanya Yüksek Mahkemesi, böyle bir kullanımın mülkiyet hakkının açık bir şekilde kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁶⁷.

Kötü niyetin bariz olmadığı durumlarda ise mahkemeler genellikle dürüstlük kuralı ile sübjektif iyi niyeti birlikte değerlendirmektedir. Limited şirket ortağının sorumluluğuna ilişkin bir davada Alman mahkemesi, şirketin malvarlığının ortakların malvarlığıyla karıştığından bahisle ortakların malvarlıklarıyla sorumlu olmaması halinin dürüstlük kuralına aykırı olduğuna ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁶⁸. Başka bir uyuşmazlıkta mahkeme, bir hizmet sözleşmesinde tek taraflı fesih hakkı öngörülmüş olmasına rağmen, davanın koşullarını da gözетerek bu tür bir fesih kararını iyi niyet ilkesine aykırı ve dolayısıyla suistimal edici bulmuştur¹⁶⁹. Benzer şekilde mahkeme, dayanaksız ve temelsiz savunmalar sunarak yargılamanın geciktirilmesini de dürüstlük kuralına aykırı ve kötü niyetli bulmuştur¹⁷⁰.

Anlatılanlar ışığında, hakkın kötüye kullanılması Alman hukukunda temel bir hukuk ilkesi teşkil ettiği açıktır¹⁷¹. 226. maddenin dar kapsamı çerçevesinde uygulaması sınırlı gibi görünse de diğer hükümler de ilkeyi eşit olarak yansıtmakta, kapsamını genişletmekte ve uygulanmasını hukukun tüm alanlarına sâri bir şekilde genişletmektedir¹⁷². Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin herhangi bir iddiada Alman mahkemeleri, kötü niyet

¹⁶⁶ Bolgar, 1027-1028.

¹⁶⁷ Barlas, s. 198; Bolgar, s. 1028; Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 173.

¹⁶⁸ Bolgar, s. 1029-1030; Zimmermann/Whittaker, s. 515 vd.

¹⁶⁹ Bolgar, s. 1027.

¹⁷⁰ Cueto-Rua, s. 991-992 dn. 88.

¹⁷¹ Bolgar, s. 1026-1027.

¹⁷² Krauze, s. 3; Bolgar, s. 1029-1030.

aşikârsa Medeni Kanun'un 226. madde düzenlemesine dayanarak veya 242 ve 826. maddelerinin daha genel hükümleri çerçevesinde hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmekte ve söz konusu mağduriyeti gidermektedir¹⁷³.

b- Geniş Kapsam

Fransız, Alman, İsviçre/Türk hukuku sistemlerinde hakkın kötüye kullanılma ölçüsü ve işlevi yakındır. Ancak pozitivist yaklaşım çerçevesinde birebir aynı olduğu söylenemez. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin çok daha kapsamlı ve açık bir şekilde düzenlendiği İsviçre/Türk hukuku, ilkenin yasal düzenlemeye kavuşturulmasında uygulama boyutuyla Alman hukukunun güçlü etkisi, özellikle hak teorileri bakımından öğretide görüşlerin oluşturulmasında Fransız hukukunun güçlü etkisi nedeniyle mükemmel bir sentez olarak karşımıza çıkmaktadır. Fransa'nın muğlak, Almanya'nın açık ama söz gelimi sözleşmenin ifa ve yorumuna ilişkin farklı hükümler öngörmüş olması nedeniyle karmaşık sisteminden farklı olarak, İsviçre ve Türk hukuku sistemlerinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı tek bir hükümde vücut bulmaktadır.

Türk hukuku açısından hakkın kötüye kullanılması kavramı temelini Medeni Kanunumuzu aldığımız İsviçre'de bulmaktadır. İlkenin pozitif karşılığı ve uygulamalarının da İsviçre ile neredeyse aynı olduğu gözetildiğinde, iki hukuk sisteminin birlikte incelenmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Bu bakımdan, ilkenin İsviçre hukukundaki tarihsel gelişimi, yeri ve önemi öncelikle ele alınmalıdır.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesi İsviçre hukukunun ayrılmaz bir parçasıdır. Hatta İsviçre Medeni Kanunu'nun hemen giriş kısmında ilkeye yer verilmiş olması da hakkın kötüye kullanılmasına karşı geniş bir yasak bulunduğunu ve ilgili yasağın da tüm hukuk dallarında uygulanabileceğini tereddütsüz bir şekilde ortaya koymaktadır¹⁷⁴. İsviçre Medeni Kanunu ve TMK'nın daha ilk maddesinde pozitif hukukun sessiz kaldığı veya boşluk bıraktığı yerde yargıya *yasama benzeri* yetki bahsedilmekte, hemen akabinde yine benzer tahrirle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenerek

¹⁷³ Bolgar, s. 1026-1027.

¹⁷⁴ Zimmermann/Whittaker, s. 51.

yargıya hukuku anladığı gibi uygulama yetkisi verilmektedir¹⁷⁵. Bu nedenle, İsviçre/Türk hukukunda usule ilişkin veya maddi hakların kötüye kullanıma elverişli olduğu daha baştan kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Çoğu hukuk düzeninden farklı olarak İsviçre/Türk hukukunda yaklaşım, hakkın kötüye kullanılması ilkesine ilişkin kapsamlı düzenlemeyi büyük ölçüde en aza indirmek yönündedir¹⁷⁷. Yalnızca İsviçre Medeni Kanunu’nun 2/2. maddesinin “*bir hakkın açık şekilde kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz*” şeklindeki ifadesi dahi İsviçre kanun koyucusunun, kötüye kullanım teşkil eden birtakım unsurları belirlemeye çalışmadan, tüm hakların uygun şekilde kullanılmasını sağlamayı amaçladığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Alman ve Fransız düzenlemelerinden farklı olarak, hakkın açık bir şekilde kötüye kullanılması aranmıştır. Bu nedenle, İsviçre hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının kapsamı, ölçütleri ve uygulaması konusunda mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi var gibi gözükmemektedir¹⁷⁸.

Ayrıca İsviçre/Türk kanun koyucusu, Alman yaklaşımından daha ileri giderek hakkın kötüye kullanılmasını dürüstlük kuralına doğrudan bağlamıştır¹⁷⁹. İsviçre Medeni Kanunu’nun 2/1. maddesinin “*Her kişi haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir*” şeklindeki ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. “*Haklarını kullanırken*” ibaresi sadece lafzi olarak değerlendirilecek olursa, söz konusu 2/1. maddenin de hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle eşit derecede ilgili olduğu ifade edilebilir.

Dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı arasındaki ilişki 2. maddede yer aldığı şekliyle hararetli tartışmalara konu olmuştur. Özellikle, bunların farklı ilkeler olup olmadığı veya hakların kötüye kullanılmasının sadece dürüstlük kuralının bir sonucu olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır¹⁸⁰. Baskın görüşe göre, 2. maddenin

¹⁷⁵ Bolgar, s. 1031

¹⁷⁶ İmre, s. 289; Antalya/Topuz, s. 504.

¹⁷⁷ Gaffney, s. 517.

¹⁷⁸ Tête, s. 67; Bolgar, s. 1032; Gaffney, s. 517.

¹⁷⁹ Aynı TMK madde 2 gibi.

¹⁸⁰ Zimmermann/Whittaker, s. 51.

bağlamsal analizi çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralının sadece bir örneği ve uygulamasıdır¹⁸¹.

İlkenin İsviçre hukukundaki uygulaması da dikkatli bir şekilde incelenecek olursa, mahkemelerin maddi veya usuli hakların kötüye kullanıldığını tespit etmek için genellikle “dürüstlük kuralı” ölçütüne dayandığı görülmektedir¹⁸². İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, kişisel hakların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılabileceğini, 2. maddenin 2. fıkrasının bir hakkın alenen kötüye kullanılmasının hukuken korunmasını reddederken 2. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralını da tamamladığını ve ıslah ettiğini belirtmektedir¹⁸³. Bu karara göre 2. maddenin amacı, hâkimin fiili adalet yararına olduğunu düşündüğü her durumda, pozitif düzenlemelerin biçimsel geçerliliğini sınırlamak veya hükümsüz kılmaktır. İsviçre mahkemelerinin kötüye kullanımın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek için dürüstlük kuralı ölçütünü benimsediği teyit edilmektedir. Aynı amaçla, *von Tuhr* da İsviçre hukuku kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması algısını değerlendirirken, hak sahibinin *dürüstlük kuralı esasları* çerçevesinde hakkını karşı tarafın çıkarlarını da gözeterek ve durumun yarattığı zaruretlere saygı göstererek kullanması gerektiğini, aksi halde hakkın kötüye kullanılmasından sorumlu tutulacağı görüşünü ifade etmektedir¹⁸⁴. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, pozitif düzenlemeye göre kötüye kullanım tamamen yasaklanmamıştır, sadece kötüye kullanımın açıkça zuhur ettiği durum hukuken korunmamaktadır. Bu bakımdan *görünüştteki hak* ve *gerçek hak* olmak üzere hakkın iki düzlemi bulunduğu, kanun koyucunun ortaya koyduğu düzenleme himayesinde doğan hakkın özünde yer alan gerçek hakka ve menfaate uygun kullanımının korunacağı vurgulanmaktadır¹⁸⁵.

Karar vericilere kötü niyetli herhangi bir eylemi yasaklama yetkisi veren yeterince geniş dürüstlük kuralı esaslarına rağmen, belirli eylemlerin sürekli olarak dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde kötüye kullanıldığı da ifade edilmektedir: **(i)** ciddi veya

¹⁸¹ Zimmermann/Whittaker, s. 51; Gutteridge, s. 40.

¹⁸² Bolgar, s. 1036; Akyol, s. 19; Kavak, s. 4; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 261.

¹⁸³ Bolgar, s. 1034; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 260.

¹⁸⁴ A. Von Tuhr, “Tratado De Las Obligaciones”, 270 (1934), çev. Cueto-Rua, s. 998.

¹⁸⁵ Akyol, s. 21-22; Kavak, s. 5; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 263.

meşru bir menfaat olmaksızın bir hakkın kullanılması, **(ii)** hakların makul olmayan şekilde kullanılması, **(iii)** hakların üçüncü şahısların çıkarları dikkate alınmaksızın kullanılması, **(iv)** köklü *allegans contraria non est audiendus*¹⁸⁶ ilkesi gözetilerek önceki davranışa aykırı herhangi bir hak kullanımı, **(v)** hakkın, tesis edildiği amaç dışında kullanılması¹⁸⁷.

Bu göstergeleri ele alan ve bir dernek üyesinin üyelikten atılmasına ilişkin bir davada İsviçre mahkemesi, dernek yararı gerektirmiyorsa bir üyenin ihracının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar vermiştir¹⁸⁸. Benzer bir uyuşmazlıkta mahkeme, bir şirketin genel kurul kararının çoğunluğun ana menfaatine hizmet etmemesi ve azınlığın çıkarlarına zararı olması halinde kötü niyetli ve dürüstlük kuralına aykırı olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁹.

İsviçre tahkim hukuku ve uygulaması alanında hakkın kötüye kullanılmasının yansımaları özellikle ilginçtir. İsviçre mahkemeleri, dikkat çekici bir şekilde tahkim anlaşmalarının imza sahibi olmayanları da kapsayacak şekilde genişletilmesiyle ilgili olarak ve tahkimdeki rıza kurallarının katılığını gidermek için hakkın kötüye kullanılması ilkesini kullanmaktadır¹⁹⁰. Devamla, İsviçre hukukunun şirketlerin kurumsal perdesini kaldırmayı (*Durchgriff*) yalnızca bir hakkın kötüye kullanılması durumunda kabul ettiği belirtilmektedir¹⁹¹. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi ve İsviçre hukukunu uygulayan tahkim mahkemeleri İsviçre Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde belirtildiği şekliyle genellikle hakkın kötüye kullanılması ilkesini ve dürüstlük kuralını uygulayarak bir

¹⁸⁶ Çelişkili davranış yasağı.

¹⁸⁷ Bolgar, s. 1033, 1036.

¹⁸⁸ Bolgar, s. 1036.

¹⁸⁹ BGE 95.2.157 (1970), Journal des Tribunaux 344 (1970), atf. Bolgar, s. 1036.

¹⁹⁰ İleride daha detaylı açıklanacak olmakla birlikte şimdilik bkz. Andrea Meier, “Multi-party Arbitrations”, ed. Manuel Arroyo, **Arbitration in Switzerland**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013, s. 1330; Marc Bauen/ Robert Bernet, **Swiss Company Limited by Shares**, Belçika, Bruylant and Schulthess, 2007, s. 226.

¹⁹¹ *F.R. German Engineering Company v. Polish buyer*, **Ad-hoc**, 9 September 1983, Interim Award, ed. Albert Jan van den Berg, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1987, Sayı 12, 63, s. 72; *SA v. Alpha Beta & Co*, Ad-hoc Award, 1991, **ASA Bulletin**, 1992, Sayı 10, s. 202; İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi 16 October 2003 tarihli karar, **ASA Bulletin**, 2004, Sayı 22, s. 364; Bernard Hanotiau, **Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions**, Hollanda, Kluwer Law International, 2005, s. 79-80.

tahkim şartının imza sahibi olmayan birini de kapsayacak şekilde genişletilmesine karar vermektedir¹⁹².

İsviçre’de hakkın kötüye kullanılmasının varlığı, kapsamı ve uygulanması, büyük ölçüde adalet ve hakkaniyet mülahazalarına dayanmaktadır¹⁹³. İsviçre Medeni Kanunu’nun 4. maddesi, kanunun mahkemelere takdir yetkisi tanıdığı durumlarda “*mahkemeler adalet ve hakkaniyet kurallarına göre karar vermelidir*” hükmünü içermektedir. İsviçre düzenlemelerinin hakkın kötüye kullanılması kapsamını tanımlamaktan veya uygulanabilecek ölçütleri belirlemekten dikkatli bir şekilde kaçındığı ve bunu yargı makamlarına bıraktığı dikkate alındığında, 2. madde ile 4. maddenin *pari materia*¹⁹⁴ okunması ve yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁵. Bu nedenle, yargı makamları tarafından takdir yetkisi kullanılırken, hakkaniyet ve adalet mülahazaları mutlaka gözetilmelidir.

Neyin açık kötüye kullanım teşkil ettiğine dair herhangi bir kılavuz olmadığı ve hükmün karar vericilere geniş bir takdir yetkisi tanıdığı gerçeği göz önüne alındığında, 2. maddenin yoruma açık ve geniş terminolojisi eleştirilebilir¹⁹⁶. Ancak, İsviçre hukukunda hakkın kötüye kullanılması konusunda geniş bir yaklaşım benimsenmesine ve kötüye kullanım teşkil edebilecek eylemlere ilişkin herhangi bir kanuni sınırlama bulunmamasına rağmen, pratik açıdan bakıldığında bu düzeltici aracın mahkemeler tarafından kötüye veya aşırı kullanılmadığı belirtilmelidir. Aksine mahkemeler, hakkın kötüye kullanılması

¹⁹² İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi 4A_450/2013, 7 April 2014, para. 3.5.5.1.1.; İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, 29 January 1996, **ASA Bulletin**, 1996, Sayı 14, s. 496; *F.R. German Engineering Company v. Polish buyer*, **Ad-hoc**, 9 September 1983, Interim Award, ed. Albert Jan van den Berg, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1987, Sayı 12, 63, s. 72; *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization, et al.*, **ICC Case No. 3879/1984**, Interim Award, **XI Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, 127, s. 132; Stephan Wilske/ Laurence Shore/ Jan-Michael Ahrens, “The ‘Group of Companies Doctrine’ – Where is it Heading?”, **American Review of International Arbitration**, 2006, Sayı 17, 73, s. 76.

¹⁹³ Bolgar, s. 1034.

¹⁹⁴ Birlikte, paralel bir şekilde, göz ardı edilmeden.

¹⁹⁵ Tête, s. 80-81.

¹⁹⁶ Bolgar, s. 1032.

kavramını ele alırken sağduyulu ve ihtiyatlı davranmaktadır. Bu ilkeye yalnızca kötüye kullanımın açık tezahürlerinde başvurmaktadır¹⁹⁷.

Buna göre, kanunun belirli işlemler için özel şekil şartı öngördüğü durumlarda, İsviçre mahkemeleri hukuki belirlilik ve güvenliğin önemini vurgulayarak hakkın kullanılmasının kanunun öngördüğü amaca aykırı olduğu iddia edilse bile kötüye kullanma iddialarını reddetme eğilimi sergilemektedir¹⁹⁸. Örneğin, davacının çalışanının bir sözleşmenin akdedilmesine tanık olması durumunda, şekil eksikliğinden davacının kendisi sorumlu olsa bile herhangi bir hakkın kötüye kullanılmadığı sonucuna varılmıştır¹⁹⁹. Yine, uzun süreli bir sözleşmenin fiyat artışı nedeniyle fesih talebine ilişkin bir uyuşmazlıkta mahkeme tarafından, karşı tarafın koşulların değişmesi nedeniyle sözleşme hükümlerini değiştirmeyi reddetmesinin hakkın kötüye kullanımı olmadığına karar verilmiştir²⁰⁰.

Bu çerçevede, İsviçre/Türk hukukunun hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir ilke benimsediği aşikârdır. Bu kavramın uygulaması da belirli hukuk dalları veya bazı haklarla kısıtlanmamıştır. Dahası öğreti ve uygulama *prima facie*²⁰¹ incelenecek olursa, İsviçre hukukuna göre dürüstlük kuralı hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit için esas ölçüttür. Bununla beraber, iyi niyet kavramının veya dürüstlük kuralının hakkın kötüye kullanılmasından daha geniş kapsamlı olduğu ve kötüye kullanmanın kati ve etkili bir ölçütü olamayacağı düşünülerek, bu yaklaşıma karşı çıkılmalıdır. Aşağıda, dürüstlük kuralının mahkemeler tarafından tek başına uygulanan bir ölçüt olmadığı, genellikle diğer kötüye kullanım belirtilerinden birini (kötülük, makullük veya amaçtan sapma) taklit ettiği ileri sürülecektir.

Bu bölümün hemen başında anıldığı gibi, Türk hukuku da hakkın kötüye kullanımına ilişkin olarak İsviçre hukuku yaklaşımını neredeyse aynen korumaktadır. Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin “açık kötüye kullanma” yerine “başkasına zarar

¹⁹⁷ Gutteridge, s. 40; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 295.

¹⁹⁸ Bolgar, s. 1034 vd.

¹⁹⁹ BGE 72.2.39 (1946) atf. Bolgar, s. 1035.

²⁰⁰ BGE 47.2.440 (1921) atf. Bolgar, s. 1035 vd.

²⁰¹ İlk bakışla, üstün körü.

verme” şeklindeki ifadesi öncesinde, Mecelle döneminde dahi hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler bulunmaktadır²⁰². Mülga Kanun ifadesinin mehzaz kanuna nazaran çok daha dar olduğu, hakkın kötüye kullanılması kavramının “*başkasına zarar verme*” ibaresiyle sınırlanmasının yanlış olduğu ve uygulamada da etkisiz kalacağı şeklindeki eleştiriler²⁰³ üzerine, TMK’nın yürürlüğe girmesi ile mehzaz kanunla birebir aynı düzenlemeye kavuşulmuştur²⁰⁴.

B- ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bu hukuk sistemine yabancı olduğu yaygın bir şekilde kabul edilmektedir²⁰⁵. Kıta Avrupası hukukunda hakkın kötüye kullanılması ilkesi çoğu zaman iyi niyet ilkesine veya dürüstlük kuralına aykırılığın bir yaptırımını olarak ele alınmaktadır²⁰⁶. Anglo-Sakson hukukunda ise kabulü tartışmalı olan ‘*good faith*’ ilkesi, ne objektif iyi niyetin ne de sübjektif iyi niyetin tam karşılığıdır. Bunları adeta bir çatı altına alan ortak bir terimdir²⁰⁷. Ancak ‘*good faith*’ çatı ilkesinin varlığına rağmen, tarafların sözleşme akdinde veya sözleşmenin ifasında dürüst ve iyi niyetli davranmalarına ilişkin

²⁰² Feyzioğlu, s. 156.

²⁰³ Tekinay, s. 171; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 174; Akyol, s. 22.

²⁰⁴ Türk hukukundaki düzenlemenin Alman hukuk sistemine daha yakın olduğu yönünde: Arsebük, s. 108; İmre, s. 306.

²⁰⁵ Byers, s. 395. Aksi yönde bkz. Perillo, s. 40.

²⁰⁶ Yukarıda incelediğimiz hukuk sistemleri ile İtalya’da hakkın kötüye kullanılması ilkesinin geçmişten beri uygulandığı kabul edilmektedir. Ancak, ilkenin çatışan menfaatlerin dengelenmesinde çok katı olduğu ve bu nedenle teorinin öğretide yersiz ve lüzumsuz şekilde esnetilmeye çalışıldığı, mahkemelerin hakkın kötüye kullanılması ilkesinden ziyade başka kavramlardan faydalandığı görülmekte olduğundan, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin geleceği olmadığı yönünde bkz. Antonio Gambaro, “Abuse of rights in civil law tradition”, **European Review of Private Law**, 1995, Cilt 3 Sayı 4, s. 561-570.

²⁰⁷ Dürüstlük kuralının adalet ve eşitlik ilkelerini tamamladığı yönünde bkz. Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 192.

genel bir ilkenin varlığı reddedilmektedir²⁰⁸. Bununla beraber, ‘good faith’ ilkesi mahkeme kararlarında “yanlış bilgi vermeme”, “dürüst davranma”, “ortak amaca bağlılık”, “makul ticari standartlar”, “adil satıcılık”, “haksız nüfuz kullanımı” gibi farklı şekillerde yer bularak değişik tanımlarla karşımıza çıkmaktadır²⁰⁹.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesi evleviyetle reddedilmesine rağmen, özünün Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde benimsenmiş çeşitli kural ve ilkelerde farklı şekillerde tezahür ederek belirginleştiği ileri sürülmektedir. Böylece, her ne kadar hakkın kötüye kullanılması adı altında bir ilke bulunmasa dahi ortak unsurlara sahip, benzer ve hatta aynı sonuçlara ulaşılmasına hizmet eden çeşitli kural ve ilkelerin bulunduğunu tespit etmek arzulanmaktadır.

Anglo-Sakson hukukunda hakkın kötüye kullanılması ilkesine eş değer görülebilecek yansımaların ayrıntılı bir karşılaştırmalı analizini ortaya koymak, çalışmanın kapsamı itibariyle amaçlanmamaktadır. Bundan öte, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin özünün Anglo-Sakson hukuku sistemlerine *tamamen yabancı olmadığı* sonucuna ulaşmak için, sadece ilkenin özünün belirginleştiği ve kabul gördüğü belirli hukuk alanları incelenecektir. Bu çerçevede, İngiliz hukuku ve Amerikan hukuku

²⁰⁸ Cremades, s. 545; Paul Richards, **Law of Contract**, 13. Baskı, New York, Pearson Education, 2017, s. 196; John Adams/ Roger Brownsword, **Understanding Contract Law**, 4. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2004, s. 110; Jan M. Smits, **Contract Law A Comparative Introduction**, 2. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 142; Arun Singh, **Business and Contract Law**, Londra, Thorogood, 2010, s. 11; Zoe Ollerenshaw, “Managing Change in Uncertain Times: Relational View of Good Faith”, ed. Larry A. DiMatteo et al., **Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, s. 201; Hugh Collins, “Implied Terms: The Foundation In Good Faith and Fair Dealing”, **Current Legal Problems**, 2014, Cilt 67 Sayı 1, 297-331, s. 300; Gerard Mcmeel, “Foucault’s Pendulum: Text, Context and Good Faith In Contract Law”, **Current Legal Problems**, 2017, Cilt 70 Sayı 1, 365-397, s. 366; Christina Perry, “Good Faith In English And US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities”, **Business Law International**, 2016, Cilt 17 Sayı 1, 27, s. 28; Wenrui Cai, “The Relationship Between A Duty of Good Faith and Implied Terms In English Contract Law”, **Exeter Student Law Review**, 2015, Cilt 1 Sayı 1, 1, s. 1; Jason Chen, “Should English Contract Law Adopt A General Duty To Negotiate In Good Faith?”, **Bristol Law Review**, 2017, Cilt 4, s. 18; Qi Zhou, “The Yam Seng Case: A New Development of Good Faith In English Contract Law”, **International Trade and Business Law Review**, 2014, Sayı 17, 358, s. 360; Maud Piers, “Good Faith in English Law – Could a Rule Become a Principle?”, **Tulane European & Civil Law Forum**, 2011, Cilt 26, s. 130; Ewan McKendrick, **Contract Law**, 9. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2020, s. 221–222.

²⁰⁹ *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, (1989) Q.B. 433; *Bates v. Post Office (No 3)*, (2019) EWHC, 606Q.B, 711; *Walford v. Miles*, (1992) 2 A.C. 128; *Petromec Inc. Petro-Deep Societa Armamento Navi Appoggio SpA v. Petroleo Brasileiro SA*, **Lloyd’s Rep.**, 2006, Cilt 1, s. 121; *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd*, [2013] EWHC 111; *Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust*, [2012] EWHC 781 (QB).

esas alınarak öncelikle ilkenin reddine ışık tutulması, akabinde eş değer kural ve ilkelerin hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile ortak unsurlarının tespit edilerek vurgulanması hedeflenmektedir.

1- İlkenin Reddi

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin İngiliz hukukunda yeri olmadığı baskın görüştür²¹⁰. 1895 tarihli *Bradford Belediye Başkanlığı v. Pickles* kararı²¹¹ ilkenin kesin bir şekilde reddedildiği görüşünü desteklemek için sıklıkla alıntılanmaktadır. Burada davalı *Pickles*, içinde yer altı suyu bulunan bir arazinin malikidir ve açtığı kanallarla yer altı suyunun komşu arazilere sızmasını engellemektedir. Başvurucunun su üzerinde kanuni hiçbir hakkı olmadığı da tartışmasızdır. İddiaya göre *Pickles*, kanuni hakkını kötüye kullanarak suyu tamamen kendi arazisine hasretmekte ve böylece kendi arazisinin değerini artırıp komşu arazileri de susuz bırakarak komşu malikleri kendi arazisini almaya ikna etmeye veya kendisine çeşitli bedellerin ödenmesini sağlamaya çalışmaktadır. Mahkeme başvuruyu reddederken hak sahibinin ruh hali ve saikinin hakkın kullanımıyla ilgisi bulunmadığını ve hakkı etkilemediğini belirtmiştir. Kararda açıkça şu ifadeye yer verilmiştir: “*Saik ne kadar kötü olursa olsun, yasal bir hakka sahip kişinin bu hakkı kullanımı da hukuka uygundur. Diğer taraftan, saik ne kadar iyi olursa olsun kanuna aykırı bir fiili işlemeye kimsenin hakkı yoktur. Bu bakımdan burada iddia edilen saik ve niyetler, ... bize tamamen ilgisiz gözükmemtedir.*”²¹². *Pickles* komşularını “*acımasız, bencil ve açgözlü*” bir şekilde susuz bırakmıştır. Ancak, hak kavramının mutlakiyetçi bir şekilde ele alınması neticesinde bu davranışların İngiliz hukukunu ihlal etmediği ortaya konmuştur. Bu durumun yalnızca ahlaki açıdan hoş karşılanmayabileceği, ancak hukuken

²¹⁰ Gutteridge, s. 22; *Chapman v. Honig*, [1963] 2 Q.B. 502, 520: kararda çoğunluk tarafından sözleşmesel hakların iyi niyetli veya kötü niyetli olarak hatta sebepsiz bir şekilde kullanılabilmesi belirtilmiştir. Ancak muhalefet şerhinde *Lord Denning*, bu karara karşı çıkmakta ve hakların kötüye kullanılamayacağını savunmaktadır.

²¹¹ *The Mayor, Aldermen And Burgesses of the Borough of Bradford v. Edward Pickles*, [1895] A. C., 587.

²¹² *Ibid.*, s. 594.

korunacağı sonucuna varılmıştır: “Bu davranış bir ahlak filozofu tarafından şok edici bulunabilir.”²¹³.

Bundan öte, kararda İskoç hukukunun da İngiliz hukukuyla paralellik arz ettiği ve hakkın kötüye kullanılması ilkesini tanımadığı, niyetin ve saikin inceleme dışı olduğu belirtilmektedir. Ne var ki, bu sonuç İskoç hukukunda yerleşik bir ilke teşkil eden *aemulatio vicini* prensibini göz ardı ettiği için doğru olmamıştır²¹⁴. Bu prensibe göre bir malik arazisini, bir başkasına zarar verme kastı dışında, istediği şekilde kullanma hakkına sahiptir. *Aemulatio vicini* prensibi bir hakkın hakkaniyete ve temel adalet duygusuna uygun kullanımı hususunda bir sınırlama teşkil etmektedir. Nadiren başvurulmakla birlikte, prensibin İskoç hukukunun bir parçası olduğu hakim görüşüdür²¹⁵. Ayrıca, *aemulatio vicini* prensibinin hakkın kötüye kullanılması ilkesinden farklı olarak sadece eşya hukuku alanında ve yalnızca kötü niyetin varlığında geçerli olduğu belirtilmelidir.

Öğretide *Pickles* kararına ılımlı yaklaşıldığı görülmekle birlikte²¹⁶, bazı akademisyenler ise kararı eleştirmektedir²¹⁷. *Gutteridge*, haklı bir şekilde bu kararın ‘*dura lex sed lex*’²¹⁸ özdeyişinin somut bir tezahürü olduğunu belirtmekte ve “*Kanuni bir hakkın kötü niyet veya bencil bir saikle hiçbir cezayla karşılaşmaksızın kullanılması ihtimali hukukumuzda tatmin edici olmayan ve bu yönde reform yapılması gereken bir durumdur. Bu reform inancını, bizimki gibi bir hukuk devletinin kişisel kinin tatmini veya hilekârlığın teşviki için hukukun üstünlüğünün kullanılmasını engellemeyen tek modern hukuk sistemi*

²¹³ *Ibid.*, s. 601.

²¹⁴ Reid, *Scots*, s. 153; Elspeth Reid, “The Doctrine of Abuse of Rights: Perspective from a Mixed Jurisdiction”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, Cilt 8 Sayı 3, 1 (“*Mixed*”), s. 9.

²¹⁵ Reid, *Scots*, s. 154.

²¹⁶ John W. Salmond, *The Law of Torts*, Londra, Sweet & Maxwell, 1936, s. 8.

²¹⁷ Crabb, s. 2; Foster, s. 351; Glanville L. Williams, “The Foundation of Tortious Liability”, *Cambridge Law Journal*, 1939, Cilt 7 Sayı 1, 111, s. 127; James Reid, “The Law and the Reasonable Man”, *Proceedings of the British Academy*, 1968, Sayı 54, 189, s. 198; Wolfgang Friedmann, *Legal Theory*, 2. Baskı, Londra, Stevens & Sons, 1949, s. 355-356.

²¹⁸ “*Sert de olsa kanun kanundur.*”

*olmamız ve bunu engelleyebilecek araçları geliştirmeye çabalamıyor oluşumuz güçlendirmektedir.”*²¹⁹ şeklinde vurgulamaktadır.

Benzer şekilde, *Allen v. Flood* uyuşmazlığında bir sendika delegesi tarafından işveren, tersane işçilerinin (davacıların) işten çıkarılması konusunda ikna edilmiştir²²⁰. Davacılar, davalı sendika delegesinin davranışının iş sözleşmesine kasten müdahale teşkil etmesi nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun doğduğunu ileri sürmüşlerdir. Davalının kötü niyetli bir şekilde hareket etmiş olması ise davanın sonucunu etkilememiştir. Mahkeme davayı reddederken “*Tek başına kanuna aykırı olmayan bir eylemin söz konusu olduğu hallerde kötü saikin varlığı dahi bu eylemi telafi edilmesi gereken bir haksız fiile dönüştürmez.*” ifadesine açıkça yer vermiştir²²¹.

ABD’deki eski yaklaşım da İngiliz yaklaşımına benzerlik göstermektedir²²². Hakkın kötüye kullanılması şeklinde genel bir ilke kabul edilmemekle birlikte, ABD mahkemeleri sonradan mülkiyet hakkının kötü niyetli kullanımını, “*ızzar*” kavramını kullanarak engellemiştir²²³. Emsal bir kararda ABD mahkemesi tarafından “*Bir toprak sahibinin mülkünün sınırı boyunca bir çit inşa etme hakkı bulunmaktadır. ... ancak bu hak mutlak değildir; yani başkaları üzerindeki etkisi değerlendirilmeden bu haktan faydalanılamaz. Aksine, diğer mülkiyet haklarında da olduğu gibi çit hakkı da serbestçe kullanılamaz ve hukuk da bir hakkın uygulamasının başkaları üzerinde yaratabileceği etkiye karşı kayıtsız değildir.*”²²⁴ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Bu bağlamda, Anglo-Sakson hukukunda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin benimsenmesinden kaçınılmasında çeşitli dayanaklar bulunduğu tespit edilmiştir. *İlk*

²¹⁹ Gutteridge, s. 22.

²²⁰ Burada davacılar “*çağrı üzerine çalışmak üzere*” istihdam edildikleri ve işten her an çıkarılabilecekleri için burada sözleşmeye aykırılık bulunmadığını not etmek gerekir.

²²¹ *Allen v. Flood*, [1898] App. Cas. 1, 92. Bu davada benimsenen yaklaşımın diğer Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde de geçerli olduğu söylenemez. ABD’de görülmüş bazı davalarda çağrı üzerine çalışan işçilerin kötü niyetle işten çıkarılmaları halinde dava hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Özellikle *Allen v. Flood* davası ile aynı zamanda görülen dava için bkz. *Lucke v. Clothing Cutters & Trimmers*, 77 Md. 396, 26 A. 505, 509 (1893).

²²² *Jenkins v. Flower*, 24 Pa. 308 (1855), 310.

²²³ Perillo, s. 44; Reid, *Scots*, s. 144; *Burke v. Smith*, 37 N.W. 838 (Mich. 1888); *Greenleaf v. Francis*, 35 Mass. 117 (1836); James B. Ames, “How Far An Act May be a Tort Because of the Wrongful Motive of the Actor”, *Harvard Law Review*, 1905, Sayı 18, 411, s. 414.

²²⁴ *Brittingham v. Robertson*, 280 A.2d 741 (Del. 1971).

olarak, sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisinin yanında mutlak hak görüşünün etkisiyle, kişilerin sadece kendi menfaatlerini gözeterek haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir. Hak sahibinin hakkını kullanırken, varsa başkalarının menfaatlerini dikkate alma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı, haliyle hakkın kötüye kullanılması ilkesinin taraf özerkliği zedelediği ileri sürülmektedir. Ayrıca ilkenin uygulanmasında subjektif veya objektif ölçütlerden hangisinin esas olduğu hakkındaki tartışmanın da belirsizliği pekiştirdiği ifade edilmektedir²²⁵. *İkinci olarak*, hakkın kötüye kullanılması tespitinde kullanılan etik ve ahlak gibi kavramların hukuki olmadığı belirtilmektedir²²⁶. *Üçüncü olarak*, ilkenin hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği zedelediği endişesi vurgulanmaktadır²²⁷. *Dördüncü olarak*, kişilerin hakkın kötüye kullanılmaması yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilirse, bu durum mağdura dava hakkı veren bağımsız bir hukuki sebep teşkil edecektir. Bunun da Anglo-Sakson hukukunda yerinin olmadığı savunulmaktadır²²⁸. *Beşinci ve son olarak*, vakıanın tespitinin kişinin ruh hali ve saikinin incelenmesiyle sağlanmasının, ilkenin uygulamasını zorlaştırdığı dile getirilmektedir²²⁹. Sayılan sebepler toparlanacak olursa, ilkenin reddinin, karar makamının hukuki belirliliğe zorunlu olarak aykırı düşecek şekilde bireysel ve subjektif değerlendirmesi ile bu değerlendirmenin de belirli olmayan değişken parametrelere tabi olmasından kaynaklandığı belirtilebilir²³⁰.

Ele alınan bu dayanak önermeler aslında ilk bakışta mantıklı görünmektedir. Ancak, **(i)** hakkın kötüye kullanılmasının sadece hak sahibinin niyetine dayanmadığı, **(ii)** ilkenin uygulama kapsamının kötü niyet kavramından daha geniş olduğu, **(iii)** niyetin kötüye kullanımın tek unsuru olmadığı ve aynı zamanda, diğerlerinin yanı sıra, Amerikan

²²⁵ Piers, s. 130; Smits, s. 143; McKendrick, s. 554; Vanessa Sims, “Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Circles”, *Ankara Law Review*, 2004, Cilt 1 Sayı 2, 213-232, s. 221; E. Allan Farnsworth, “Good Faith in Contract Performance”, ed. Jack Beatson/ Daniel Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 163; Simon Whittaker, “Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, Cilt 39 Sayı 2, 404-434, s. 426.

²²⁶ Scott Crichton Styles, “Good Faith, A Principled Matter”, ed. Angelo Forte, *Good Faith in Contract and Property Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, s. 161.

²²⁷ Styles, s. 161.

²²⁸ McKendrick, s. 554; Smits, s. 143.

²²⁹ Farnsworth, s. 163; Mayrand, s. 996.

²³⁰ *Allen v. Flood* [1898] ACT, 118.

hukukunda bulunan iyi niyetle ifa etme yükümlülüğü²³¹, ızzar²³², kötü niyetli kovuşturma²³³ gibi kavramların diğer Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde kabul edildiği²³⁴ de gözetildiğinde, yukarıdaki önermelerin sorgulanabilir hale geldiği açıktır. Ayrıca, bir hakkın kullanılmasının makul olup olmadığına karar vermek için, kişinin dış dünyaya akseden davranışı ve uyuşmazlığın esası baz alınarak hakkın kötüye kullanılması kavramı objektif bir şekilde tanımlanırsa yukarıda bahsedilen endişeler yersiz kalacaktır.

2- İlkenin İşlevsel Eş Değerleri

Açıklandığı üzere, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir ilkenin Anglo-Sakson hukukunda reddedildiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, ilkenin özünün Anglo-Sakson hukukunda bulunmadığı savunulamaz. Zira, Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde, açık maddi ve usuli kötüye kullanım hallerini engellemek amacıyla hukukun farklı alanlarında çeşitli kuralların/ilkelerin etkili bir şekilde uygulandığı ileri sürülmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ile hakkaniyet kavramı arasındaki karşılıklı ilişki çerçevesinde söz gelimi usuli hakların kötüye kullanılmasını engellemek için usulün kötüye kullanılması ve kötü niyetli kovuşturmaya karşı yasakların kabul edildiği gözlemlenmektedir²³⁵. Hatta, özellikle *makullük* çerçevesinde ev sahiplerinin kira sözleşmelerinin yenilenmesini reddetme hakkı, kiracılık anlaşmazlıklarında *misillem*

²³¹ Robert S. Summers, ““Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, **Virginia Law Review**, 1968, Sayı 54, s. 195.

²³² Robilant, s. 704; Reid, **Scots.**, s. 145; Williams, s. 128; G. H. L. Fridman, “Motive in the English Law of Nuisance”, **Virginia Law Review**, 1954, Sayı 40, 583, s. 586-587.

²³³ Walton, **Responsibility**, s. 88.

²³⁴ Walton, **Motive**, s. 518-519; Ames, s. 412, 416; *Secretary of State for Employment v. Associated Society of Locomotive Engineers and Fireman (No. 2)*, [1972] 2 Q.B. 455, 492 (Lord Denning) “*Hukukumuzda, normalde meşru olacak bir davranışın dayandığı saik veya amaç nedeniyle hukuka aykırı kılındığı pek çok hukuk dalı vardır.*”; Sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı yönünde bkz. Piers, s. 140.

²³⁵ José/Tella, s. 64-65; Roscoe Pound, **The Spirit of the Common Law**, Bost, Marshall Jones Company, 1921, s. 185-186; Roscoe Pound, “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, **Harvard Law Review**, 1913, Sayı 27, 195, s. 226-227; Roscoe Pound, **Jurisprudence Volume 1**, ABD, West Publishing Co., 1959, s. 407; David Anderson, “Abuse of Rights”, **Judicial Review**, 2006, Cilt 11 Sayı 4, 348-355, s. 350; Tony Weir, “The Common Law System”, ed. René David et al., **International Encyclopedia of Comparative Law Cilt II, The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1975.

*amaçlı tahliye*²³⁶ ve *ısrara* ilişkin Anglo-Sakson hukuk kuralları da göz önüne alındığında söz konusu çıkarımımız daha da güçlenmektedir²³⁷.

Ayrıca, söz gelimi İngiliz hukukunda dürüstlük kuralı ve iyi niyet ilkelerinin taraflar arasındaki güvenin özellikle önem arz ettiği vekalet²³⁸, tüketici, iş²³⁹, sigorta²⁴⁰ sözleşmelerinde uygulandığı, sözleşmeler hukukunda 1977 tarihli Haksız Sözleşme Şartları Hakkında Kanun düzenlemeleri²⁴¹ ve AB Direktifiyle kabul edilen 1999 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar gibi düzenlemelerde²⁴² kabul edildiği görülmektedir. Bu yaklaşım son zamanlarda mahkemeler tarafından tartışmalı da olsa geliştirilerek, tüm sözleşmeler bakımından uygulanabilir olmamakla birlikte **(i)** taraflarca öngörülmesi halinde ticari etkinliğin sağlanması için²⁴³ ve **(ii)** özellikle uzun süreli ticari sözleşmelerde²⁴⁴ (ortaklık, bayilik, dağıtım sözleşmeleri gibi) tarafların, dürüst ve iyi niyetli davranmaya ilişkin zımni bir yükümlülüğü²⁴⁵ bulunduğu hükmedilmektedir²⁴⁶.

Bunun yanında, Covid-19 salgınından etkilenen sözleşmelerin ifa ve icrasına ilişkin tavsiye niteliğinde Kılavuz da yayınlanmıştır²⁴⁷. Burada bahsedilen düzenleme ve

²³⁶ Perillo, s. 58; George M. Armstrong/ John C. LaMaster, “Retaliatory Eviction as Abuse of Rights: A Civilian Approach to Landlord-Tenant Disputes”, *Louisiana Law Review*, 1986, Sayı 47, 1, s. 18.

²³⁷ Gutteridge, s. 30; Crabb, s. 1; Byers, s. 396-397; Krauze, s. 2; Amerikan hukukunda taciz edici davranışların ısrar sorumluluğunu doğuracağını kabul edildiği yönünde bkz. William Prosser, *Law of Torts*, 3. Baskı, ABD, West Publishing Co., 1964, s. 618-619.

²³⁸ Piers, s. 150.

²³⁹ Sims, s. 229.

²⁴⁰ 1906 Marine Insurance Act.

²⁴¹ 1977 Unfair Contract Terms Act.

²⁴² 1999 The Unfair Terms in Consumer Contracts; Cai, s. 4; Richard Stone/ James Devenney, *The Modern Law of Contract*, 11. Baskı, Abingdon, Routledge, 2015, s. 25.

²⁴³ Sadece söz konusu sözleşmesel hükmün yorumunda esas alınıp genel sözleşmesel bir yükümlülük olarak dürüst ve iyi niyetli davranma yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde bkz. *TSG Building Services Plc v. South Anglia Housing Ltd*, (2013) EWHC 1151 (TCC) (42); *Fujitsu Services Ltd. v. IBM United Kingdom Ltd*, (2014) EWHC 752 (TCC).

²⁴⁴ Bu tespit taraflar arasında iş birliği, güven, bağlılık ve iletişim gibi kriterlerin varlığında yapılmaktadır. *Bates v. Post Office Ltd. (no 3)*, (2019) EWHC 606 (QB). Ayrıca sözleşmenin uzun süreli olarak nitelendirilmesinde detaylı bilgi için bkz. Ewan Mckendrick, “The Regulation of Long-Term Contracts in English Law”, ed. Jack Beatson/ Daniel Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 307 vd.

²⁴⁵ Zımni yükümlülükler hakkında bkz. Richard Stone/ James Devenney, *The Modern Law of Contract*, 11. Baskı, Abingdon, Routledge, 2015, s. 25.

²⁴⁶ *Petromec Inc. Petro-Deep Societa Armamento Navi Appoggio SpA v. Petroleo Brasileiro SA*, (2006), *Lloyd’s Rep.* 121; *Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd*, [2013] EWHC 111; *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v. Cottonex Anstalt*, (2016) EWCA Civ. 789.

²⁴⁷ Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the Covid-19 emergency.

uygulamaların geleceğe dönük bağlayıcı etkisi tartışmalı olmakla birlikte, İngiliz hukukunda da hakkın kötüye kullanılması yasağının benimsenmesi eğilimi bulunduğu söylenebilir.

a- Maddi Hukuk Boyutu: Makullük ve İyi Niyet

Makullük kavramı veya makullük testi, çeşitli davranışların yorumlanmasında esnek bir standart teşkil etmektedir²⁴⁸. Bir eylem veya davranışın değerlendirilmesine imkân tanımaktadır. Kabul edilebilir bir sonuca ulaşmak için hukuki konulara nesnel ve dengeli bir yaklaşım sağlayan hukuki bir kurgudur. Çünkü bir eylem veya davranış ancak “*adil, dürüst veya hakkaniyete uygun görülürse*” makul addedilebilir²⁴⁹.

Anglo-Sakson hukukunun *makullük* kavramı tercihi ve buna yaygın referansı, tartışmalı olarak hukukun çeşitli alanlarına (sözleşmeye ve haksız fiile dayalı sorumluluk) nüfuz etmektedir²⁵⁰. Bu çerçevede hakların kötü niyetle veya orantısız/mantıksız bir şekilde kullanımını engellemek amacıyla makullük standardının genellikle adillik, dürüstlük ve hakkaniyete uygunluk kavramlarını aştığı dahi söylenebilir²⁵¹.

Bu nedenle, her ne kadar Anglo-Sakson hukukunda hakkın kötüye kullanılmasına dair yerleşik bir kavram bulunmasa da mahkemeler farklı kötüye kullanım biçimlerini ele alma ve engelleme arayışlarında, hakkın kötüye kullanılmasının makullük standardı gibi işlevsel eş değerlerini kullanmaktadır²⁵². Hatta *makul* kavramının, hakların kötüye kullanılmasının değerlendirilmesinde kullanılan diğer ölçütlerle aynı veya bunlara benzer belirtileri kapsadığı da belirtilmektedir²⁵³. Analojiyi daha da açıklığa kavuşturmak amacıyla, hakkın kötüye kullanılması ilkesi öncelikle mülkiyet haklarının kullanılmasına bir sınır çizerken, Anglo-Sakson hukuku “*herkesin kendi mülkünü makul bir şekilde*

²⁴⁸ *Rath Packing Company v. Joseph W. Jones*, 530 F.2d 1295 (9th Cir. 1975).

²⁴⁹ Joachim, s. 342

²⁵⁰ George P. Fletcher, “The Right and the Reasonable”, *Harvard Law Review*, 1985, Sayı 98, 949-982, s. 949-950.

²⁵¹ Ugo Mattei, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Connecticut, Greenwood Press, 2000, s. 149 (“*makullük kavramı bu ilkenin yerini tamamen doldurduğu için, hakkın kötüye kullanılması ilkesi Anglo-Sakson hukukunda bulunmamaktadır*”); Joachim, s. 353.

²⁵² Robilant, s. 698; Zimmermann/Whittaker, s. 696.

²⁵³ Fletcher, s. 953.

kullanma hakkına sahip olduğunu” savunmaktadır²⁵⁴. İngiliz ve Amerikan hukuku pratiğinde bu durumla özellikle su uyuşmazlıkları veya ızzarın bulunduğu haksız fiil hallerinde karşılaşmaktadır²⁵⁵. Çitlerin makul olmayan şekilde dikilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar Kıta Avrupası hukukunda kötüye kullanmanın tezahürü iken Anglo-Sakson hukukunda bu durum kişinin haksız fiilden sorumluluğunu doğurabilecek bir hal olarak kabul edilmektedir: “Kaynağını Digest’te bulan hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması hakkında çok şey söylenmektedir; ve hukuk, kanunlardaki hükümlerin yanında hakkın ve usulün kötüye kullanılması ile ilgili içtihatlar ile kesinlikle daha basit ve açık bir şekilde anlaşılır hale gelmiştir. Bu şekildeki uygulamalar Anglo-Sakson hukukunun bir parçası değildir. Ancak Anglo-Sakson hukukunda bu tür yanlışlara çözüm bulunmadığı düşünülmemelidir.”²⁵⁶.

Horan v. Byrnes uyuşmazlığında, davacı tarafından davalının bitişik binada oturana zarar vermek amacıyla arazisine çit çektiği iddia edilmiştir. Konu hakkındaki düzenlemeye göre bir arazi sahibinin yüksekliği beş fiti aşan bir çit dikmesi, eğer böyle bir uygulamanın amacı bitişikteki sakini rahatsız etmekse yasaklanmıştır. Davacı, bu düzenlemenin kişinin mülkiyetini koruma konusundaki doğuştan gelen hakkına müdahale ettiğini ve bu nedenle mülkiyet hakkından layıkıyla faydalanmasını engellediğini belirterek anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Düzenlemenin anayasaya uygun olduğu kabulüyle, New Hampshire Yüksek Mahkemesi kararında şu hususlara yer vermiştir: “Genel olarak bir kişi mülkünü hukuka aykırı olmayan herhangi bir şekilde kullanabilirken, komşusu da bitişik mülkünden rahatsız edilmeden yararlanma hakkına sahiptir. ... Diğer yargı alanlarındaki düzenlemeler ne olursa olsun, bu durumda, söz konusu davranışın her koşulda makul olup olmadığının ölçüsü esas eşiktir. Anglo-Sakson hukuku kapsamında mülkiyet hakkı, ... bir toprak sahibinin hakimiyet hakkının bir başkası tarafından keyfi ve makul olmayan bir şekilde kullanılması yoluyla oluşacak fiili adaletsizliği desteklemez veya engellemez (*Franklin v. Durgee*), ancak hakkın kullanımını

²⁵⁴ **Ibid.**

²⁵⁵ Lauterpacht, **Function**, s. 303; Amos, **Introduction**, s. 219; Reid, s. 145; Fridman, s. 586-587; David Campbell, “Gathering the Water: Abuse of Rights After the Recognition of Government Failure”, **Journal Jurisprudence**, 2010, Sayı 7, 487, s. 523. Haksız müdahalenin ızzar teşkil ettiği yönünde bkz. William Prosser/ Dan Dobbs et al., **Prosser and Keeton on the Law of Torts**, 5. Baskı, ABD, West Publishing Co., 1984, s. 626-627.

²⁵⁶ Fridman, s. 586.

*her hâlikârda makullük testine tabi tutar. Böyle bir durumda, kullanımın amacı, ister toprak sahibi tarafından kendisi için gerekli veya yararlı olarak anlaşılsın, ister sadece bir başkasına zarar verme amaçlı olsun, hak konusunda belirleyici olabilir. Tamamen kötü niyetli bir kullanımın makul bir kullanım olduğu haklı bir şekilde ileri sürülemez.”*²⁵⁷.

Bu karardan, makullük standardının geniş olduğu ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bulunan kötüye kullanma ölçütlerine paralel olan belirli unsurları, yani kötü niyet, makullük ve hakkın kullanılma amacını içerdiği sonucuna varılabilir. Bunun yanında, makullük standardı da hakkın kötüye kullanılması ilkesi kadar esnektir. Neyin makul olduğuna dair katı kurallar yoktur, zira bu durum büyük ölçüde her bir davanın esasına bağlıdır²⁵⁸.

Makullük testinin/ölçütünün farklı kötüye kullanım biçimlerini engellemedeki rolü, sözleşmeden doğan ihtilaflarda da belirgindir. İngiliz hukukunda hakim görüş, sözleşmenin iyi niyetle ifasına yönelik olarak genel bir yükümlülük olmadığı yönündedir. Ancak, sözleşmeden doğan hakların kötüye kullanılması tipik olarak (aynı temel haklarda yapıldığı gibi) *hak içeriğinin* makullük testiyle sınırlanması sayesinde önlenabilir²⁵⁹.

Bu duruma örnek olarak, bir kişinin sözleşmenin devrine rıza vermeyi reddettiği durumlar gösterilebilir. Mahkemeler, rıza vermeyi reddetmenin keyfi olup olmadığını veya kötüye kullanım teşkil edip etmediğini belirlemek için makullük testini uygulamaktadır²⁶⁰. *Eastleigh BC v. Town Quay* davasında, kendisi ve/veya halefleri için araziye girme hakkı saklı kalmak ve devralanın rızasını alarak arazide çeşitli işler yapabilmek kaydıyla, davacının selefinden davalıya bir arazi parçası devredilmiş, sözleşmede de bu rızanın makul olmayan bir şekilde alıkonulamayacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Bitişik arazinin sahibi olan davacının arazisini geliştirmek için araziye erişmesi gerekmesine rağmen, davalı rıza göstermemiştir. İngiltere Yüksek Mahkemesi önündeki mesele aslında davalının rızayı makul olmayan bir şekilde reddetmemesi

²⁵⁷ Robilant, s. 705-706; *Horan v. Byrnes*, 72 N.H. 93, 100 (N.H. 1903).

²⁵⁸ Fletcher, s. 980.

²⁵⁹ Catala/Weir, s. 258.

²⁶⁰ Byron R. Lane, “Kendall v. Ernest Pestana, Inc.: Landlords May Not Unreasonably Withhold Consent to Commercial Lease Assignments”, **Pepperdine Law Review**, 1986, Sayı 14, 81.

gerektiğine dair zımni bir hükmün bulunup bulunmadığı iken, mahkeme tarafından makullük standardının her hâlükârda sağlanması gerektiğine hükmedilmiştir²⁶¹.

Benzer şekilde, California Mahkemesi, kira sözleşmesinin kiracı tarafından devri halinde, kiraya verenin devre rıza vermekten kaçınıp kaçınamayacağını *Cohen v. Ratino* davasında ele almıştır. Mahkeme, sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi kiraya verenin rızayı tesis etmekten makul olmayan veya keyfi bir şekilde kaçınamayacağına karar vermiştir²⁶².

Son olarak, *Larese v. Creamland* uyuşmazlığında, franchise verenin ön onayı olmadan sözleşmenin temlik edilemeyeceğini öngören bir franchise sözleşmesinden kaynaklanan bir ihtilaf ortaya çıkmıştır. Franchise veren rıza vermeyi reddederek, bu sözleşmesel hakkının mutlak ve koşulsuz olduğunu ileri sürmüştür. Bu, daha önce de belirtildiği gibi, hakkın kötüye kullanılması durumlarında sıklıkla gündeme gelen bir iddiadır. ABD Yüksek Mahkemesi, franchise verene makullük yükümlülüğü isnat ederek franchise verenin davranışının kötüye kullanım teşkil ettiğine ve makul olmadığına hükmetmiştir²⁶³.

Anlatılanlar ışığında, bir kişinin davranışının haksız fiil teşkil edip etmediğinin makullük unsuru çerçevesinde tespit edilebileceği dahi ileri sürülmektedir²⁶⁴. Haliyle, makullük unsurunun hakkın kötüye kullanılmasına benzer bir görünüm sergilediği aşikârdır. Kıta Avrupası hukukunda aynı tür uyuşmazlıkların hakkın kötüye kullanılması ilkesi kapsamında ele alındığı düşünüldüğünde, bu durum teyit edilmektedir. Bu nedenle,

²⁶¹ *Eastleigh BC v. Town Quay Developments Ltd* [2009] EWCA Civ 1391.

²⁶² *Cohen v. Ratino*, 147 Cal. App. 3d 321, 330, 195 Cal. Rptr. 84 (1983).

²⁶³ *Larese v. Creamland Dairies, Inc.*, 767 F.2d 716, 718 (10 Cir. 1985).

²⁶⁴ Fridman, s. 594-595

Fransa’da²⁶⁵ olduğu gibi Louisiana’da da mahkemeler, rıza vermekten kaçınma halinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini düzenli olarak değerlendirmiştir²⁶⁶.

Amerikan hukukunda hakların kötüye kullanılmasına eşit ölçüde sınır getirebilecek başka bir kavram da iyi niyet ilkesi ve dürüstlük kuralıdır. ABD Ticaret Kanunu’nun²⁶⁷ 1-201. maddesinde ‘*good faith*’ ilkesinin getirdiği dürüstlük kavramı ve makullük esası çerçevesinde dürüst iş yapma kavramı ifade edilmektedir. Aynı düzenlemenin 1-304. maddesinde tarafların her türlü sözleşme veya yükümlülük ifalarında dürüst ve iyi niyetli davranma yükümlülüğü bulunduğu düzenlenmektedir. Benzer şekilde, *ALI Restatement (Second) of Contracts*²⁶⁸ metninin 205. maddesinde taraflara sözleşmenin ifasında dürüst ve iyi niyetli davranma yükümlülüğü isnat edilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması ile daha geniş kapsamlı bu ilkeler arasındaki karşılıklı ilişki ileride ele alınacaktır. Bununla birlikte, böyle bir karşılıklı ilişkinin ciddi pratik sonuçları olduğu şimdilik belirtilebilir. Gerçekten genel bir iyi niyet ilkesi kabulünün hakkın kötüye kullanılması yasağını içerdiği algısı, hakkın kötüye kullanılması ilkesini açıkça benimsemeyen yargı mercilerinin yine de iyi niyet ilkesi temelinde hakların kullanılmasını sınırlayabileceğine işaret etmektedir²⁶⁹. İyi niyet yükümlülüğü tanındığında ve ihlali nedeniyle tazminata hükmedildiğinde, bir hakkın kötüye kullanılmasının gerçek bir haksızlık teşkil ettiğine

²⁶⁵ Perillo, s. 78.

²⁶⁶ *Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co.*, 368 So. 2d 1009 (La. 1979).

²⁶⁷ Uniform Commercial Code.

²⁶⁸ 1981 American Law Institute’s Restatement (Second) of Contracts. Burada kısaca *ALI Restatements* yayınlarının hukuki niteliğini açıklamak faydalı olacaktır. Öncelikle, bunların özel bir kuruluş olan ALI yayını olduğunu belirtmek gerekir. ABD’de *Restatement* yayınlarına mahkemeler tarafından sıklıkla başvurulmaktadır. Bu yayınlar, müşterek hukuk sistemlerinin kanuni unsur ve düzenlemelerinin açık ve net bir şekilde ifade edilmesidir. Hukuku mevcut haliyle veya bir mahkeme tarafından ele alındığı şekilde yansıtmaktadır. *ALI Restatements* yayınlarının ilkelerden farkı, ilkeler özellikle yasama organlarına, idari kurumlara veya özel kuruluşlara yöneliktir. Bununla birlikte, yeni bir alanda veya hukuken çok az düzenlenmiş alanlarda ilkelere mahkemeler tarafından ikincil olarak başvurulabilmektedir. İlkeler, bu kurumlar için en iyi uygulamaları sağlayabilir. *ALI Restatements* hakkında ve *ALI Restatements*-ilkeler ilişkisinde daha fazla bilgi için bkz. (<https://www.ali.org/> - Erişim tarihi: 14.04.2023).

²⁶⁹ Lauterpacht, s. 163-164; Lenaerts, s. 1145-146.

dair en azından zımni bir kabul bulunmaktadır. Çünkü özünde böyle bir kötüye kullanma, zorunlu olarak üstün bir hukuk ilkesi olan iyi niyet ilkesinin bir ihlalidir²⁷⁰.

Yukarıdaki görüşe, mahkemelerin ABD düzenlemelerine göre çağrı üzerine çalışanların kötü niyetli bir şekilde işten çıkarılmasını önlemek için iyi niyetle hareket etme yükümlülüğüne dayandığı durumlar örnek verilebilir. *Fortune v. National Cash* uyuşmazlığında işveren, satış temsilcisi tarafından temin edilen 5 milyon dolarlık bir siparişi aldıktan sonra satış temsilcisini komisyon ödememek için işten çıkarmıştır. Mahkeme, feshin tüm sözleşmeler için geçerli olan iyi niyet kuralına aykırı olduğunu ve bu nedenle sözleşme ihlali teşkil ettiği sonucuna varılmıştır²⁷¹. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de aynı sonuca hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle ulaşılmaktadır²⁷².

İlaveten, mahkemelerin sıklıkla ve büyük ölçüde hakkın kötüye kullanılmasına paralel bir analiz veya muhakeme yürüttüğü söylenebilir. İşverene karşı dava açtığı için işten çıkarılan bir çalışanla ilgili bir davada mahkeme, işçileri kendi isteğiyle işten çıkarmanın yasal bir hak olduğunu kabul etmekle birlikte, “*hakkın amacı dışında ve art niyetli olarak kullanılmaması*” gerektiğini belirtmiştir²⁷³.

ABD mahkemeleri tarafından hakkın kötüye kullanılmasına benzer bir şekilde iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü, takdir yetkisinin kötüye kullanılması sorununu ele almak için de kullanılmıştır. *Daitch Crystal v. Neisloss* uyuşmazlığında, kira sözleşmesi ile kiracıya söz konusu alışveriş merkezinde bir süpermarket işletme hakkı münhasıran tanınmıştır. Daha sonra, mülk sahibinin kiracının rakibi için bitişikteki araziye yeni bir süpermarket inşaatı yapmaya girişmesi üzerine bir anlaşmazlık çıkmıştır. Mahkeme, mülk sahibinin kira sözleşmesini ihlal ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, taraflar arasında yeni bir sözleşme yapma yetkisi olmadığını kabul etmekle birlikte “*her sözleşmede zımni bir iyi niyet kuralının bulunduğu*” vurgulamıştır²⁷⁴. Kararda kira sözleşmesi hükümleri dar

²⁷⁰ Litvinoff, s. 1661.

²⁷¹ *Fortune v. National Cash Register Co.*, 364 N.E. 2d 1251 (Mass. 1977), 1252-1253.

²⁷² *Clark v. Glidden Coating & Resins*, 666 F. Supp. 868 (E.D. La. 1987); *Sanborn v. Oceanic Contractors Inc.*, 448 So. 2d 91 (La. 1984).

²⁷³ *Smith v. Atlas Off-Shore Boat Services Inc.*, 653 F.2d 1057 (5th Circ. 1981), 1062.

²⁷⁴ *Daitch Crystal Dairies v. Neisloss*, 190 N.Y.S.2d 737 (App. Div. 1959), aff'd mem., 167 N.E.2d 643 (N.Y.1960).

bir şekilde yorumlanmadığı ve hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla mahkemenin iyi niyet ilkesine dayandığı görülmektedir.

Benzer şekilde, *Tymshare v. Covell* davasında, işverenin satış temsilcilerinin kazançlarını kendi takdirine bağlı olarak herhangi bir zamanda değiştirebileceği bir kota bazında hesaplayarak bunun da bir kısmını bir fonda tutma hakkı vardı. Davacı, kendi istifasından sonra işverenin kotayı geriye dönük olarak değiştirme kararının kötü niyetli olduğunu ileri sürmüştür. İşveren, makul olmayan davranışlarda bulunsu bile kendi takdir yetkisinin kullanmasının saiklerinden etkilenmediğini savunmuştur. Mahkeme bunun “*ne kadar keyfi ve mantıksız olursa olsun herhangi bir nedenle*” kullanılabileceği anlamına gelemeyeceğine karar vermiştir. Ayrıca, izin verilen bir davranışın kötü niyetle gerçekleştirilmesi halinde sözleşmeye aykırılığın oluşabileceği ifade edilmiştir²⁷⁵.

Yukarıdakilere dayanarak Anglo-Sakson hukukunda maddi hakların kötüye kullanılmasına ilişkin kapsayıcı bir genel ilke bulunmadığı, açık kötüye kullanımı ve adaletsizliği önlemek için farklı kuralların ve ilkelerin tasarlandığı ve uygulandığı belirtilebilir. Özellikle Amerikan hukukunda bu durum göze çarpmaktadır. Genel olarak, bu kurallar ve ilkeler hakkın kötüye kullanılmasına benzer şekilde işlemekte ve aynı amaca ulaşmaktadır.

b- Usul Hukuku Boyutu: Usulün Suistimal Edilmesi

Mahkemelere başvurma hakkı, birçok anayasada açıkça ifade edilen kutsal bir haktır²⁷⁶. Bununla birlikte, bu hakkı kanunun öngördüğü amaç dışında veya diğer tarafa

²⁷⁵ *Tymshare Inc. v. Covell*, 727 F.2d 1145 (D.C. Cir. 1984).

²⁷⁶ Ascensio, s. 765; Örneğin AİHS madde 6; T.C. Anayasası madde 36.

zarar vermek için kullanan kişi haksız fiil işlemiş olur²⁷⁷. Bu da usule ilişkin bir hakkın kötüye kullanılmasından başka bir şey değildir²⁷⁸.

Mahkemelerin usule ilişkin hakların kötüye kullanılmasını önleme konusundaki doğal gücü ve yetkisi, Anglo-Sakson hukukunda hukuk sisteminin bütünlüğünü korumak için uzun süredir benimsenmektedir²⁷⁹. 1885'te Lord Blackburn, “İlk zamanlardan beri (söyleyecek kadar incelememiş olmama rağmen sanırım, en eski zamanlardan itibaren) bir davada mahkemelerin doğal olarak, makul gerekçeler olmaksızın rahatsızlık yaratmak ve taciz etmek amacıyla dava sürecinin kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit etme ve kendisini böyle bir kötüye kullanmaya karşı koruma hakkı vardı.” ifadeleriyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur²⁸⁰.

Bu bakımdan usulün suistimal edilmesi, Anglo-Sakson hukukunun esaslı bir parçasıdır²⁸¹. Bu kavramın daha geniş bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması kavramıyla karşılıklı ilişkisi de öğretide kabul edilmekte ve terminolojisi, işlevi ve uygulaması ile açıkça görülmektedir.

Usulün suistimal edilmesi, genellikle, usule ilişkin hakların tesis edilme amacından başka bir amaç için kullanılmasını ifade etmektedir²⁸². İlke, “adaletsizliğe ve hakkaniyetsizliğe sebep olabilecek mahkeme süreç ve prosedürlerinin adaleti hakkaniyet ve tarafsızlıkla sağlamak için tüm dava türlerinde” geçerlidir²⁸³. Amerikan hukukunda ALI

²⁷⁷ *Attorney General v. Barker*, [2000] 1 F.L.R. 759; John D. Lawson, “The Action or the Malicious Prosecution of a Civil Suit”, **The American Law Register**, 1882, Cilt 30 Sayı 5, 281-290, s. 287.

²⁷⁸ Kolb, s. 831; Brabandere, s. 619; Catala/Weir, s. 225-226; Mayrand, s. 999; Ascencio, s. 764; Shany, s. 256; Chris Brunner, “Abuse of Rights in Dutch Law”, **Louisiana Law Review**, 1976, Sayı 37, 729, s. 743-745; Tania Voon/ Andrew Mitchell/ James Munro, “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2014, Cilt 5 Sayı 1, 41-68, s. 61; Robert Kolb, **The International Court of Justice**, Oxford, Hart Publishing, 2013, s. 947; *Abaclat v. Argentine Republic*, **ICSID** Case No. ARB/07/5, 4 August 2011, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 647.

²⁷⁹ Mark Crosswhite, “Abuse of Process and Malicious Prosecution in Alabama”, **Alabama Law Review**, 1986, Sayı 38, 99, s. 99

²⁸⁰ *Metropolitan Bank v. Pooley*, [1885] 10 App. Cas. 210, 220.

²⁸¹ İngiltere Usul Kanunu madde 3.4.

²⁸² Kolb, **Procedure**, s. 831; Gaillard, s. 34; Gaffney, s. 516.

²⁸³ Peter Barnett, **Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments**, Oxford, Oxford University Press, 2001, para. 6.06.

Restatement (Second) of Torts'un²⁸⁴ 682. maddesi, usul istismarını “*Ceza hukukuna veya özel hukuka ilişkin hukuki bir süreci, öncelikli olarak tasarlanmamış bir amaca ulaşmak için bir başkasına karşı kullanan kişi, sürecin kötüye kullanılmasından kaynaklanan zararlardan dolayı diğerine karşı sorumludur.*” şeklinde tanımlamaktadır. İlkenin bu tasviri, diğer Anglo-Sakson hukuku sistemleriyle de paraleldir. Kanada ve Avustralya’da bu ilkenin hakkaniyet ve adalet nosyonlarını ihlal eden ve adalet yönetiminin itibarını zedeleyebilecek her türlü suistimali engellediği söylenmektedir²⁸⁵.

Hakkın kötüye kullanılması işlevine benzer şekilde, usulün kötüye kullanılması da katı sınıflandırmalarla veya tanımlanmış koşullarla sınırlı değildir. Ancak davaya ilişkin vakıalar hakkaniyetsizliği, makul olmayan davranışı veya adaletsizliği ortaya çıkardığında ilkenin uygulanacağı adeta kesindir²⁸⁶. Ayrıca, usulün kötüye kullanılması yasağı herhangi bir hak kategorisi ile sınırlı olmaksızın usule ilişkin tüm haklara uygulanmaktadır. California Mahkemesi tarafından da bu durum “*Haksız fiil altında usulün kötüye kullanılması kavramında ‘usul’ terimi, davaya kadar uzanan tüm usulleri kapsayacak şekilde geniş bir şekilde yorumlanmaktadır.*” şeklinde açıkça ifade edilegelmektedir²⁸⁷.

Mahkemeler tarafından da usulün kötüye kullanılmasının kesin kategorilerle sınırlandırılmasının akıllıca olmadığı ve gerektiğinde uygulanmak üzere geniş bir araç olarak bırakılması gerektiği görüşü benimsenmektedir²⁸⁸. İngiltere Yüksek Mahkemesi *Ashmore v. British Coal* uyuşmazlığında “*Bir davacının anlamsız, rahatsız edici veya usulün kötüye kullanılması teşkil etmemesi koşuluyla, iddiasını dava etme hakkı vardır. Bu tür davranışları neyin oluşturabileceği, davanın tüm koşullarına bağlıdır; kategorize edilemez, kamu politikası ve adaletin sağlanmasına ilişkin mülahazalar çok önemlidir.*”

²⁸⁴ 1965 American Law Institute’s Restatement (Second) of Torts. Ayrıca bkz. dn. 268.

²⁸⁵ *Toronto City v. C.U.P.E.*, [2003] 3 S.C.R. 77; *R. V. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, 1007; *Rogers v. The Queen* [1994] HCA 42.

²⁸⁶ Lord Justice Maurice Kay, **Blackstone’s Civil Practice 2013**, 13. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012, para. 33.12.

²⁸⁷ *Younger v. Solomon*, 38 Cal. App. 3d 289, 296 (1974).

²⁸⁸ *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands* [1982] AC 529, 536.

şeklindeki ifadesiyle bu görüşe açıkça yer vermiştir²⁸⁹. Bu çerçevede ilke, Anglo-Sakson hukukunun katılığını gideren ve prosedürlerin adillliğini ve makullüğünü koruyan şekilde işlev görmektedir²⁹⁰.

Anglo-Sakson hukukunda ilkenin uygulaması, Kıta Avrupası hukuku sistemlerinde usule ilişkin hakların kötüye kullanılmasını sınırlamak için hakkın kötüye kullanılması uygulamasına benzemektedir. Tipik olarak mahkemeler, çatışan çıkarları dengeleme sürecine girmekte²⁹¹ ve hakkı kullanmanın makul olup olmadığına ilişkin olarak amaç temelinde bir kötüye kullanma bulma eğilimindedir. İngiltere Yüksek Mahkemesi, davacının kanuni bir hakkını ileri sürme gerekçesine önem atfetmeksizin, davacının uygun şekilde elde edemediği bir şeye ulaşmak için mahkeme süreçlerini kullandığı durumun, karşı tarafı taciz ettiğini de gözeterek usulün suistimal edildiği sonucuna varmıştır²⁹².

Usulün kötüye kullanılmasına ilişkin ilginç bir uygulama, *res judicata* (kesin hüküm) meselesine ilişkindir²⁹³. Bu halde usulün kötüye kullanılması yasağı, “*Henderson v. Henderson kuralı*” olarak da bilinen ‘*triple identity test (of identical parties, causes of action and relief)*’²⁹⁴ kurumunun katılığını gidermek için kullanılmaktadır²⁹⁵. Bu davada

²⁸⁹ *Ashmore v. British Coal Corp.*, [1990] 2 Q.B. 338, 348. Prensibin detaylandırılması kapsamında Lordlar Kamarası “*Bu, herhangi bir yargı makamının, kendi usul kurallarının harfi harfine uygulanmasıyla çelişki arz etmese de, yine de önündeki davanın bir tarafı için açıkça adaletsiz olacak şekilde usulün kötüye kullanılmasını önlemek için sahip olması gereken doğal güçle ilgilidir. Aksi takdirde adalet, dürüst insanlar nezdinde itibarsızlaşır. Usulün kötüye kullanılmasının ortaya çıkabileceği haller çok çeşitlidir [...]. Kanaatimce, bu Meclisin bu vesileyle, mahkemenin uygulamakla yükümlü olduğu (takdir yetkisi kelimesini kullanmayı reddediyorum) belirli türdeki durumları kesin kategorilerle sınırlandırdığı şeklinde yorumlanabilecek herhangi bir şey söylemesi çok akıllıca değildir.*” ifadelerine yer vermiştir. *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands* [1982] AC 529, 536.

²⁹⁰ Barnett, para. 6.03-6.06.

²⁹¹ *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2002] 2 AC 1: “*Bir davranışın sürecin kötüye kullanımı teşkil edip etmediği ... kamu yararı ve ilgili özel çıkarlar ile birlikte davanın ayrıntıları ele alınarak esasa göre geniş çapta değerlendirilmelidir.*”.

²⁹² *Wallis v. Valentine* [2002] EWCA Civ 1034, [2003] E.M.L.R. 8.

²⁹³ *Southern Pacific Railroad Co. v. United States*, 168 U.S. 1, 48 (1897) (Mahkeme kesin hüküm ilkesinin Amerikan hukukunda da toplumsal barış ve sükunetin sağlanması için kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.).

²⁹⁴ Davanın tarafları, sebebi ve talep sonucuna ilişkin *üçlü kimlik testi*.

²⁹⁵ Avustralya ve Kanada’da aynı uygulama için bkz. *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees*, [2003] S.C.J. No. 64 (Sup Ct); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44, para. 18; *Port of Melbourne Authority v. Anshun Pty Ltd*, (1981) 147 CLR 589 (Avustralya Yüksek Mahkemesi); Lordlar Kamarası’nın *Henderson* kuralının usulün kötüye kullanılması kapsamında olduğunu belirttiği karar için bkz. *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2002] 2 AC 1; International Law Association, “Interim Report: ‘Res Judicata’ and ‘Arbitration’”, **Berlin Conference 2004**, s. 8.

mahkeme, tarafların davalarının tamamını ileri sürmeleri gerektiğine ve mahkemenin ihmal, dikkatsizlik ve hatta kaza sonucu davalarının bir kısmını atladıkları için dava açılırken ileri sürülmeyen konu(lar)la ilgili olarak aynı taraflara aynı dava konusunun açılmasına izin vermeyeceğine hükmetmiştir. *Henderson* kuralının püf noktası, dava açılırken taraflara isnat edilen makullük yükümlülüğüdür²⁹⁶. Bu çerçevede mahkemeler, usuli bir hakkın, hakkın tesis edilme amacından başka bir amaçla kullanıldığı veya iddiada bulunmanın makul olmadığı durumlarda, usulün suistimal edildiğini tespit etmektedir²⁹⁷.

Bununla ilgili olarak, sürecin kötüye kullanılmasının uygulanmasında, herhangi bir kötüye kullanım olup olmadığını belirlemek için çıkarları dengeleme görevi bulunan mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, uygulama koşulları yerine getirilmiş olsa bile mahkemeler söz konusu çatışan çıkarları göz önüne alarak herhangi bir kötüye kullanım tespit etmeyebilir. Bu çerçevede, *Attorney General v. Barker* kararında mahkemenin vatandaşın dava açma hakkına karşılık kamu görevlilerine *kötü niyetli ve asılsız iddialara karşı bir koruma tedbiri* sağlama ihtiyacı çerçevesinde adalet dengesinin nerede olduğuna ilişkin değerlendirme yapması gerektiği ifade edilmiştir²⁹⁸.

Usul istismarının hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bir uygulaması ve tezahürü olduğu öğretide de kabul edilmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasının işlevsel bir karşılığının varlığı maddi haklar açısından tartışmalı olmakla birlikte, Anglo-Sakson hukuku sistemleri de dahil olmak üzere tüm hukuk sistemlerinde en azından yargılama sırasında hakların kötüye kullanılması ilkesi -her hâlükârda uygulanmasa da- işlevselleştirilmeye çalışılmaktadır²⁹⁹. *Gaillard* da haklı olarak, Anglo-Sakson hukukunda hakkın kötüye kullanılmasına dair genel ilke bulunmamasına rağmen, İngiliz mahkemelerinin bir tarafın usule ilişkin haklarını taciz edici bir şekilde kullanmasına

²⁹⁶ *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630, 640.

²⁹⁷ *Jameel v. Dow Jones and Co. Inc.* [2005] EWCA Civ 75, [2005] QB 946; *Henderson v. Henderson*, [1843] 3 Hare 100, 67 ER 313, 319.

²⁹⁸ *Attorney General v. Barker*, [2000], 1 F.L.R. 759.

²⁹⁹ Shany, s. 256.

yaptırım uygulamak için kendi doğasında var olan yargı yetkisini uzun süreden beri kullandığını teyit etmiştir³⁰⁰.

Usulün suistimal edilmesinin hakların kötüye kullanılmasının açık bir tezahürü olduğu görüşü İngiliz hukuku ile sınırlı olmayıp diğer Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde de kabul edilmektedir. Örneğin ABD’de, usulün kötüye kullanılmasının “*hakkın kötüye kullanılması doktrininin dar çerçeveli bir versiyonu*” olduğu belirtilmektedir³⁰¹. Avustralya’da usulün kötüye kullanılmasının “*sivillerin hakkın kötüye kullanılması olarak adlandırdığı durumun yasalarımızdaki en açık örneği olduğu*” vurgulanmaktadır³⁰². Son olarak, İngiltere ve ABD düzenlemelerine göre kötü niyetli kovuşturmaya dayalı haksız fiil de dahil olmak üzere Anglo-Sakson hukukunda bulunan diğer haksız fiiller, usule ilişkin hakların kötüye kullanılmasına benzer bir şekilde ve eşit işlevsellikte çalışmaktadır³⁰³.

İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından kötü niyetli kovuşturmaya dayalı haksız fiilde, davalının kötü niyetle hareket ettiğinin, iddiayı ileri sürmek için makul ve olası bir nedeninin bulunmadığının ve davacının zarara uğradığının kanıtlanması aranmaktadır³⁰⁴. Böylece, usulü kötüye kullanmaya dayalı haksız fiil aslında hakkı kullanmanın gizli amacına (amaçtan sapma) dayanmaktayken, kötü niyetli kovuşturmaya dayalı haksız fiilde olası/makul bir nedenin yokluğundan nesnel olarak çıkarılabilecek olan kötü niyet unsuru vurgulanmakta ve hatta ihmalin bunun tek başına kanıtı olabileceği kabul edilmektedir³⁰⁵.

Bununla birlikte hem usuli suistimalin hem de kötü niyetli kovuşturmaya dayalı haksız fiilin, hakkın kötüye kullanılması şeklindeki daha geniş bir ilkenin tezahürleri olduğu ve kötü niyet, makullük ve amaçtan sapma gibi farklı kötüye kullanma ölçütlerini

³⁰⁰ Gaillard, s. 33.

³⁰¹ Perillo, s. 64.

³⁰² John Fleming, **The Law of Torts**, 8. Baskı, ABD, The Law Book Company, 1992, s. 623.

³⁰³ 1965 American Law Institute’s Restatement (Second) of Torts, Bölüm 382; Gaillard, s. 33; Lawson, s. 365-366.

³⁰⁴ *Willers v. Joyce*, [2016] UKSC 43, 52-56; *Crawford Adjusters (Cayman) Ltd. v. Sagicor General Insurance (Cayman) Ltd.*, [2013] UKPC 17.

³⁰⁵ *S.S. Kresge Co. v. Ruby*, 348 So. 2d 484, 489 (Ala. 1977).

taşıdığı ileri sürülmektedir³⁰⁶. Ayrıca, aynı hakkın kötüye kullanılması konusunda olduğu gibi, usuli suistimalin tespit edilmesi halinde mahkemeler müdahale edebilecektir. Örneğin davayı durdurabilecek, eğer zarar çoktan oluşmuş ise mağdur lehine tazminata dahi hükmedebilecektir³⁰⁷.

C- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLKENİN ETKİSİ

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde her yerde karşımıza çıktığı açıktır. Karşılaştırmalı bir şekilde de incelendiği üzere, Kıta Avrupası sistemlerinin hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir ilkeyi desteklediği görülmektedir. İlk başlarda eşya hukuku alanında ortaya çıkmış ve bununla sınırlı olarak ele alınmış olmakla birlikte, artık günümüzde genel uygulamaya sahip bir ilke şeklinde tasdik edilmektedir. Hukukun genel ilkelerinin gerektirdiği üzere, ilkenin genelliği böylece belli bir dereceye kadar sağlanmıştır. Diğer taraftan, tartışılan hukuk sistemleri gözden geçirildiğinde, ilkenin tekdüze bir hukuki temeli bulunmadığı veya kötüye kullanımı yasaklamak için nasıl kullanıldığına ilişkin tek tip bir yöntemi yansıtmaması gerekmediği çıkarımı yapılabilmektedir.

İlkenin bu şekilde mevcudiyetine karşılık, uygulama kapsamı oldukça belirsiz görünmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde ilkenin uygulanması için olmazsa olmaz koşullar açıkça belirlenmiştir ve bu yaklaşım, mahkemelere bir hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmelerinde yardımcı olabileceği için tartışmalı da olsa avantajlıdır. Başka hukuk sistemlerinde ise yalnızca hakkın kötüye kullanılmasının yasak olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiş, neyin kötüye kullanım teşkil ettiğine ilişkin yönergeler ve ölçütler belirlemekten kaçınılarak yargı makamına geniş bir takdir hakkı bahşedilmiştir.

Ayrıca kötüye kullanmanın tespiti, hakkın dayandığı ilgili düzenlemenin kapsamına göre de farklılık göstermektedir. Bazı sistemlerde ilke her türlü suistimali engellemek için kullanılırken, başka sistemlerde farklı suistimal biçimleriyle mücadele etmek için daha geniş kapsamlı olarak görülen iyi niyet ilkesine başvurulmaktadır. Bu tür farklılıklara

³⁰⁶ Branson, s. 192.

³⁰⁷ *Goldsmith v. Sperrings Ltd. and Others* [1977] 1 W.L.R. 478, 489.

rağmen, incelenen tüm sistemlerin herhangi bir hakkın (maddi veya usule ilişkin) kötüye kullanılmasını engellemek için özgün ve içkin kurallara sahip olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

Anglo-Sakson hukukunda ilkenin usul hukuku boyutundaki uygulaması özellikle dikkat çekici görünmektedir. Maddi hakların kötüye kullanılmasında ise, Anglo-Sakson hukukunun maddi hakların sınırlandırılmasında daha az müdahaleci olduğu tespit edilmiştir. Ancak, birtakım prensipler hakların kullanılmasına bir sınır çizerek kısıtlama işlevi üstlenebilmektedir. Bu itibarla, Anglo-Sakson hukukuna göre hakkın kötüye kullanılmasının, önceden var olan bir haksız fiil kapsamına girmediği sürece, genellikle tek başına bir dava nedeni oluşturmayacağı da söylenebilir.

Bu hususta, Anglo-Sakson hukukunun uluslararası hukuktan ve hukukun genel ilkelerinden etkilendiği sıklıkla dile getirilmektedir. *Trendtex* davasında da *Lord Denning* uluslararası hukuk ilkelerinin İngiliz hukukunun bir parçası olduğunu açıkça dile getirmiştir³⁰⁸. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin genellikle uluslararası hukukun bir parçası olarak görüldüğü ve aşağıda da tartışılacağı üzere genel hukuk ilkesi de olduğu nazara alındığında, bu kabulün hakkın kötüye kullanılması ilkesini Anglo-Sakson hukukuna derç etmesi kaçınılmazdır³⁰⁹.

II- İLKENİN İNCELENMESİ

Yukarıda bahsi geçen hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması uygulamasının gözden geçirilmesi, uygulanması için olmazsa olmaz koşulların ortaya çıkarılmasını mümkün kılmaktadır. Yukarıdaki incelememiz, çeşitli hukuk sistemlerinin

³⁰⁸ *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529, 554.

³⁰⁹ Birleşik Krallık'ın hakkın kötüye kullanılması ilkesini savunduğu da çeşitli davalarda görünmektedir. Örneğin bkz. *United Kingdom v. Iceland*, Memorial of the Merits of the Dispute submitted by the United Kingdom Government, [1973] **I.C.J. Pleadings** 267, para. 153-154.

hakkın kötüye kullanılmasının tespitinde farklı ölçütler uyguladığını da aynı şekilde teyit etmektedir.

Bu kısımda ise hakkın kötüye kullanılması kavramı konuya ilişkin görüşler, kavramın uygulanması için aranan koşullar ve kavramın iştiğal konusu çerçevesinde sınırları değerlendirilerek analiz edilecektir. Bu kısımda amaçlanan husus, ilkenin unsurlarındaki genel yakınsamayı incelemek, ilkenin koşullarında aranan veya uygulanması neticesinde ortaya çıkan sınırlamaları veya zorlukları ve bunlara aranan çözümleri tarif etmek, uluslararası tahkime ilişkin genel bir ilke olarak uygulanmasından evvel ilkeyi tartışmak ve vurgulamaktır.

Hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmek için benimsenen farklı kriterler de dahil olmak üzere ilkenin ortaya çıktığı haller araştırılırken, her bir ölçütün sınırlarının vurgulanması amaçlanmaktadır. Şimdilik ilkenin “dengeleme faktörü” boyutunun, yani makullük kriterine odaklanmanın hakkın kötüye kullandığının tespitinde en yerinde ve sağlam ölçüt olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, karşılaştırmalı hukuka dair incelememiz neticesinde birçok hukuk düzeninde çatışan menfaatlerin dengelenmesine uğraşıldığı görülmektedir

Yukarıda incelenen hukuk sistemlerine odaklanmaya devam ederken, ilkenin koşulları ve uygulanmasına ilişkin belirli konularda daha fazla fikir birliği önermek için daha geniş bir kanun yelpazesine atıfta bulunmaya çalışılmaktadır. Ulusal hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması uygulamasını sıklıkla ele aldığı için uluslararası hukuk boyutuna da değinilecektir. Özellikle İngiliz hukuku gibi Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması kavramının esaslı bir incelemeye tabi tutulmadığı da göz önünde bulundurulduğunda ve uluslararası hukukun da bu hukuk düzenlerinin olmazsa olmaz bir parçası olduğu gözetilerek, uluslararası hukuk boyutu da kaçınılmaz olarak ele alınmalıdır. Aynı şekilde, çoğu ulusal hukuk sisteminde yer bulan

kural ve ilkelerin uluslararası hukukun da vazgeçilmez ve içkin bir parçası olduğu kabul edilmektedir³¹⁰.

A- İLKENİN DAYANAĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Her hukuk düzeni yakınlaşmakta ise de farklı ölçütler benimsemekte olduğundan, bir hakkın ne zaman kötüye kullanım teşkil ettiği önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani hakkın kötüye kullanımı teşkil eden esaslar ve ölçütler de net olmadığı gibi, uygulamada ve doktrinde bu hususta bir görüş birliğinden bahsedilemez. Mesela Türk hukukunda aşağıda açıklanacak görüşlerden hepsinin taraftarı bulunmaktadır. Zaten anılan ilgili düzenlemelerin de sarıh olmayan geniş kapsamı uygulamada ve öğretide değişik görüşlerin benimsenmesine sebep olmuştur. Farklı hukuk sistemlerinde benimsenen görüşler genel olarak aşağıdaki şekilde ele alınabilir.

1- Zarar Verme Esasına Dayanan Sübjektif Görüş

Bu görüş çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanımının tespitinde hakkın sırf başkasına zarar verme kastıyla kullanılması aranmaktadır³¹¹. Yani hakkını kullanan kişinin niyeti esas alınmaktadır ve kavramın özünde kişinin zarar verme amacından hareketle davranışın ahlaka aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir³¹².

Yukarıda ele alınan uyuşmazlıklarda da görüldüğü gibi, aslında hakkın kötüye kullanılması kavramı yargılamaya kişilerin zararı sebebiyle taşınmıştır. Zira bir zarar oluşmadan ve zarara uğrayan kişilerin de talebi olmaksızın hakkın kötüye kullanılması tespit edilememiştir³¹³. Fransız hukukunda ele alınan örnekler özelinde Fransız yargı makamlarının kavrama ilişkin değerlendirmesini, “kusur ile başkasına zarar verme”

³¹⁰ ICJ Statute 38.1.c.

³¹¹ Akıpek/Akıntürk/Ateş, s. 181; Arsebük, s. 108; Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 33; Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998, s. 157; Zevkliler, s. 144; Gönensay, s. 70.

³¹² Fransa’da sübjektif görüşün benimsendiği hakkında bkz. Edis, s. 325.

³¹³ Hamide Topçuoğlu, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, İzmit, Selüloz Basımevi, 1950, s. 227.

ölçütünü esas alarak yaptığı yukarıda anlatılmıştır³¹⁴. Alman hukukunda da kötüye kullanmadan başka amacın olmamasını ifade eden 226. madde yine sübjektif görüşü desteklemektedir³¹⁵. Bu çerçevede uzunca bir süre için hakkın kötüye kullanılmasında esas olarak zarar verme niyeti aranmıştır. Bunun yanında, ilkenin unsurları kapsamında ele alınacağı üzere, ilkenin uygulanmasında zararın veya en azından zarar tehlikesinin doğmasının aranıyor olması karşısında, bu görüşün de hâlâ önemini koruduğu savunulabilir.

2- Dürüstlük Kuralına Dayanan Objektif Görüş

Objektif görüşe göre, hakkın kötüye kullanılmasının esasını kişinin sübjektif davranışları oluşturmaz. Bu bakımdan salt kişilerin zarar verme kastının aranması yetersizdir. Hakkın kötüye kullanıldığını tespitte objektif kıstaslardan da faydalanılması gerekmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nda ve TMK'de hakkın açıkça kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ifade edilmiş olmakla, objektif görüşün benimsendiği ileri sürülmektedir. Burada zarar verme kastı, yani kötü niyet aranmamaktadır³¹⁶. Bu görüşte esas olarak, kanundaki ifadeye de paralel bir şekilde, dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar ihlal edilmektedir³¹⁷. Gerçekten, bir kişi kendi hakkını kullanırken haksızlık yapmamakta veya başkasının hakkını haksız bir şekilde kullanmamakta, ancak hakkın *objektif* sınırlarını ihlal ederek hakkını kullanmaktadır.

Objektif esasın tespitinde öğretide görüş ayrılıkları bulunduğunu belirtmek gerekir. Bazılarına göre hakkın yasal ve meşru bir menfaat için kullanılmamış olması hakkın

³¹⁴ Velidedeoğlu, s. 123. Ayrıca bkz. dn. 72 vd. Louisiana hukuku bakımından bkz. dn. 109 vd.

³¹⁵ Saymen, s. 292. Alman hukukunun hem objektif hem sübjektif görüşü içeren karma görüşü esas aldığı yönünde bkz. Celikbaş, s. 606; Edis, s. 326.

³¹⁶ Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 170; İmre, s. 306.

³¹⁷ Yargıtay HGK 2017/788 E. 2017/1711 K. 13.12.2017 T.

kötüye kullanımı teşkil etmektedir³¹⁸. Diğer taraftan, ahlak kurallarına aykırılığın objektif esas olduğu ileri sürülmektedir³¹⁹.

3- Hakkın Amacına Dayanan Görüş

Öğretide genellikle objektif görüş kapsamında görülmekle birlikte, hakkın kötüye kullanılması denetiminde sübjektif ve objektif görüşlerin yanında üçüncü bir görüş olarak hakkın sosyal ve ekonomik amacına aykırı kullanılıp kullanılmamasının esas alınması gerektiği ifade edilmektedir³²⁰. Zira herkes hakkını, kanunda ifade edildiği şekliyle ekonomik ve sosyal amaçlar uğruna kullanmakta serbesttir. Her hakkın bir sınırı vardır ve bu sınırların ihlali hukuka aykırı olacaktır. Hak sahibi, pozitif hukukun belirlediği objektif sınırlar içinde kalsa dahi kanun koyucunun hakkı tesis ettiği asıl amaçtan farklı bir amaca yönelik olarak hakkını kullanırsa hakkını kötüye kullanmış olur. Kanun koyucunun, hakları bazen net bazen muğlak bir şekilde gösterdiği “sosyal bariyer” ile sınırladığı kabul edilmektedir³²¹. Bu görüş farklı ifadeler kullanılsa da aynı sonuca varılarak savunulmaktadır. Özellikle sosyal ve ekonomik amaç sayesinde hakkın kamusal menfaatleri ihlal etmemesi temin edilmektedir³²². Yine, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında hakkın amacını ölçüt olarak benimsediğine yukarıda değinmiştik³²³.

Bu görüş, özetle, sübjektif görüşten “kötü niyet kastı” aramaması ile, objektif görüşten ise benimsediği muğlak “amaç” esası ile ayrılmaktadır. Türk öğretisinde de bazı yazarlar hakkın özellikle amacı dışında kullanıldığı durumları hakkın kötüye kullanımı olarak ifade etmektedir³²⁴. *Velidedeoğlu*, hukukun toplumsal bir kurum olarak bahsettiği haklarla bireylerin menfaatini koruduğunu, bireysel menfaatlerin toplum menfaatini ihlal

³¹⁸ Topçuoğlu, s. 231; Zevkliler, s. 145; Özsunay, s. 321.

³¹⁹ Edis, s. 325; Özsunay, s. 317.

³²⁰ Gönensay, s. 70; Tekinay, s. 172.

³²¹ Gönensay, s. 69; Rahmi Çobanoğlu, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1964, s. 120 vd.; Adnan Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, ed. Adnan Güriz, **Adalet Kavramı**, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013, s. 30.

³²² Saymen, s. 290; Turgut Sızmazoğlu, **İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı**, İstanbul, Halk Basımevi, 1953, s. 84.

³²³ Bkz. dn. 187 vd.

³²⁴ Aytekin Ataay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 420, 424; Dural/Sarı, s. 242.

etmemesi gerektiğini, haliyle her hakkın tesis edildiği amaç için kullanılması gerektiğini belirtmektedir³²⁵. Aynı şekilde *Edis* ve *İmre*, hakkın sosyal amacının ihlal edildiği halleri kötüye kullanım olarak görmektedir³²⁶. *Sızmaçoğlu* ise hakkın sınırları ile kötüye kullanım sınırlarını iç içe iki daire olarak tarif etmekte, hakkın sınırlarının kanun koyucu tarafından iç daire olarak keskin sınırlarla çizildiğini ve bunun aşılmasının haksızlık doğuracağını, dış dairenin ise daha solgun çizildiğini ve bunun aşılmasının da hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğini; bu sınırların ise hâkim tarafından belirleneceğini söylemektedir³²⁷. *Saymen*, *Feyzioğlu*, *Oğuzman* ise amaca aykırı kullanımı dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirmekte ve dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle hakkın kötüye kullanımı halinin oluştuğunu dile getirmektedir³²⁸. *Akyol*'a göre hakkın kötüye kullanımı yasağı sadece hakkın kullanımından ibaret olmayıp haklar amaç itibarıyla içerik olarak da kısıtlanmaktadır³²⁹.

İfade edilen kapsamda, Türk hukukunda dürüstlük kuralının hakkın iç sınırını ve toplumsal amacını belirlediği, böylece baskın görüşün objektif görüşün *sübjektif bir yansıması* olduğu ifade edilebilir.

4- Değerlendirme

Kavramın ortaya çıkışı itibarıyla sübjektif görüşün, yani zarar verme esasına dayanan görüşün benimsenmesi zaruri olmuştur. Gerçekten mahkemeler, somut uyuşmazlıkta meydana gelen zarar yönünden inceleme yapmışlar, böylece zararı da esas unsur kabul etmişlerdir. Haliyle, zarar verme kastının da ele alınması gerekmiştir. Bu görüş kısaca kişinin niyetine dair ciddi ispat güçlükleri yönünden eleştirilebilir. Ayrıca, “zarar verme kastının” arandığı çok dar bir kapsama hakkın kötüye kullanılması kavramının hasredilmesi doğru olmadığı gibi yetersiz bulunmaktadır. Bir hakkın kullanımında birden çok niyet söz konusu olabileceğinden, hâkimin hakkın kullanımına

³²⁵ Velidedeoğlu, s. 333.

³²⁶ Edis, s. 325; İmre, s. 314.

³²⁷ Sızmaçoğlu, s. 81.

³²⁸ Saymen, s. 285, 295; Feyzioğlu, s. 149; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 167.

³²⁹ Akyol, s. 7.

hangi amacın esas oluşturduğunu belirlemesi gerekecek, zarar verme kastının tespiti dahi hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmeyebilecektir.

Mülga Türk Kanunu Medenisi'nde yer alan “*sırf gayri safi zarar ızzar eden*” tabiri doktrinde birçok tartışmaya yol açmış ve aslında sübjektif görüşün benimsendiği savunulmuştur. Bu kapsamda İsviçre düzenlemesinin çok daraltıldığı ve zararın arandığı görüşüne karşılık³³⁰, Alman hukuku gibi dar ve sübjektif olmamakla birlikte İsviçre hukuku kadar geniş ve objektif de olmayan karma bir sistemin kabul edildiği de ifade edilmiştir³³¹.

Yukarıda farklı hukuk sistemlerindeki yansımaları da tartışıldığı üzere, bir hakkın kullanılması halinde bir başkasının etkilenmesi ve hatta zarar görmesi büyük ölçüde kaçınılmazdır. Özellikle sözleşmeler hukukunda, taraf menfaatleri karşılıklı olsa da zıt düşmektedir. Bu çerçevede, bir başkasının menfaatinin ihlal edilmiş olması *tek başına* hakkın kötüye kullanımı teşkil etmez³³². Ayrıca, zarar verme niyeti veya zarar esasının benimsenmesi halinde zarar oluşmamışsa hakkın kötüye kullanımından da bahsedilemeyecektir³³³. Bu bakımdan zarar verme niyeti bir koşul olarak aranmamalıdır. Kaldı ki, mülga Türk Kanunu Medenisi'ndeki düzenleme Alman sistemine benzemesine rağmen öğreti ve uygulamada yine de İsviçre yorumunun esas alındığı dile getirilmiştir³³⁴. Zaten TMK düzenlemesi ile de hem zarar verme niyeti hem de kusur unsurları artık hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı tespitinde aranmamakta³³⁵, böylece objektif unsura kayıldığı görülmektedir.

Diğer taraftan, *sosyal ve ekonomik amaç* görüşü aslında mantıklı, tatminkâr ve ikna edici bir görünüme sahiptir. Çünkü kanun koyucunun çıkardığı her kural sosyal ilişkileri

³³⁰ Feyzioğlu, s. 157-158; Edis, s. 329.

³³¹ Saymen, s. 293.

³³² Velidedeoğlu, s. 128; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 170; Talih Uyar, “Yargıtay Kararlarında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK 2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK 2/II)”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000, s. 442. Zararın yahut zarar tehlikesinin arandığı yönünde bkz. Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 296; Edis, s. 324.

³³³ Velidedeoğlu, s. 129.

³³⁴ İmre, s. 306. Çeviri hatası olduğuna ilişkin olarak bkz. Edis, s. 327.

³³⁵ Velidedeoğlu, s. 130; Edis, s. 327. Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 8. HD. 2015/16674 E. 2017/9905 K. 05.07.2017 T.; Yargıtay HGK 2011/4-410 E. 2011/511 K. 13.07.2011 T.

şeklen düzenlemeye yöneliktir. Ancak zaman ilerlemekte, hukuki ve sosyal ihtiyaçlar da sürekli değişim göstermektedir. Bu görüşe göre, hakkın *açıkça* kötüye kullanımına, *amaç dışı kullanım* da eklenmektedir. Bu nedenle de hak sahibinin kullanımının her hâlükârda kısıtlanması yerine, hakkın tesis edildiği amaç ve hakkın iç sınırları tartışmaya açılmaktadır. Böylece, sırf hakkın kötüye kullanımından doğan muhatabın uğradığı zararın giderilmesinin ötesine geçilerek kamunun menfaati de korunmuş olmaktadır. Bireyin menfaatlerinin korunmasını temin eden özel bir hak yanında tüm haklar, “*Başlangıç*” başlığıyla zikredilen bir bölümde yer alan ve hukukun genel ilkesi teşkil eden hakkın kötüye kullanılması yasağıyla kısıtlanmaktadır. Böylece, hakkın amacını temin etme bakımından hakkın fiilen kullanımı ile tesis edilen amaç çerçevesinde kullanımı hususunda oluşabilecek çatışma giderilmektedir. Bu bakımdan, hak kullanımında sosyal amacın belirlenmesi, hak sahibinin varsa menfaatini tespit etmekte işlevsel bir yaklaşımdır. Ancak bu yaklaşım, söz gelimi çelişkili davranış yasağında muhatabın korunmasını sağlayacak kadar nitelikli ve yeterli de değildir. Çünkü burada hak amaca uygun kullanılıyor olmakla birlikte, sosyal amacın tespiti dahi muhatabın korunmasını sağlamamaktadır³³⁶. Sosyal amaç görüşü de bu yetersizliği gözetilerek sırf bu nedenle eleştirilmelidir.

Hakkın kötüye kullanılmasında esas olarak sadece *hakkın kullanımında yasal ve meşru bir menfaatin bulunmaması hali*, sadece *ahlak kurallarına aykırılık hali* veya sadece *sosyal ve ekonomik amaca aykırılık halinin* aranması tek başına yetersiz kalmaktadır. Zira bu ölçütler de öznelleşmekte ve objektif bir esası sübjektif unsura tabi kılmaktadır. Kabuğu itibarıyla objektif yaklaşım, sübjektif bir içeriğe sahip olmakla etkisini yitirmektedir.

Kanuni düzenlemeye de pekâlâ uygun bir şekilde, hakkın kötüye kullanımını dürüstlük kuralı temelinde aramanın tek başına yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Dürüstlük kuralı tek başına hakkın iç sınırlarını belirlemekte, hakkın dış yansımalarını değerlendirmekte ve böylece somut olayı da gözetmektedir. Bu çerçevede dürüstlük kuralı anılan üç hali de kapsayan genel bir ölçüttür. Yukarıda zikredilen her görüş somut olaya

³³⁶ Özdemir, s. 73.

uyarlanmaya muhtaç iken, dürüstlük kuralı zaten somut olayın kendisini ifade etmekte, onun içinde yer almaktadır³³⁷. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde ifade ettiğimiz gibi ilkenin “dengeleme faktörü” boyutu, yani makullük ölçütü dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edilmektedir. Kanaatimizce objektif görüş esas alınmalı, dürüstlük kuralının kapsamı daraltılmadan makullük ölçütü uygulanarak, bir kişinin hukuki anlamda dürüst davranıp davranmadığı tespitinde asgari olarak objektif rol model gibi orta zekalı, makul ve dürüst davranması gerekliliğinin yanında kişisel özellikleri ve yetenekleri ölçüsünde sübjektif rol model niteliği de gözetilmelidir. Yargıtay da objektif yaklaşımı benimsemektedir³³⁸.

B- İLKENİN KAPSAMI

Hakkın kötüye kullanılmasının farklı hukuk sistemlerinde uygulaması incelendiğinde, aslında ilkenin unsurlarında bir fikir ittifakı bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Kısaca, hakkın kötüye kullanılması yasağı *yasal bir hakkın varlığını* kabul ederken, bu hakkın kötüye kullanılmasından bahisle *hak konusu menfaatin hukuk düzeni korunmayacağına* ilişkindir. Bunun yanında, hak sahibinin söz konusu davranış biçiminin de diğer taraf üzerinde *zarara* veya en azından *zarar tehlikesine* yol açması aranmaktadır³³⁹. Buradaki zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir³⁴⁰. Mahkemeler, hakkın kötüye kullanıldığına kanaat getirdiği takdirde, zarar gören taraf lehine tazminat kararı verebileceği gibi hak sahibinin hakkını kısıtlama şeklinde aynen ifaya dahi hükmedebilecektir. Bu çerçevede, hakkın kötüye kullanılmasında *hak*

³³⁷ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 293.

³³⁸ Yargıtay HGK 2004/6-50 E. 2004/38 K. 28.01.2004 T.

³³⁹ Zevkliler, s. 147; Altaş, **Şekil**, s. 163; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 296; Edis, s. 328. Zarar koşulunun aranmadığı yönünde bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Oğuzman/Barlas, s. 226, 262.

³⁴⁰ Reid, **Scots**, s. 131; Iluyomade, s. 75; *Cementownia S.A. v. Republic of Turkey*, **ICSID** Case No. ARB (AF)/06/2, 17 September 2009, Award, para. 171. Burada hakem heyeti tarafından hakkın kötüye kullanılması durumunda manevi tazminata hükmedilebileceği kabul edilmiştir.

kavramının ortaya konması, hakkın biçimsel sınırlarının belirlenmesi ve hakkın kötüye kullanılması kavramı altında ele alınan çeşitli hakların değerlendirilmesi gerekmektedir.

1- Hak Kavramı

a- Hakkın Kötüye Kullanılması Bakımından Hak

Hakkın kötüye kullanılması, bir hakkın var olduğunu varsaymaktadır³⁴¹. Hukuken sahip olunmayan bir hakkın bahsettiği sözde yetkinin kullanılması haksız bir davranış, hukuka aykırı bir fiil ve haliyle haksız fiil teşkil eder ve bu durumda ilkenin uygulanmayacağı aşikârdır. Öncelikle hak kavramının irdelenmesi gerekmektedir.

Hakkın tanımı ve kapsamı hakkında çok şey söylenmiştir. Bir yandan *Savigny*'nin yazılarından etkilenen *Windscheid*, bireyci bir hak algısını savunmuş ve iradenin üstünlüğünü vurgulamıştır³⁴². Bu görüşe göre hak, hak sahibinin mutlak ve sınırsız iradesinin alanı olarak kabul edilir. *Windscheid*, hakkın alanı içerisinde hak sahibinin iradesinin diğer tüm bireylerden üstün olduğunu ve iradesi halele uğratılırsa hak sahibinin devlete şikâyetle bulunabileceğini ifade etmiştir³⁴³. Bu yaklaşım *Hart*'ın ortaya koyduğu *irade teorisini* ifade etmektedir. *Hart*'a göre haklar, hak sahibine başka bir kişinin yükümlülükleri üzerinde ayrıcalıklı bir otorite bahsetmektedir³⁴⁴. Bu teori hak sahibinin serbest iradesi için en geniş alanı tanımlamakta ise de çok bireyci ve şekli bir yaklaşım olmasının yanında, sosyal amaçlar ile hakkın tesis edildiği amacı da dikkate

³⁴¹ Yiannopoulos, *Abuse*, s. 1195; Kiss, para. 2; Iluyomade, s. 48; İmre, s. 309; Zevkliler, s. 146; Oğuzman/Barlas, s. 138; Tekinay, s. 164; Altaş, *Medeni Hukuk*, s. 68; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 8. Baskı. İstanbul, Vedat, 2018, 282; Mehmet Ayan/ Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 13. Bs. Ankara, Adalet, 2020, s. 189.

³⁴² Bernhard Windscheid, "Lehrbuch Des Pandektenrechts", (1862), atf. Robilant, s. 670; Robert Alexy, "Individual Rights and Collective Goods", ed. Carlos Nino, *Rights*, New York, New York University Press, 1992, s. 164; Roscoe Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review*, 1911, Sayı 25, 140, s. 143.

³⁴³ Helge Dedek, "From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law", *McGill Law Journal*, 2010, Cilt 56 Sayı 1, 77-114, s. 99

³⁴⁴ Herbert L. Adolphus Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982, s. 181-182.

almamaktadır³⁴⁵. Bu şekilde bir yaklaşım, hak sahibinin iradesine sınırsız otorite tanıdığı için hakkın kötüye kullanılması ilkesine de yer bırakmamaktadır.

Diğer taraftan, hakların bu denli soyut bir şekilde ele alınmasının toplumsal gerçekliği ve kamu yararını göz ardı ettiğini vurgulayan *Jhering*, hakların kişisel menfaatleri ifade ettiğini belirtmektedir³⁴⁶. Bu yaklaşıma göre hak, kanunun belirli bir amacı sağlamak üzere ortaya koyduğu, hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaattir. Toplum tarafından tanınan ve hukuk düzenince korunan hak anlayışını benimseyen bu yaklaşım, *Bentham* ve *MacCormick* tarafından ifade edilen *menfaat teorisine* karşılık gelmektedir³⁴⁷. Menfaatlerin ihtiyatlı bir şekilde tanımlanamamasından bahisle bu teori eleştirilmesine³⁴⁸ rağmen, hakkın menfaat temelli anlaşılmasının bireyci ve soyut irade teorisini evrensel olarak sona erdirdiği dile getirilmiştir³⁴⁹. Menfaat teorisi, hak sahibinin bir menfaati yoksa veya menfaati kabul edilen amaca aykırı düşüyorsa böyle bir hakkın bulunmadığını savunmaktadır³⁵⁰.

Menfaat teorisi de tanımının çok geniş olması ve iradeyi göz ardı etmesi hususlarında eleştirilmiştir³⁵¹. Bu çerçevede günümüzde de artık karma görüş benimsenerek hak “*hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi tanıyan menfaat*” olarak tanımlanmıştır³⁵². Hakkın hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan bir menfaat olarak kabul edilmesinin, hak sahibinin hak kullanımını hakkın tesis edilme amacıyla sınırladığı da ifade edilmektedir³⁵³. Yine de menfaat teorisi sayesinde,

³⁴⁵ Tekinay, s. 164; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 94; Edis, s. 358; Eren, s. 47; Feyzioğlu, s. 153; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 294.

³⁴⁶ Alexy, s. 164. Ayrıca irade teorisinin yükümlülükleri, vazgeçilmez hakları ve çocuk haklarını açıklamakta yetersiz kaldığı yönünde bkz. George W. Rainbolt, **The Concept of Rights**, Hollanda, Springer, 2006, s. 34 vd.

³⁴⁷ Jeremy Bentham, “**Of Laws in General**”, ed. J. H. Burns/ H. L. A. Hart, **The Collected Works of Jeremy Bentham – An Introduction of the Principles of Morals and Legislation**, Tıpkı Baskı, ABD, Oxford University Press, 2005, s. 206; Neil MacCormick, “Rights in Legislation”, ed. P. M. S. Hacker/ J. Raz, **Law, Morality and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart**, Oxford, Oxford University Press, 1977, s. 189.

³⁴⁸ James Gordley, **The Jurists: A Critical History**, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 289.

³⁴⁹ David Lyons, “Rights, Claimants, and Beneficiaries”, **American Philosophical Quarterly**, 1969, Cilt 6 Sayı 3, 173-185, s. 173.

³⁵⁰ Iredell Jenkins, “Rudolf von Jhering”, **Vanderbilt Law Review**, 1960, Sayı 14, 169, s. 172.

³⁵¹ Oğuzman/Barlas, s. 138; Serozan, s. 196; Özsunay, s. 235; Zevkililer, s. 98.

³⁵² Dural/Sarı, s. 148; Altaş, **Medeni Hukuk**, 70; Özsunay, s. 235; Oğuzman/Barlas, s. 138.

³⁵³ Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1195.

hakkın temelini menfaatin oluşturduğundan bahisle ve toplumsal menfaatler ile kamu yararının bireysel menfaatlere üstün olduğundan hareketle, hakkın kötüye kullanılması ilkesi takdim edilerek kabul edilmeye başlanmıştır. *Pound*, bu aşamayı *hukukun topluma entegrasyonu* olarak ifade etmektedir³⁵⁴. Hukuk düzenleri mülkiyet hukuku anlamında hakkın sınırlanabileceğini böylece kabul etmiş, hakkın toplumsal düzene aykırı veya kötüye kullanımına yasaklar getirmiştir.

Aktarılan çerçevede hak teorisini, hukuk düzeni çerçevesinde korunan menfaatleri ancak belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere hak sahibine bahşettiği haklar şeklinde anlamak, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin özünü en iyi yansıtan tasvir olmaktadır³⁵⁵. *Cheng* de her hakkın ancak meşru menfaatlere hukuki koruma bahşettiğini, meşru bir menfaati olmayan veya başkalarına zarar verme amacı olan kullanımların hukuk düzeni tarafından korunmayacağını belirtmektedir³⁵⁶: *malitiis non est indulgendum*³⁵⁷.

b- Hukuki Fiil / Hakkın Yasal Sınırları İçerisinde İcrası

Hakkın kötüye kullanılması, söz konusu eylemin/davranışın tanınmış bir hakkın biçimsel sınırları içinde icra edildiğini varsayar. Özellikle hak bulunmaksızın gerçekleştirilen eylemler ile hakkın kapsamını aşan eylemler, hakkın kötüye kullanılması kavramı ile karıştırılmaktadır. Ancak bunlar hakkın kötüye kullanılması kapsamında değildir. Ayrıca, bir bireyin eyleminin bir hakkın resmi sınırlarından saptığı ve hakkın kapsamı dışında olduğu veya onu aştığı durumlarda, bu sadece aşkın bir eylemdir (*ultra vires*), ancak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez³⁵⁸. Aksine, hakkın kötüye

³⁵⁴ Pound, **End**, s. 226.

³⁵⁵ Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1195.

³⁵⁶ Cheng, s. 122; Cueto-Rua, s. 996.

³⁵⁷ “*Kötülüğe müsamaha gösterilemez.*”.

³⁵⁸ Cueto-Rua, s. 983; Walton, **Motive**, s. 505; Devine, s. 148.

kullanılması, bir hakkın şekli sınırları içinde yapılan ancak hakkın kullanıldığı koşullar göz önüne alındığında hukuki korumadan yararlanamayan bir eylemdir³⁵⁹.

Örneğin, birinin başkasının arazisi üzerinde geçit irtifakına *yaya olma* kısıtlamasıyla sahip olması ve irtifak hakkı sahibinin arabasını o taşınmaz üzerinde sürmeye karar vermesi bir hakkın kötüye kullanılması olmayıp hak kapsamını aşan ve kapsamın dışında kalan bir fiildir. Zira burada hak nitelikli bir şekilde tanımlanarak otomobil kullanma hakkını kapsamaz. Dolayısıyla bu türden davranış, sadece hakkın sınırlarını aşan fiil olmakla, ancak haksız müdahale gibi bir haksız fiildir. Bu şekilde bir geçit irtifakına sahip olmaksızın bitişikteki taşınmaza girmek de yine aynı şekilde hakkın kötüye kullanılması değildir. Aksine, hak sahibi hakkını biçimsel sınırları içinde olmakla birlikte makul olmayan bir şekilde veya hakkın verilmiş amacından başka bir amaçla kullanmışsa, bu durum kötüye kullanım teşkil edebilir. Yukarıdaki örnek üzerinden, hak sahibinin komşuları rahatsız veya taciz etmek dışında meşru veya ciddi bir sebebi olmaksızın sürekli olarak mülkün üzerinden geçmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir³⁶⁰.

Yukarıdaki ayırım, aşkın eylemler karşısında hakkın kötüye kullanılmasının uygulama kapsamının, söz konusu hakkın niteliğine ve hak üzerindeki sınırlamalara bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle genel hatlarıyla tanımlanan, soyut olarak bahsedilen ve *a priori*³⁶¹ kanuni veya yargısal niteliği olmayan haklar, kötüye kullanıma daha müsaittir. Bu türden haklarda hakkın kötüye kullanılması ilkesi, *a posteriori*³⁶² yargısal bir nitelik kazandırmaya yarayan bir araç görevi görmektedir. Öte yandan, hakkın kapsamı dışında kalan veya kapsamını aşan fiiller, daha detaylı tanımlanmış ve nitelendirilmiş haklarla ilgili görünmektedir³⁶³. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi özellikle hakların geniş bir şekilde tanımlandığı Kıta Avrupası hukuku sistemlerinde ve uluslararası hukukta daha belirgin bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ancak, Anglo-Sakson hukuku

³⁵⁹ Cueto-Rua, s. 983; İmre, s. 309; Zevkililer, s. 146; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 294.

³⁶⁰ Crabb, s. 11.

³⁶¹ Öncüllere bağlı olarak, kendiliğinden, olası.

³⁶² Sonradan, tümevarımsal.

³⁶³ Kazuaki Sono/ Yasuhiro Fujioka, "The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan", **Louisiana Law Review**, 1975, Cilt 35 Sayı 5, 1037, s. 1046-1047.

sistemlerinde hakların daha detaylı tanımlandığı, bu nedenle hakkın kötüye kullanılması ilkesinin gerekli olmadığı dahi dile getirilmektedir³⁶⁴. Böylece hakkın kötüye kullanılması kurumu, genel terimlerle tanımlanmış bir hakla ilgili olarak daha ayrıntılı kurallar veya nitelikler belirlenmesine olanak tanımaktadır³⁶⁵.

Bunun yanında, hiçbir hakkın sınırsız bir şekilde kullanılamayacağı, ancak haktan doğacak menfaatin elde edilmesine yönelik davranışın korunacağı ifade edilmektedir³⁶⁶. İncelenen çeşitli örneklerde özellikle vurgulandığı üzere, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların engellenmesi ancak hakkın korunmaması ile mümkündür. Bu çerçevede hakkın korunmasının sınırı hakkın kendisine değil, hak konusu menfaate işaret etmektedir. Kanun koyucunun hakka dair çizdiği soyut sınır, hak sahibinin menfaatinin karşı taraf üzerindeki etkisi göz önünde tutularak gerçek hakkın belirlenmesiyle somutlaşmaktadır. Yani hakkın hukuki sınırını *görünüştaki hak* değil, *gerçek hakka ilişkin menfaat* belirlemektedir³⁶⁷.

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için kural olarak bir hakka sahip olunması gerektiği hususu, öğretide ve yargı kararlarında sıklıkla vurgulanmaktadır³⁶⁸. Borç verenin sorumluluğu hakkındaki *State Bank of Commerce v. Demco* uyuşmazlığında³⁶⁹, kredi kuruluşu yetkilisi borçlu hakkında bir mektup yazarak üçüncü bir kişiye göndermiştir. Borçlu, mektubun işine ve itibarına zarar verdiği gerekçesiyle dava açmış ve tazminat istemiştir. Mahkeme, borç veren kurumun (Devlet Bankası) bu mektubu en başta gönderme yetkisinin bulunmadığını ve bu nedenle de hakkın kötüye

³⁶⁴ Catala/Weir, s. 237-238.

³⁶⁵ Sono/Fujioka, s. 1046-1047.

³⁶⁶ Ataay, s. 87.

³⁶⁷ İmre, s. 304.

³⁶⁸ Brabandere, s. 619-620; Petrova, s. 469; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1195; George A. Rosenberg, “The Notion of Good Faith in the Civil Law of Quebec”, **McGill Law Journal**, 1960, Sayı 7, 2, s. 21; *ConocoPhillips v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, Decision on Jurisdiction and Merits, para. 273; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, **UNCITRAL, PCA** Case No. 34877, 1 December 2008, Interim Award, para. 137.

³⁶⁹ *State Bank of Commerce v. Demco of Louisiana*, 483 So. 2d 1119 (La. App. 5th Cir. 1986).

kullanımını değerlendirmenin beyhude olduğu gerekçesiyle hakkın kötüye kullanımı ilkesini uygulamayı reddetmiştir.

c- Kötüye Kullanılmaya Elverişli Haklar

Farklı hukuk sistemlerinin incelenmesi hakkın kötüye kullanılmasının tarihsel bir perspektiften değerlendirilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede, öncelikle mülkiyet hukuku alanında karşımıza çıkan hakkın kötüye kullanılması ilkesinin alan ve kapsamı tüm hukuki konuları kapsayacak şekilde genişlemiş ve herhangi bir hakkın kötüye kullanılmasını sınırlayan genel bir ilkeye dönüşmüştür³⁷⁰.

Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması ilkesi kapsamına hem maddi³⁷¹ hem de usule ilişkin haklar³⁷² dahildir. Burada özellikle kanun yoluna başvuru hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı sorusunu içeren Hollanda mahkemelerinde görülen bir davaya dikkat çekmek gerekir³⁷³. Bu davada, kocanın ayrılık kararına karşı kanun yoluna ciddi bir menfaati bulunmaksızın sadece karısına zarar vermek amacıyla başvurduğu iddia edilmiş ve kocanın avukatının kadının itirazda bulunmasını engellemek amacıyla dilekçesini özellikle geç tebliğ ettirdiği ileri sürülmüştür. Hollanda düzenlemeleri uyarınca kocanın temyizine izin verilirse kadının nafakadan mahrum kalacağı gözetilerek, mahkeme tarafından kanun yoluna başvuru hakkının amacına aykırı bir şekilde ve meşru bir menfaat bulunmaksızın kullanıldığı tespit edilmiştir.

Diğer yandan, hakkın kötüye kullanılması kavramı, her davada aranan ve dava şartı teşkil eden hukuki yarar (HMK madde 114) kavramıyla da ilişkilidir³⁷⁴. Bu çerçevede, davalılar tarafından hakkın kötüye kullanılması savunması ileri sürülmesi üzerine

³⁷⁰ Walton, **Motive**, s. 505; Byers, s. 392; Catala/Weir, s. 222-225; Cueto-Rua, s. 967; Kavak, s. 61; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 168; *Hero Lands Co. v. Texaco, Inc.*, 310 So. 2d 93, 99 (La. 1975). Her hakkın kötüye kullanıma müsait olmadığını ifade eden Sızmaçoğlu, s. 81; Dural/Sarı, s. 256.

³⁷¹ Redmann, s. 964; Japon hukukunda sözleşmesel uyuşmazlıklarda hakkın kötüye kullanılması uygulaması hakkında bkz. Sono/Fujioka, s. 1044 vd.; *Sanborn v. Oceanic Contractors, Inc.*, 448 So. 2d 91 (La. 1984).

³⁷² Walton, **Motive**, s. 508; Bolgar, s. 1033; Byers, s. 392; Catala/Weir, s. 225; Cueto-Rua, s. 967; Fransız ve Quebec hukuku hakkında bkz. Mayrand, s. 999; Hollanda hukuku hakkında bkz. Brunner, s. 743 vd.

³⁷³ Brunner, s. 743.

³⁷⁴ Hukuki yarar kavramı hakkında bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usul**, s. 947; Postacıoğlu/Altay, s. 210; Tanrıöver, s. 471; Hanağası, s. 136.

mahkeme tarafından davanın reddine karar verilebilmektedir³⁷⁵. Yargıtay, hakkın kötüye kullanılması kavramının hukuki yararla ilgisi bulunduğunu kabul etmesine rağmen, tartışmalı bir şekilde bunu bir dava şartı olarak değil, itiraz sebebi olarak görmektedir³⁷⁶. Kanımızca, Yargıtay burada usule de müteallik hakkın kötüye kullanılması ilkesini maddi hukuka ilişkin bir itiraz sebebi olarak görmekle, bu kavramın hukuki yarar ile ilişkisini aslında göz ardı etmektedir. Yine de, ilkenin usuli haklarda da uygulandığında tereddüt bulunmamaktadır.

Böylece, tüm hakların kötüye kullanıma müsait olduğu ileri sürülmektedir³⁷⁷. Bu bağlamda, *Josserand*'ın bazı hakların mutlak hak teşkil ettiği şeklindeki kabulüne³⁷⁸ de karşı çıkmaktadır. *Josserand*'a göre mutlak haklar, kanunun bireye sınırsız bir şekilde kullanması için tanıdığı dokunulmaz haklardır ve toplum çıkarlarının bu hakların hiçbir kısıtlamaya tabi olmayan kullanımında yattığı göz önüne alındığında, mutlak haklar kötüye kullanıma açık değildir. Buna somut bir örnek olarak bir velinin, çocuğunun evliliğine rıza göstermeme hakkı verilebilir.

Burada da hemen belirtmek gerekir ki, kanuni ve hukuki kısıtlamalara tabi tutulmayan veya kötüye kullanıma açık olmayan bir dizi yasal hak tespit etmek zordur³⁷⁹. *Josserand*, bir velinin çocuğun evliliğine rıza göstermeme hakkının mutlak hakların somut ve açık bir örneği olduğunu açıkça belirtirken, *Josserand*'ın kendisi tarafından incelenen ve babanın oğlunun evliliğine rıza göstermemesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğinin tespit edildiği bir dava da dahil olmak üzere, bazı davalarda bu durumun aksine

³⁷⁵ Dürüstlük kuralının usul hukukunda da aynen geçerli olduğu ve tarafların usuli yetkilerini kullanırken buna uymaları gerektiği yönünde bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usul**, s. 912 vd.; Hanağası, s. 35, 58, 145.

³⁷⁶ Yargıtay HGK 2017/5-788 E. 2017/1711 K. 13.12.2017 T.; Yargıtay HGK 2010/19-559 E. 2010/5461 K. 03.11.2010 T.; Yargıtay HGK 2002/5-338 E. 2002/386 K. 08.05.2002 T.

³⁷⁷ Özellikle tahkime ilişkin haklarda bkz. ICC Case No 13209/DK/RCH, 25 November 2005, atf. Wilske, s. 207; *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award, para. 107; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL PCA Case No. 2012-12, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 404.

³⁷⁸ Gutteridge, s. 28.

³⁷⁹ Morris R. Cohen, "On Absolutisms in Legal Thought", **University of Pennsylvania Law Review**, 1936, Sayı 84, s. 681.

karar verilmiştir³⁸⁰. Buna göre, bazı hakların dokunulmazlığı ve mutlakiyeti görüşü içerik olarak zayıf görünmektedir.

O halde, mutlak hakların varlığını savunmak yerine, kapsamaları dikkatlice tanımlanmış, sınırlandırılmış ve nitelikli hakların kötüye kullanıma daha az yatkın olduğu ve bazı hakların sırf bu özellikleri nedeniyle hiçbir şekilde kötüye kullanılamadığını ileri sürmek daha tatmin edici gözükmemektedir.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesi, özel hukuka ilişkin haklarla sınırlı olmayıp kamu hukuku haklarının kötüye kullanılmasının önlenmesi için de aynı derecede geçerlidir³⁸¹. CRCICA nezdinde görülen bir tahkimde, idare hukuku ve idari sözleşmelerdeki haklar ele alınmıştır³⁸². Bu uyuşmazlıkta Asyalı bir şirketten matbaa kâğıdı temini için idari sözleşme yapılmış ve davacılar her sevkiyattan sonra azaltılmak üzere ürünlerin toplam değerinin %5'i kadar bir teminat mektubu vermekle yükümlü tutulmuştur. Sözleşmede yer almamasına rağmen davalı, daha sonra sevkiyatlardan birinin değerinin %20'si tutarında yeni bir teminat mektubu talep etmiştir. Davacılar da bunu davalıya sunmuştur. Asyalı davacı şirketin ülkesindeki iç savaş nedeniyle mücbir sebep meydana gelmiştir. Davalı, her iki teminat mektubunun da değerini talep etmiş, diğer sevkiyatların bedelini ödememiş ve yeni bir alım süreci başlatmıştır. Buna istinaden davacılar tahkime başvurmuştur. Mısır'da yapılan ve Mısır hukukunu uygulayan hakem heyeti, öncelikle, özel hukuka ilişkin veya idare hukukuna tabi tüm sözleşmelerde iyi niyet ilkesinin esas olduğunu kabul etmiştir. Davalının iyi niyet ilkesini ihlal ettiğini ve hakkını kötüye kullandığını belirtmiştir. Hakem heyeti bu sonuca varırken, Mısır İdare Mahkemelerinin (Danıştay)

³⁸⁰ Crabb, s. 16; Walton, **Motive**, s. 507-508.

³⁸¹ İmre, s. 289; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 163; Akyol, s. 4; Robert Patry, "Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler", çev. Haluk Burcuoğlu, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1990, Sayı 18, İstanbul, 1990, 15-25, s. 17.

³⁸² *Two African printing companies v. An African printing authority*, **CRCICA** Case No. 154/2000, 3 August 2000, Final Award, ed. M. E. I. Alam Eldin, **Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration II**, Hollanda, Kluwer Law International, 2003, s. 45-50.

idari sözleşmelerde idareye bahşedilen hakların idari makamlarca kötüye kullanılmasının uygulandığı ve böylece bu hakların sınırlandırıldığı çeşitli kararlarına dayanmıştır.

İlke, uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak da kabul edilmektedir ve uluslararası hukuk kapsamındaki hakların kötüye kullanılmasını sınırlamak için de kullanılmaktadır³⁸³. Buna örnek olarak yabancıları sınır dışı etme hakkı, devletin limanlarını dış ticarete kapatma hakkı, devletlerin takdir yetkisinin makul/orantılı olup olmadığı ve bir devletten diğerine akan nehir sularına müdahale veya bunların yönünü değiştirme meselesi gibi durumlar gösterilmektedir³⁸⁴.

Aynı şekilde ilke, mahkemelere/hakemlere bahşedilen hakların sınırlandırılmasında da geçerlidir. Örneğin ICSID, Bangladeş mahkemesinin bir ICC tahkimi üzerinde denetim yetkisini kullanarak hakem heyetinin yetkisinin kaldırıldığı bir uyuşmazlığın huzuruna gelmesi üzerine, Bangladeş mahkemesinin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını değerlendirmiştir. Dava konusu vakıaların incelenmesi akabinde ICSID hakem heyeti tarafından devlet mahkemelerinin özellikle görevi kötüye kullanma hallerinde tahkimin yargılama yetkisini sonlandırabileceği kabul edilmekle birlikte, bu hakkın amacı dışında kullanıldığı ve Bangladeş mahkemesi kararının yasal veya olgusal herhangi bir sağlam gerekçeden yoksun olduğu tespit edilmiştir. ICSID kararında Bangladeş mahkemesinin hakkını kötüye kullandığı da açıkça belirtilmiştir³⁸⁵.

Sonuç olarak, bazı hakların bugüne kadar hakkın kötüye kullanılması ilkesine tabi tutulmadığı kabul edilmekle birlikte, bu hakların zaten hali hazırda sınırlanmış olmasından bahisle kötüye kullanıma konu edilemeyeceği belirtilmelidir. Çünkü böyle hakların özü kısıtlanmıştır. Buna rağmen bu türden mutlak hakların kısıtlamalarına aykırılık halinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğini savunmak yerine, hakkın sınırlarını aşan fiil veya haksız fiil oluşturduğunu belirtmek gerekir³⁸⁶. Bunun yanında, TMK madde 2’de gösterilen genel kuralın yanında bazı düzenlemelerde hakkın kötüye kullanılmasının özel olarak düzenlendiği ve özel yaptırıma tabi tutulduğu da

³⁸³ Cheng, s. 123; Lauterpacht, **Function**, s. 104.

³⁸⁴ Lauterpacht, **Function**, s. 297-299.

³⁸⁵ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, **ICSID** Case No. ARB/05/7, 30 June 2009, Award, para. 149-161.

³⁸⁶ Cueto-Rua, s. 985-1003; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1180; Perillo, s. 47; Exnicios, s. 946 vd.

görülmektedir³⁸⁷. Diğer taraftan, kanımızca tüm haklar kural olarak kötüye kullanıma elverişlidir.

2- Hakkın Kötüye Kullanılmasında Ölçütler

Hakkın kötüye kullanılması için bir hakkın varlığının gerektiği bu şekilde ortaya konduktan sonra, bu ilkenin ancak *istisnai* olarak uygulanması, adeta bir acil durum seçeneği veya *last resort/ultima ratio* (son çare) olarak görülmesi gerekmektedir³⁸⁸. Somut uyuşmazlıkta hakkın kötüye kullanılması denetimi yapılmadan evvel, öncelikle özel düzenlemeler değerlendirilmelidir. Varsa özel düzenleme çerçevesinde ulaşılan sonuç adil ve hakkaniyetli ise zaten hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına gerek kalmaz. Diğer taraftan, adaletli bir sonuca ulaşılamamakta ise bu durumda hakkın kötüye kullanılması yasağına ikincil olarak başvurulmalıdır³⁸⁹. Böylece, objektif değerlendirme neticesinde kötüye kullanımın olduğu tespitinde hak konusu menfaat, hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanımı uygulamasında tereddüt bulunması halinde kötüye kullanımın tespit edilemeyeceği de belirtilmelidir. Zira pozitif düzenlemeye göre, hakkın kötüye kullanılması açıkça tespit edilmelidir³⁹⁰.

Haliyle nasıl bir kullanım, davranış veya eylemin açık kötüye kullanım oluşturduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Başka bir deyişle, yukarıda da karşılaştırmalı bir şekilde ele alındığı üzere, yargı makamları hakkın kötüye kullanımını tespit etmek için belirli ölçütlerin gerçekleşmesini aramaktadır. Bu bakımdan yargı makamları kendilerine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde³⁹¹, genellikle tek bir ölçütten faydalanmamakta ve çeşitli ölçütlerin sağlanıp sağlanmadığını kontrol ederek, herhangi birinin sağlandığı durumda hakkın kötüye kullanımı yasağını uygulamaktadır. Böylece hak sahibinin hakkını kötüye kullanmasıyla amaçladığı varsa menfaati yargı tarafından kısıtlanmaktadır. Yargının bu yetkisini kullanırken objektif ölçütleri esas alması

³⁸⁷ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 307 vd.; TMK madde 190/1, TMK madde 206/3, TMK madde 348, TMK madde 483; TBK madde 34; TMK madde 73.

³⁸⁸ Edis, s. 330.

³⁸⁹ Akyol, s. 17

³⁹⁰ Feyzioğlu, s. 166; Zevkliler, s. 147; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187

³⁹¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187; Yargıtay 3. HD. 2012/22830 E. 2013/1102 K. 24.01.2013 T.

gerekmektedir. Yargıtay da zarar verme kastının aranmadığını vurgulayarak *dürüstlük kuralına aykırılık* ve bunun neticesinde *mağdurun zararını* esas almaktadır³⁹².

Görüldüğü üzere, ilkeye dair birtakım ölçütler öğreti ve uygulamada somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu somutlaştırma faaliyeti sayesinde, ilkenin yargı aşamasında işlevselleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, Serozan ve Oğuzman tarafından her olayın özgün olduğu, kendine has koşullar taşıdığı, bu nedenle somutlaştırma faaliyetinin hakkın kötüye kullanılmasının işlevselliğini azaltacağı belirtilmektedir³⁹³. Diğer taraftan *Giritlioğlu*, belirli ölçütlerin somutlaştırılması sayesinde keyfiliğin engelleneceğini, hukuki güvenliğin temin edileceğini, somutlaştırmanın hakkaniyete ulaşmaya yardımcı olacağını vurgulamaktadır³⁹⁴. Ayrıca, zaten uyumsuzluğun özellikleri³⁹⁵ gözetilerek belirli bir kategorizasyonun yapılmasının çözüme ulaşılmasını kolaylaştıracağı da ifade edilmektedir³⁹⁶.

Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin olarak burada yapılan somutlaştırma faaliyeti aslında hakkın kötüye kullanılması yasağını kısıtlamamakta, aksine emsal uyumsuzlukların çeşitli şekillerde kategorize edilerek ilkenin uygulamasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Şimdilik, burada benimsenen kategorizasyonun buraya kadar incelenenleri yansıtmadığı belirtilmelidir. Karşılaştırmalı hukukta benimsenen ölçütler yerine, hakkın kötüye kullanılmasına dair çeşitli göstergeler arasındaki karşılıklı ilişki ve çakışma neticesinde bazılarının gereksiz kaldığı gözetilerek, bu ölçütler incelenecek ve varsa herhangi bir kısıtlamanın tespiti yapılacaktır.

a- Hakkın Zarar Verme Niyetiyle Kullanılması

Hak sahibinin hakkını başka bir kişiye zarar verme amacıyla kullanması, hakkın kötüye kullanımı teşkil etmektedir. Bu şekilde bir kullanım, kötüye kullanımın klasik ve

³⁹² Yargıtay HGK 2011/11-59 E. 2011/271 K. 04.05.2011 T.; Yargıtay HGK 2011/4-410 E. 2011/511 K. 13.07.2011 T.; Yargıtay 12. HD. 2012/18690 E. 2012/25539 K. 10.09.2012 T.

³⁹³ Oğuzman, **Medeni Hukuk**, 169; Serozan, nakl. Giritlioğlu, s. 61.

³⁹⁴ Giritlioğlu, s. 61.

³⁹⁵ Feyzioğlu, s. 177.

³⁹⁶ Dural/Sarı, s. 243; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 316.

en açık yansımasıdır³⁹⁷. Zaten bu ölçüt, ilkeyi kabul eden çoğu hukuk düzeni tarafından da tasdik edilmektedir. Söz gelimi, hakkın kötüye kullanılması ilkesini dar anlamda ele alarak kısıtlayıcı bir yaklaşım sergileyen Almanya ve İtalya’da, ilkenin uygulaması hakların başka bir kişiye zarar verme niyeti ve amacıyla kullanılması durumuyla hali hazırda sınırlanmıştır³⁹⁸. Birden fazla niyet ve amaçla kullanılan haklar bakımından ise eğer hakkın kullanılmasındaki temel amaç/sebepe zarar vermek ise, kötüye kullanımın bu ölçüt uyarınca gerçekleştiği görüşü baskındır³⁹⁹.

Bu ölçüt subjektif olduğundan, ispat hukuku açısından sorunlu bir görünüm arz etmektedir. Zira, hakkın kötüye kullanılmasından kaynaklanan zararın tazminini talep eden ve haliyle zarar verme kastının varlığını kanıtlamak zorunda kalan kişi, hakkını kötüye kullanan kişinin geçirdiği ve zarar verme niyeti olarak dış dünyaya yansıyan psikolojik sürecin açık delilini mahkeme nezdinde ortaya koymak gibi esaslı bir ispat güçlüğüyle karşı karşıyadır⁴⁰⁰. Bu güçlük de hakkın kötüye kullanılması ilkesinin sağlayacağı menfaatleri ve ulaşmaya çalıştığı amaçları boşa çıkarabilir⁴⁰¹.

Zarar verme niyeti şeklindeki subjektif ölçüt, kötüye kullanım tespitini kesin bir şekilde sağlama avantajına sahiptir. Hakkın kötüye kullanımı teşkil eden ve etmeyen kullanımlar arasında dikkatli bir ayırım yapılmasına hizmet etmektedir. Böylece, zarar verme niyetinin ispatı, ilkenin sınırlandırılmasında teorik olarak kesin bir hukuki sınır şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan, bu yaklaşıma göre hak kullanımının değerlendirilmesinde kapsamlı bir *etik* anlayışının kuruma dahil edilmesi ve ayrıca psikolojik bir unsurun (niyetin) araştırılması ilkeyi etkisiz kılmaya da muktedirdir⁴⁰². Gerçekten öğretilde, bu ölçütün davacı tarafından kanıtlanmasının ve hakkını kötüye

³⁹⁷ Oğuzman/Barlas, s. 263; İmre, s. 314; Gönensay, s. 70; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181; Mayrand, s. 994, 1000; Crabb, s. 13; Almanya Medeni Kanunu madde 226; İtalya Medeni Kanunu madde 833; Avusturya Medeni Kanunu madde 1295/2; İspanya Medeni Kanunu madde 7; Cueto-Rua, s. 965.

³⁹⁸ Almanya Medeni Kanunu madde 226 ve İtalya Medeni Kanunu madde 833 düzenlemelerinde hak sahibinin zarar verme kastı aranmaktadır. Aynı yaklaşım Avusturya uygulamasında da benimsenmektedir. Voyame/Cottier/Rocha, s. 28 vd.; Giritlioğlu, s. 70.

³⁹⁹ İsviçre, Fransa, Louisiana ve Türk hukukunda bu önerme benimsenmektedir. Cueto-Rua, s. 981; Dural/Sarı, s. 210; Altaş, **Medeni Hukuk**, 298; Crabb, s. 13; Bolgar, s. 1033, 1036; *Trushinger v. Pak*, 513 So. 2d 1151, 1154 (La. 1987); *Ballaron v. Equitable Shipyards, Inc.* 521 So. 2d 481 (La. 1988).

⁴⁰⁰ *Catala/Weir*, s. 224; Edmeades, s. 137-138; Cueto-Rua, s. 988.

⁴⁰¹ Cueto-Rua, s. 995 dn. 92.

⁴⁰² Gutteridge, s. 26.

kullanan kişinin zarar verme kastının veya kötü niyetinin kendi kabul veya ikrarı dışında *bilimsel doğrulukla* ortaya konmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁴⁰³.

Bu zorluk, tarafların bir hakkın kötüye kullanıldığını iddia ettiği ancak hakemlerin zarar verme niyetinin kanıtlanmaması nedeniyle bir kötüye kullanım tespit etmediği uluslararası tahkimde de karşımıza çıkmaktadır⁴⁰⁴. *Saluka Investments v. Czech Republic* uyuşmazlığında⁴⁰⁵ davalı, davacının tahkim yargılamasını başlatırken kötü niyetli olduğunu, zira davacının amacının tahkim yargılaması sırasında meydana gelecek gecikmeden yararlanarak ve davalı devletin hukuki veya cezai süreçleri başlatmasını önlemek için zamanaşımının işlemlerini sağlamak olduğunu iddia etmiştir. Tahkim makamı tarafından böyle bir gizli saikin varlığının kötüye kullanım teşkil edebileceği belirtilmiştir. Ancak kötü niyete dair ispat vasıtaları getirilmediği için bu tür iddiaların dayanaksız olduğuna karar verilmiştir.

Tamamen sübjektif bir suistimal ölçütünün uygulanmasındaki zorluk, Alman mahkemelerinin kötüye kullanma ölçütü olarak açıkça zarar verme kastını benimseyen Alman Medeni Kanunu'nun 226. maddesine nadiren dayanmaları gerçeğiyle⁴⁰⁶ ve hatta bazılarının bu maddenin uygulanamaz olduğunu ifade ettiği⁴⁰⁷ çerçevede daha da belirginleşmektedir. Aksine mahkemeler, Kanun'un iyi niyeti ve ahlaka aykırılığı düzenleyen 242. ve 826. maddelerine dayanma eğilimindedir. Zira bu hükümler çerçevesinde nesnel bir kötüye kullanma testi yapılmakta ve kötü niyetin ispatı da aranmamaktadır⁴⁰⁸.

Öğretide, hakkın *meşru veya ciddi bir menfaat olmaksızın kullanılmasına* da kötüye kullanımın tespitinde tek başına bir ölçüt olarak başvurulabileceğinin belirtilmesi özellikle dikkat çekicidir⁴⁰⁹. Bunu çürütmeye çalışmamakla birlikte, 'meşru veya ciddi menfaat'

⁴⁰³ Catala/Weir, s. 224-225.

⁴⁰⁴ *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, **ICSID** Case No. ARB/84/1, 21 April 1986, Award, 3 **ICSID** Reports 13.

⁴⁰⁵ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, **UNCITRAL PCA**, 17 March 2006, Partial Award.

⁴⁰⁶ Zimmermann/Whittaker, s. 694.

⁴⁰⁷ Gutteridge, s. 37.

⁴⁰⁸ Zimmermann/Whittaker, s. 694; Cueto-Rua, s. 995; İmre, s. 305, Çelikbaş, s. 608; Arsebük, s. 104.

⁴⁰⁹ Cueto-Rua, s. 992; İmre, s. 314; Dural/Sarı, s. 210; İmre, s. 305, Çelikbaş, s. 608.; Arsebük, s. 104; Zevkililer, s. 144; Oğuzman/Barlas, s. 263; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 298.

ölçütünün, mahkemeler tarafından daha ziyade zarar verme kastının tespitinde kullanılan nesnel ve kesin bir *indicium*⁴¹⁰ teşkil ettiği belirtilmelidir⁴¹¹. Bu çerçevede, haklı olarak bir kişinin hak kullanımından herhangi bir menfaat sağlamadığının *objektif* bir şekilde tespitinin aslında kötü niyet *karinesi* teşkil ettiği ifade edilebilir⁴¹². Buna örnek olarak, komşuya zarar verecek nitelikte bir duvarın hiçbir menfaat bulunmadan inşa edilmesi, aynı evde oturan eşin diğer eşle hiç konuşmamasına rağmen boşanmaya karşı çıkması, eşlerden birinin başkasıyla uzun süredir birlikte yaşamasına rağmen boşanmaya karşı çıkması gibi durumlar verilmektedir⁴¹³. Bu çerçevede, böyle bir ispat vasıtası benimsemenin, zarar verme niyetinin aşırı öznel doğası sebebiyle kanıtlanmasına dair tereddütleri gideren bir sapma girişimi olduğu ileri sürülmektedir. Zarar verme kastının kanıtlanması güçlüğünden müddeinin kurtarılması, hak sahibinin hakkını kendisi için herhangi bir maddi veya şahsi menfaat elde etme amacı olmaksızın kullanması aslında saikin sadece başkasına zarar verme niyetini taşıdığını düşünmeyi haklı kılmaktadır. İspat hukuku bakımından kesin bir delil teşkil etmese de mahkemenin kanaatinin zarar verme niyetinin bulunduğu yönünde olmasına hizmet etmektedir⁴¹⁴.

Gerçekten, meşru/ciddi menfaat göstergesinin, mahkemeler tarafından kötü niyete dair bir kast *faraziyesi* olarak benimsendiği ve “*res ipsa loquitur*”⁴¹⁵ kapsamında bir ispat vasıtası olduğu söylenebilir. Bu sonuç, aynı şekilde, hak sahibinin ciddi veya meşru bir menfaatinin bulunmadığının gösterildiği ve zarar verme kastının böylece varsayıldığı mahkeme kararlarından da çıkarılabilir. Örneğin, doğal kaynak suyu sağlayan bitişik kaynaklara ilişkin Fransız *Saint Galmier* davasında⁴¹⁶ kaynaklardan birinin sahibinin, başka bir kişiye ait olan bitişikteki kaynaktan çıkan suyu büyük ölçüde azaltan bir pompayı kurup çalıştırması üzerine davacı mahkemeden, davalıya kurulu pompanın çalışmasını azaltma emri vermesini talep etmiştir. Davalının sadece hakkını kullandığını iddia etmesine rağmen mahkeme, hak sahibinin münhasıran bir başkasına zarar verme

⁴¹⁰ Endeks, ispat vasıtası, emare.

⁴¹¹ Knapp, s. 110; Scholtens, s. 43; Brunner, s. 739; Gutteridge, s. 32; Rosenberg, s. 21 vd.

⁴¹² Scholtens, s. 43; Amos, **Introduction**, s. 219.

⁴¹³ Oğuzman/Barlas, s. 263 vd.; İmre, s. 315; Altaş, **Medeni Hukuk**, 298; Yargıtay 2. HD. 2004/3467 E. 2004/4621 K. 12.04.2004 T.; Yargıtay 18. HD. 2004/759 E. 2004/1419 K. 01.03.2004 T.

⁴¹⁴ Catala/Weir, s. 224-225; İmre, s. 314.

⁴¹⁵ Aşikâr veya meşhur/maruf olan şey.

⁴¹⁶ Robilant, s. 69-70; Cueto-Rua, s. 965-966.

kastından ilham alması halinde hakkın kullanılamayacağını hükme bağlamıştır. Herhangi bir kötü niyet kanıtı bulunmamakla birlikte mahkeme, davalının fiilinden ciddi bir menfaat elde etmemiş olmasına dayanmıştır.

Bu durum aynı şekilde hak sahibinin söz konusu hakkı kullanmakta meşru veya ciddi bir menfaatinin bulunmadığının kanıtlanması halinde iyi niyetli olunmadığının addedildiği Türk hukuku bakımından da geçerlidir⁴¹⁷. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca da hak sahibinin ciddi veya meşru bir menfaati olmaksızın hakkını kullanması halinde hakkın kötüye kullanılması temelinde karar verilmektedir. Bu çerçevede, “meşru menfaat” ibaresine mahkeme kararlarında sıklıkla rastlanılmaktadır. Mahkemelerin menfaat testinden tek başına bir kötüye kullanım ölçütü olmaktan ziyade kötü niyet göstergesi olarak faydalandığı görülmektedir.

Anlatılan çerçevede, *zarar verme niyeti* ile *ciddi ve meşru menfaat* ölçütleri mutlaka aynı veya apayrı değildir, gerçekten pratikte de büyük ölçüde çakışmaktadır⁴¹⁸. Mahkemeler tarafından da öznel ve soyut niyetin ispatı aranmamakta ve ancak hakkın kullanımının zarar verme dışında bir niyetle açıklanamadığı durumlarda hakkın kötüye kullanıldığı tespit edilmektedir.

b- Hakkın Tesis Edildiği Amaç Dışında Kullanılması

Bu ölçüt, gerekçesi ve uygulaması zaman içinde farklılık gösterdiğinden somut bir öneme sahiptir. Toplumun ve/veya devletin çıkarlarını korumaktan uyuşmazlık taraflarının çakışan veya çatışan menfaatlerini dengelemedeki düzeltici işlevinin vurgulanmasına kadar gelen süreçte ölçütün değişimi, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin de dönüşümünü açıklamayı ve yansıtmayı sağlamaktadır.

19. yüzyılda hakların kötüye kullanılması kavramı, o zamanlar yaygın olan *bireyciliğin tahakküm edici mutlakiyetçiliğine* bir yanıt olarak Fransız hukukunda

⁴¹⁷ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 298; Giritlioğlu, s. 70; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 171; Kavak, s. 65; Akyol, s. 22; Feyzioğlu, s. 161; Saymen, s. 295; Edis, s. 333; Dural/Sarı, s. 244.

⁴¹⁸ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 296 vd.; İmre, s. 314; Dural/Sarı, s. 210.

etkiliydi⁴¹⁹. Bu bireyci mutlakiyet şiddetle saldırıya uğrayarak, hakların mutlak olmadığı ileri sürülmüş ve hakların ancak belirli bir amaca ulaşmak için bir kişiye bahşedildiği, amacın göz ardı edilmesinin hak kullanımının suistimali olduğu belirtilmiştir⁴²⁰. Bu bağlamda, bir hakkın kasıtlı veya kasıtsız olarak kötüye kullanılması halinin, hakkın nihai amacına ve işlevine aykırı düştüğü⁴²¹ ifade edilmiştir. Böylece, hakların amaç ve işlevlerine uygun olarak kullanılması gerektiğini ileri süren *işlevsel ve teleolojik bir hak yaklaşımı* ortaya çıkmıştır. Buna göre, bu ölçüt çerçevesinde haklar bir boşlukta veya durağan durumda soyut bir karaktere sahip olmayıp, hak sahibine belirli bir sosyal amaç için verilirler ve hakkın kullanılması yalnızca bu öngörülen amacı gerçekleştirmeye yönelik olabilir⁴²². Hak sahibi hakkın asıl amacından saparsa, uyumsuzluk konusu vakıalar göz önüne alınarak bu türden bir davranışın kötüye kullanım teşkil ettiği sonucuna varılabilir⁴²³.

İlaveten, bu ölçüte göre haklar sadece hak sahibinin yararını sağlamaktan ibaret değildir. Daha da önemlisi, haklar toplumsal yarara yönelik belirli amaçların tatmini için bireylere bahşedilmektedir⁴²⁴. Sosyolojik bir boyutu bulunan bu ölçüt, bireylerin şahsi çıkarları yerine toplumun çıkarlarının üstün tutulduğunu göstermektedir. Bu amaçla, hakkın kötüye kullanılması kavramı bu ölçüt özelinde tanımlanırken, toplumsal anlayıştan açıkça ilham aldığı ve bir hakkın ancak toplumsal ihtiyaç ve menfaatlerle ilgili düşünülmesi gerektiği, hakların toplum düzeyinde ele alınarak işlevlerinin ne olduğunun buna göre belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu çerçevede, hakkın nitelik ve işlevine aykırı bir amaç için kullanıldığı hallerin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği ve

⁴¹⁹ András Sajó, **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Hollanda, Eleven International Publishing, 2006, s. 29. Fransız devriminden sonra bireyin menfaati toplum menfaatine üstün tutularak, birey üstün varlık kabul edilmişti. Böylece hak sahipleri, haklarını kullanımlarından doğan tüm zararlardan bağışktı.

⁴²⁰ Greaves, s. 443-444.

⁴²¹ Louis Jossierand, “De l’*esprit des droits et de leur Relativité: Théorie dite des l’Abus des Droits*”, (2d ed. 1925), atf. Gordley, s. 36; Yargıtay HGK 2017/5-788 E. 2017/1711 K. 13.12.2017 T.; Yargıtay HGK 2010/19-559 E. 2010/5461 K. 03.11.2010 T.; Yargıtay HGK 2002/5-338 E. 2002/386 K. 08.05.2002 T.

⁴²² Güriz, s. 69; Gönensay, s. 69; Çobanoğlu, s. 120; Feyzioğlu, s. 152.

⁴²³ Walton, **Motive**, s. 501; Cueto-Rua, s. 1001; *Prest v. Petrodel Resources Ltd.*, [2013] 2 A.C. 415, 17; *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, 1970 I.C.J. 39, 5 February 1970, Judgment, 56; *Travelers Indemnity Co. v. Hunt*, 371 So. 2d 342 (La. Ap. 4th Cir.), 374 So. 2d 657 (1979), 343-344; Yargıtay HGK 2017/5-788 E. 2017/1711 K. ve 13.12.2017 T.

⁴²⁴ Bolgar, s. 1018; Gutteridge, s. 27-28.

bunun da sorumluluk doğurduğu belirtilmektedir⁴²⁵. Hakkın kötüye kullanılmasının toplumsal boyutuna yapılan bu vurgu, örneğin, medeni hakların ancak sosyal ve ekonomik amaçlarına uygun kullanıldığı takdirde hukuk düzeni tarafından korunacağını belirten 1923 tarihli Sovyet Anayasası'nın önsözünde de açıkça yer almaktadır⁴²⁶.

Bu yaklaşımın, günümüz ekonomik ve/veya siyasi ortamıyla tartışmalı bir şekilde uzlaşmayabilecek aşırı sosyalist bir hak anlayışı teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Zira, bir hakkın toplumsal amacını ve işlevini betimlemek kolay bir iş değildir. Bu zorluk, bazı hukuk sistemlerinin bir kötüye kullanma ölçütü olarak hakkın amacını tamamen göz ardı etmiş olması gerçeğiyle de doğrulanmaktadır. Fransız hukukunda hakların toplumsal işlevinin bir kötüye kullanım ölçütü oluşturduğu⁴²⁷ baskın görüş olsa da artık durumun böyle olmadığı görülmektedir. *Josserand* tarafından geliştirilen sosyal amaç görüşünün reddedildiği, sosyal amacın kanun koyucu tarafından dahi net bir şekilde ortaya konmuş olmadığı ortamda bu ölçütün mahkemeler tarafından ele alınmasının zor bir mesele olduğu ve mahkemelerin de bu ölçüte başvurmaktan kaçındığı sıklıkla dile getirilmektedir⁴²⁸. Yargı, kanun koyucu değildir ve kanunilik ilkesi gereği yorum kabiliyeti sınırlıdır⁴²⁹.

Bu yaklaşım, sosyal amaç göstergesini tanımlamanın zor olduğunu öne süren bazı önde gelen akademisyenler tarafından da benimsenmektedir. *Gutteridge* sosyal ve ekonomik amaçlarının belirlenmesinin hâkimin takdirine bırakan bir hukuki düzenlemenin *ciddi itirazlara* gebe olduğunu, politik önyargıların da düzenlemenin yorumunu kaçınılmaz olarak etkileyeceğini, hâkimin de bu tür durumlar hakkında karar vermek zorunda bırakılamayacağını ifade etmiştir⁴³⁰.

Ayrıca, bu göstergenin toplumsal unsurunun kavranması zor olduğu gibi bu unsur hukuki bir açıklamadan da yoksundur. Gerçekten bu ölçütte, hakkın toplumsal anlayışa aykırı bir şekilde kullanımının neden hukuka aykırı görüldüğüne dair bir açıklama da

⁴²⁵ Crabb, s. 18 vd.; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 305.

⁴²⁶ Greaves, s. 454; Byers, s. 393.

⁴²⁷ Cueto-Rua, s. 1001-1002.

⁴²⁸ Reid, **Scots**, s. 137; Greaves, s. 464; Cueto-Rua, s. 1001-1002.

⁴²⁹ Osman Gökhan Antalya, **Hukuk Metodolojisi C 2**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 281.

⁴³⁰ Gutteridge, s. 42.

getirilememektedir⁴³¹. Bu endişelere rağmen, hakkın amacı ölçütü bazı hukuk sistemlerinde hâlâ yürürlüktedir. Örneğin Yunan hukukunda⁴³², Arjantin hukukunda⁴³³, Belçika hukukunda⁴³⁴ karşımıza çıkmaktadır. Son olarak bu ölçüt, hakların kötüye kullanılmasının açık bir uygulaması olarak, genellikle hakların verilme amacından başka bir amaç için kullanılmasına atıfta bulunan Louisiana içtihadı tarafından da desteklenmektedir⁴³⁵.

Sahiden, bu ölçütü uygularken bazı mahkemeler pratik bir bakış açısıyla, özellikle Louisiana mahkemelerince verilen kararlarda görüleceği üzere, hakkın sosyal ve/veya ekonomik amacının ayrıntılı bir analizine girmeden ve buna atıfta bulunmadan, sadece hakkın genel amacının değerlendirilmesiyle yetinmekte ve büyük ölçüde söz konusu eylemin makullüğüne odaklanmaktadır. Örneğin, sözleşmesel hakların ve kanun yoluna başvurma hakkının ele alındığı *Travellers Indemnity Co. v. Hunt* uyuşmazlığında⁴³⁶ mahkeme, sözleşmesel bir hakkın sosyal veya ekonomik amacını ele almak yerine hakkın tanınma amacını ve kime, ne şekilde menfaat sağladığını değerlendirmiştir. Neticeten, hakkın kötüye kullanılmadığı sonucuna varılmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, mahkeme toplumsal menfaatleri ele almadan, hakların kullanımında doğrudan karşılıklı menfaatleri incelemiştir. Bu yaklaşım da başlangıçta toplumsal menfaatleri korumaya yönelik bir araç olarak algılanan bu ölçütün uygulanmasında artık tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesine odaklanıldığını göstermektedir⁴³⁷.

Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co. uyuşmazlığı⁴³⁸ da yukarıdaki tespiti benzer şekilde teyit etmektedir. Kiraya verenin alt kira sözleşmesi

⁴³¹ Cheng, s. 131. Herkesin hakkını dilediği gibi kullanabileceği yönünde bkz. Arsebük, s. 103.

⁴³² Yunan Medeni Kanunu madde 281, çev. *Alexandros Kefalas and Others v. Elliniko Dimosio (Greek State) and Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*., Case C-367/96, (1998) ECR I-02843, para. 12.

⁴³³ Arjantin Medeni Kanunu madde 1071, atf. Cueto-Rua, s. 997.

⁴³⁴ Michelangelo Temmerman, “The Legal Notion of Abuse of Patent Rights”, **NCCR Trade Regulation Working Paper**, 2011, Sayı 2011/23, s. 6.

⁴³⁵ *Trushinger v. Pak*, 513 So. 2d 1151, 1154 (La. 1987); *Ballaron v. Equitable Shipyards, Inc.* 521 So. 2d 481 (La. 1988); *Ouachita National Bank in Monroe v. Palowsky*, 554 So. 2d 108 (La. 1989); *Addison v. Williams*, 546 So. 2d 220 (La. 1989); *Fidelity Bank and Trust Co. v. Hammons*, 540 So. 2d 461 (La. 1989); *210 Baronne St. Ltd. Partnership v. First Nat'l Bank of Commerce*, 543 So. 2d 502, 507 (La. App. 4th Cir.), 546 So. 2d 1219 (1989).

⁴³⁶ *Travelers Indemnity Co. v. Hunt*, 371 So. 2d 342 (La. App. 4th Cir.), writ denied, 374 So. 2d 657 (1979).

⁴³⁷ *Armstrong/LaMaster*, s. 18.

⁴³⁸ *Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co.*, 368 So. 2d 1009 (La. 1979).

yapılmasına rıza göstermemesine rağmen kiracının alt kira sözleşmesi yaparak kira sözleşmesini ihlal ettiği iddiasıyla açılan bu davada, kiraya verenin sözleşmesel hakkını kötüye kullandığı kiracı tarafından iddia edilmiştir. Mahkeme, hakkın amacını kötüye kullanma ölçütü olarak kabul etmiş ancak hakkın tanınma amacının ortaya konamadığını belirtmiştir. Bu karar, hakkın amacına ilişkin titiz bir analiz yapılmadığını ve hakkın amacı ölçütüne ilişkin algı ve anlayışın toplumun çıkarlarına değil, bireylerin menfaatlerine yönelik olduğunu ortaya koymaktadır. Bu çıkarım, sözleşmesel hakkın tesis edilmesindeki amaç hakkında hiçbir delil bulunmaması hususunun, mahkemenin hakkın amacı dışında kullanılmadığı tespitinde tek dayanak olmasıyla teyit edilmektedir.

Aynı şekilde, *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products* davasında⁴³⁹ Kanada mahkemesi, bir sözleşmenin taraflarca öngörülen amaçlar dışında kullanılmasının hakkı kötüye kullanma oluşturduğuna karar vermiştir. Burada, üreticinin acentesi ile akdettiği münhasır dağıtım sözleşmesini yalnızca kendisi için kazanç elde etmek amacıyla sonlandırması nedeniyle kötüye kullanım tespit edilmiştir. Bu karar, yukarıdaki şekilde, mahkemelerin toplumsal menfaatleri inceleme konusu etmeksizin tarafların bireysel menfaatlerine odaklanma eğiliminde olduğunu teyit etmektedir. Mahkeme, sözleşmenin amacına karar verirken tarafların ortak niyetini esas almıştır.

Açıklama ve örnekler sayesinde ilkenin tezahürlerinin, hakların toplumsal amaçlarına odaklanmak yerine genellikle bireylerin menfaatlerini dengelemekle ilgili olduğu görülmektedir. Bu durum, hakkın kötüye kullanılması kavramının özel çıkarlar dengesini simgeleyen doktrinsel bir ifade olduğunun ileri sürüldüğü Fransız hukukundaki görüşün de açık bir yansımasıdır⁴⁴⁰.

Bunlarla birlikte, ‘hakkın amacı’ ölçütüne, CJEU tarafından AB hukukuna dair meselelerde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için düzenli olarak başvurulduğunun da belirtilmesi gerekir. CJEU, hakkın kötüye kullanılması ilkesini AB hukukunun genel bir ilkesi olarak kabul etmektedir⁴⁴¹. *Emsland-Stärke GmbH v.*

⁴³⁹ *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1973] C.S. 220.

⁴⁴⁰ Devine, s. 158.

⁴⁴¹ Lenaerts, s. 1138; *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, CJEU, 5 July 2007, Case C-321/05, [2007] ECR I-5795, para. 38.

Hauptzollamt Hamburg-Jonas uyuşmazlığında⁴⁴², bir Alman şirketi yalnızca başka bir mevzuatta öngörülen ihracat iadesinden yararlanmak amacıyla malları İsviçre'ye nakletmiş ve akabinde Alman firma malları Almanya'ya iade etmiş, yine de ihracat iadesini talep etmiştir. CJEU, bu davranışın hakkın kötüye kullanılması olduğunu kabul etmiş ve hakkın kötüye kullanıldığı tespitinin öncelikle, Topluluk kuralları tarafından belirlenen koşullara resmi olarak uyulmasına rağmen bu kuralların amacına ulaşmadığı nesnel koşulların bir kombinasyonunu gerektirdiğini belirtmiştir.

Bu ölçütün aslında bir hakkın kullanımını hakkın sosyal ve ekonomik amacı ile ilişkilendirmek, ilkeye toplumsal bir boyut kazandırmak ve birey menfaatleri ile toplum menfaatlerinin karşılıkları olarak değerlendirmek amacıyla benimsendiği ileri sürülmektedir⁴⁴³. Bununla birlikte, pratik zorluğu da gözetilerek, bu ölçütün uygulanmasının artık mutlaka sosyal veya ekonomik bir unsurun değerlendirmesini zorunlu kılmadığı, daha çok hakkın hukuki amacı (sözleşme taraflarının ortak niyeti veya sözleşmenin amacı gibi)⁴⁴⁴ ile uyuşmazlık taraflarının menfaatleri incelenerek hakkın kullanılmasının makul olup olmadığını belirlemek için uygulandığı görülmektedir.

c- Hakkın Makul Olmayan Kullanımı ve Dengeleme Faktörü

Herkesin haklarını dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde makul kullanması gerekmektedir⁴⁴⁵. *Makul*den anlaşılması gereken, dürüstlük kuralı uyarınca herkesin uyması gereken genel ve objektif bir davranış biçimidir. Toplumdaki orta zekalı, dürüst, makul ve karşılıklı güven esaslarına uygun davranış ve eylem esas alınarak, karşı tarafın haklı beklentilerinin göz önünde tutulduğu objektif bir rol model gibi hareket edilmesi

⁴⁴² *Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, CJEU, 14 December 2000, Case C-110/99, [2000] ECR I-1569.

⁴⁴³ Velidedeoğlu, s. 333; Altaş, **Medeni Hukuk**, 305; Yargıtay 22. HD. 2013/21437 E. 2013/26781 K. 26.11.2013 T.

⁴⁴⁴ Ascensio, s. 780; Dural/Sarı, s. 251; Giritlioğlu, s. 6; *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award, para. 142; Yael R. Borman, "Treaty Shopping Through Corporate Restructuring of Investments: Legitimate Corporate Planning or Abuse of Rights?", **Hague Yearbook of International Law**, 2011, Cilt 24, Hollanda, Brill Nijhoff, 359-389, s. 368 vd.

⁴⁴⁵ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 259; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 164.

aranmaktadır⁴⁴⁶. Diğer taraftan, hak sahibinin varsa kişisel özellikleri ve yetenekleri de göz önünde tutularak, subjektif rol modelin de davranış biçimi gözetilmelidir⁴⁴⁷. Bu esas çerçevesinde hakların kullanımı, hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi tutulmaktadır⁴⁴⁸. Hak sahibinin hakkını çok küçük seviyede ciddi veya meşru menfaatle kullandığı⁴⁴⁹ veya hakkın kullanılmasıyla sağlanan menfaatler ile verilen zarar arasında eşitsizlik olduğu⁴⁵⁰ haller hakkın makul kullanılmadığı anlamına gelmektedir⁴⁵¹.

Belirli bir menfaatin makullük düzeyinin araştırılması, ilgili diğer tüm menfaatlerin ihtiyatlı bir şekilde değerlendirilmesini ve söz konusu hak kullanımının kötüye kullanım teşkil edip etmediğini belirlemek için bunları dengelemeyi gerektirdiğinden, “*dengeleyici faktör*” terimi bu ölçütü aslında tam olarak ifade etmektedir. Bu ölçüt, uyumsuzluk taraflarının genellikle çatışan menfaatlerinin ele alındığı ve devletin veya karar vericinin korunmaya en çok değer verdiği menfaati seçmek için bir denge kurması gerektiğini öne süren, haklara ilişkin “menfaat teorisi” ve “karma görüş” ile de uyumludur⁴⁵².

Dengeleyici faktöre göre, makullük ile aşırı bireyselleşmenin zıtlık içerdiği varsayılmaktadır. Aynı veya benzer koşullarda hareket eden makul bir kişinin, hakkını kullanmasının başka bir kişiye ciddi zararlar verebileceğini öngörmesi veya bunun kendisinden beklendiği haller, makullük ve duyarlılık hak sahibinin hakkını bu şekilde kullanmaktan kaçınmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁵³. Doğabilecek zararların tasavvur

⁴⁴⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 167; Zevkliler, s. 134; İmre, s. 287; Oğuzman/Barlas, s. 235; Altaş, **Şekil**, s. 162; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 263; Arslan, s. 23; Yargıtay 14. HD. 2003/9226 E. 2004/3433 K. 27.04.2004 T.; Yargıtay 13. HD. 2010/5956 E. 2010/13831 K. 25.10.2010 T.

⁴⁴⁷ Altaş, **Medeni Hukuk**, 266.

⁴⁴⁸ Oğuzman/Barlas, s. 252; Altaş, **Medeni Hukuk**, 260; Dural/Sarı, s. 197; Yargıtay 23. HD. 2013/4067 E. 2013/4529 K. 28.06.2013 T.

⁴⁴⁹ Oğuzman/Barlas, s. 264; Altaş, **Medeni Hukuk**, 299; Gutteridge, s. 32; *Karaha Bodas Co. v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004): “*Karşı tarafa zarar veren bir eylemin hak sahibinin hiçbir meşru menfaati bulunmaması çerçevesinde makul olmayan şekilde kullanılması hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eder.*”.

⁴⁵⁰ Edmeades, s. 138; Weinrib, s. 112-115; Perillo, s. 47; hakkın kötüye kullanılmasında niyet veya saikin değil karşı tarafın zarara uğrayan menfaatlerinin daha önemli olduğu hakkında Lauterpacht, **Function**, s. 303-304; Kiss, s. Para. 4; **CJEU**, 23 March 2000, Case C-373/97, *Diamantis* [2000] ECR I-1705, para. 43.

⁴⁵¹ Edis, s. 335; Dural/Sarı, s. 245; Zevkliler, s. 147; Altaş, **Medeni Hukuk**, 302; Oğuzman/Barlas, s. 262; Antalya/Topuz, s. 562; Yargıtay 12. HD. 2012/18690 E. 2012/25539 K. 10.09.2012 T.

⁴⁵² A. Javier Trevino, **Classic Writings in Law and Society**, 2. Baskı, Abingdon, Routledge, 2017, s. 89-90.

⁴⁵³ Reid, **Scots**, s. 137.

edilmesine rağmen, çok düşük düzeydeki menfaat uğruna makullüğe meydan okuyarak hakkın kullanılması hali kötüye kullanım teşkil etmektedir⁴⁵⁴. Bu kapsamda, makullük ölçütünün uygulanmasında hakkın kullanımı özellikle “makul adam” kurgusunda ele alınmaktadır⁴⁵⁵.

Hakkın tanımı olarak hukuken tanınan ve korunan kişisel menfaatler benimsenmiş olmakla, uyumsuzluk tarafları arasında adil bir dengenin aranması ve sürdürülmesi için hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasında dengeleme faktörünün tercih edilmesi önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuk çerçevesinde dahi, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile hak sahibinin menfaatlerini diğer akit tarafının meşru menfaatleri ile uyumlu hale getirecek şekilde hakka sınırlama getirildiği, böylece tarafların çıkarları arasında uygun bir denge sağlandığı ve hakkın da adil bir şekilde sınırlandırıldığı, bir tarafın bu sınırı aşmasının iyi niyete aykırı düştüğü, hakkın kötüye kullanılması ve yükümlülük ihlali teşkil ettiği belirtilmektedir⁴⁵⁶.

Makullük ölçütünün etkililiği şu gerçeklerle ortaya konabilir: **(i)** Başka ölçütlerin tercih edilmesi halinde mutlaka kapsamayabilecek bazı hak suistimali uygulamalarını içermektedir, **(ii)** farklı hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır, **(iii)** karşılaştırmalı hukukta ele alınan diğer ölçütleri de kapsamaktadır, **(iv)** nesnel bir standart öngörmektedir, **(v)** genel bir hukuk ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında tahkimde de yaygın olarak kullanılmaktadır.

aa- Geniş kapsam

Mahkemeler, kusur bulunmamasına veya ispatlanmamasına rağmen hakkın kötüye kullanıldığını tespit edebilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, hak sahibinin kusuru olmamasına rağmen, bir hakkın kullanılması nedeniyle bir bireye verilen zararın ağırlığı göz önüne alınarak, mahkemeler hakkın kötüye kullanılması ilkesini bu tür davalara

⁴⁵⁴ Sono/Fujioka, s. 1037; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, 172; Uyar, s. 442; Edis, s. 339; İmre, s. 314.

⁴⁵⁵ Far, s. 131; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1182. Buradaki “makul adam” kurgusu objektif ve sübjektif rol modelin birlikte ele alınması gereğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Altaş, **Medeni Hukuk**, 303. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 2004/6-50 E. 2004/38 K. 28.01.2004 T.; Oğuzman/Barlas, s. 265; Özsunay, s. 326; Zevkliler, s. 147; Özdemir, s. 82.

⁴⁵⁶ Cheng, s. 129.

genişletmektedir. Bazı davalarda hak sahibinin kusuru olmamasına rağmen mağdurun zararının giderilmesine karar verilmektedir⁴⁵⁷.

Fransa Yüksek Mahkemesi de bu kadar kapsamlı bir kötüye kullanım yasağı uygulamasını açıkça benimseyen bir karar vermiştir⁴⁵⁸. Bu davada bir bina inşaatının komşuya zarar vermesine istinaden zararın tazmini talep edilmiş, ilk derece mahkemesi tarafından kusur bulunmamasına istinaden hakkın kötüye kullanılmasına dayanılarak tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak Fransa Yüksek Mahkemesi, komşuların uğrayabileceği normal veya makul zarar sınırı aşıldığı için hak sahibinin sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.

Her ne kadar hakkın kötüye kullanılması ilkesi özellikle ve öncelikle eşya hukuku alanında mülkiyet hakkı bakımından karşımıza çıkmakta ise de öğretilde bunun yalnızca başlangıç noktası olduğu, ilkenin kapsamının kusursuz halleri dahi kapsadığı kabul edilmektedir⁴⁵⁹. Örneğin, şeriat hukukunda bile bu görüş korunmakta olup hak sahibinin niyetinin önemli olmadığı ve ilkenin bir hakkın kullanılması neticesinde meydana gelen zararların ağırlığı ile ilgili olduğu ifade edilmektedir⁴⁶⁰.

İlkenin bu şekilde genişleyen kapsamına oldukça ihtiyatlı bir şekilde başvurulması gerekirken kötüye kullanıma ilişkin diğer tüm ölçütlerin burada varılan sonucu haklı çıkarmakta yetersiz olduğu ifade edilebilir. Hak sahibinin kusuru dahi yoksa zarar verme niyetinin bulunduğu, hakkın amacından sapıldığı veya hakkın kötü niyetli bir şekilde kullanıldığı nasıl ispatlanacaktır? İşte tam olarak bu noktada makullük ölçütü sayesinde

⁴⁵⁷ Velidedeoğlu, s. 129; Edis, s. 327; Akyol, s. 58; Mayrand, s. 1000-1002; Crabb, s. 19-20; Reid, **Scots**, s. 131; Yargıtay 8. HD. 2015/16674 E. 2017/9905 K. 05.07.2017 T.; Yargıtay HGK 2011/4-410 E. 2011/511 K. 13.07.2011 T.

⁴⁵⁸ *Epoux Vullion v. Société immobilière Vernet- Christophe Subsequent Developments*, JCP 1971. 2. 16781, çev. Tony Weir.

⁴⁵⁹ Mayrand, s. 1000-1002.

⁴⁶⁰ Nabil Saleh, "The Role of Intention (Niyya) Under Saudi Arabian Hanbali Law", **Arab Law Quarterly**, 2009, Cilt 23 Sayı 4, 469-475, s. 471.

mahkemeler, hakkın kötüye kullanılması yasağından hiçbir kusurun söz konusu olmadığı davalarda dahi faydalanabilmektedir⁴⁶¹.

Ayrıca, bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması, mahkemeler tarafından yalnızca mevcut bir hakkın veya yükümlülüğün sertliğini düzeltmek (hakkın kötüye kullanılması ilkesinin düzeltici işlevi) yerine, sözleşmeye dayalı yeni bir hak/yükümlülük oluşturmak için kullanılabilir. Böyle hallerde, ilkenin en geniş kapsamına ulaştığı, kalkandan çok kılıç görevi üstlendiği dahi belirtilebilir. Örneğin Kanada’da görülen *Posluns v. Enterprises Lormil Inc.* uyuşmazlığında⁴⁶², kiracının kiralanan mülkü sınırlı bir yiyecek listesi sunmak için kullanma hakkına sahip olduğu bir kira sözleşmesi akdedilmiştir. Kiraya veren daha sonra aynı alışveriş merkezinde listelenen yiyeceklerden bazılarını sunan rakip bir restoran açmaya karar vermiştir. Kira bedelinin ödenmesine ilişkin davada, kira sözleşmesinde münhasırlığa ilişkin hüküm bulunmamasına rağmen kiracı, münhasırlık hükmünün taraflar arasında zımnen kabul edildiğini ve bu nedenle kiraya verenin hakkını kötüye kullandığını *başarılı* bir şekilde ileri sürmüştür.

Bu bakımdan, dengeleme faktörünün bu düzeltici işlevi dahi kapsadığı iddia edilebilir. Hakkın zarar verme niyetiyle kullanılması ölçütünün kullanıldığı ve hatta bunun ispatlandığı hallerde bile hakkın kötüye kullanılması ilkesi zararın telafisi için yeni bir sözleşmesel hak tanınmasını veya bunun ima edilmiş olmasını dahi haklı çıkarmaz. Ayrıca, tek başına sözleşmenin amacından sapılmış olması da *Posluns* uyuşmazlığında da tesis edilmiş kararı temellendirecek nitelikte değildir. Zira, taraflar sözleşmede münhasırlık hükmü benimsememişlerse böyle bir hükmün yokluğunun da ileri sürülmesinin sözleşmesel hakkın amacından sapmadığını, aksine ona bağlı kaldığını

⁴⁶¹ *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, **UNCITRAL Ad-hoc**, 4 May 1999, Final Award, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, s. 11; *Patuha Power Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, **Mealey’s Int’l Arb. Rep.** 1999, Sayı 14, B-1, B-44. Burada hakem heyeti davacıların kötü niyetli hareket etmediği kanaatine varmış olmasına rağmen, makullük ölçütünü kullanarak hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmiştir.

⁴⁶² Jukier, s. 235.

varsaymak daha mantıklı gözükmektedir. Haliyle kararda dengeleme faktörüne dayanıldığı sonucuna varılması kaçınılmazdır.

bb- Yaygın etki

Makullük ölçütünün ulusal hukuk sistemlerinde geniş bir şekilde benimsenmiş olduğu⁴⁶³ ve hatta AB hukukunun bir parçası olarak ve uluslararası hukukta CJEU tarafından da eşit şekilde onaylandığı⁴⁶⁴ belirtilmektedir. Bu önerme, Hollanda ve Quebec'te benimsenen yaklaşımla da tutarlıdır. Hollanda Medeni Kanunu'nun 13/2. maddesi, hakkın kötüye kullanılmasının, hak sahibinin sağlamayı amaçladığı menfaatler ile bundan kaynaklanan zarar arasındaki orantısızlık gözetilerek hak sahibinin hakkını makul bir şekilde kullanmadığı durumlarda oluştuğunu ifade etmektedir⁴⁶⁵. Benzer şekilde, Quebec Medeni Kanunu'nun 7. maddesine göre hakkın makul olmayan bir şekilde kullanılması hakkın kötüye kullanımı teşkil etmektedir⁴⁶⁶.

Bu *orantılılık testi* tam olarak dengeleme faktörünün yoğunlaştığı noktadır. Çünkü bu ölçüte göre kötüye kullanım, esnek olmayan veya katı bir yorumla değil, davaya eşlik eden vakıaların dikkatli bir şekilde incelenmesi ve birbiriyle çatışan tüm menfaatlerin dengelenmesiyle tanımlanmaktadır⁴⁶⁷.

Diğer hukuk sistemlerinde, hakkın kötüye kullanılması kapsamında dengeleme faktörüne açıkça atıfta bulunulmamaktadır. Yukarıda incelenenler de dahil olmak üzere çeşitli hukuk düzenlerinin karşılaştırmalı bir analizi neticesinde, dengeleme faktörünün etkili bir kötüye kullanım ölçütü teşkil ettiği, ilkenin gerekçesine tatmin edici bir açıklama getirdiği ve hatta diğer tüm ölçütlerin özünü oluşturduğu söylenebilir. Hakkın kötüye

⁴⁶³ Bolgar, s. 1027-1028; Brunner, s. 731; Betül Tiryaki, "The Legal Results of the Abuse of Rights in Case of Contradiction to the Formal Rules of Contracts", **Ankara Bar Review**, 2008, Cilt 1 Sayı 1, 30-37, s. 36; Nicholae Gradinaru, "Abuse of Rights", **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, 2012, Cilt 4 Sayı 2, 1010-1015, s. 1011.

⁴⁶⁴ Cheng, s. 129; Ascensio, s. 764-765; CJEU, 23 March 2000, Case C-373/97, Diamantis [2000] ECR I-1705, para. 43.

⁴⁶⁵ Hollanda Medeni Kanunu madde 13.2, çev. Byers, s. 395; Hollanda Yüksek Mahkemesi *Kuipers v. De Jongh*, H.R. April 17, 1970, N.J. 1971, no. 89, çev. Brunner, s. 739.

⁴⁶⁶ Quebec Medeni Kanunu madde 7, çev. Byers, s. 395.

⁴⁶⁷ İmre, s. 301; Edis, s. 337; Greaves, s. 441; Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1182; *Higgins Oil & Fuel Co. v. Guaranty Oil Co.*, 145 La. 233, 82 So. 206 (1919), 211.

kullanılması ilkesinin yasa koyucular ve yargı yoluyla tüm hukuk sistemlerine yayıldığı, bu ilke sayesinde adalet duygusunun ve makul olma fikrinin pekiştirildiği, aksi halde adaletin kanunlarla çelişeceği söylenebilir⁴⁶⁸ (“*summum jus, summa injuria*”⁴⁶⁹). O halde, hakkın kötüye kullanıldığının tespitinde söz konusu davranışın makul olma derecesi, hak sahibinin menfaati ile diğer kişilerin çatışan menfaatleri arasındaki dengeye bağlıdır. Kötüye kullanım için hangi ölçütün kullanıldığı önem arz etmeksizin, kötüye kullanımın tespit edildiği tüm durumlarda aslında mahkemelerin çatışan menfaatleri ele aldığı ve hakkın kullanımına karşı çıkan taraf(lar)ın menfaatlerini korunmaya değer bulduğu görülmektedir. Böylece, dengeleme faktörü makullük unsuru çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasının temelini teşkil etmektedir.

Arjantin’deki bir uyuşmazlıkta mahkeme, bir hak kullanımının makul olmaması veya diğer kişiye daha büyük zarar vermesi durumunda, söz konusu hak kullanımının yargısal olarak kısıtlanabileceğini ve hatta engellenebileceğini açıkça ifade etmiştir⁴⁷⁰. Bu uyuşmazlıkta alıcı bir binadaki bitişik iki daireyi, daireler arasındaki kimsenin mülkiyetinde olmayan ancak diğer tüm maliklerin kullanımına açık koridorun bir kısmının kendisi tarafından özel bir şekilde kullanabileceğini ifade eden satıcının bu taahhüdü üzerine satın almıştır. Ancak satış evrakında, bu şekildeki tahsise dair hiçbir ibareye yer verilmemiştir. Mülkiyetin devri akabinde alıcı koridorun bir kısmını kendisine göre değiştirmiş, bunun üzerine diğer kat malikleri koridoru kullanma haklarının kısıtlandığı gerekçesiyle alıcıya karşı dava açmıştır. Mahkeme tarafından diğer maliklerin koridorun tamamını kullanma hakkına sahip olduğu kabul edilmiş, ancak alıcının aksine diğer maliklerin koridorun kullanımında ciddi bir menfaatleri olmadığı belirtilerek dava reddedilmiştir⁴⁷¹.

Almanya’da da hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlenmesinde mahkemelerin makullük ölçütünden faydalandığı ifade edilmektedir. *Makul adam testi*

⁴⁶⁸ Mayrand, s. 1012-1013.

⁴⁶⁹ Bkz. dn. 20.

⁴⁷⁰ *Diario La Ley*, 22 October 1974, Case No. 71031, çev. Cueto-Rua, s. 993.

⁴⁷¹ Burada mahkeme tarafından, koridor birleştirerek aynı durumu yaratan başka bir malike karşı diğer maliklerin hiçbir dava açmadığı hususu da gözetilmiştir.

hakkın kötüye kullanılmasının tespitinde ve engellenmesinde hâkimler tarafından bir araç olarak kullanılmaktadır⁴⁷².

Aynı şekilde, Louisiana hukukunda hakkın kötüye kullanıldığının iddia edilmesi halinde çatışan menfaatlerin dikkatli bir şekilde dengelenmesi gerektiği ifade edilmekte, burada da tarafların gösterdiği ölçüte bakılmaksızın mahkemeler tarafından dengeleme faktörünün işlevselleştirildiği görülmektedir⁴⁷³. Diğer ölçütlerin tespiti halinde dahi, söz gelimi tespit edilen kötü niyetin veya hakkın amacına aykırılık halinin de makullük unsuru çerçevesinde bulunduğu ifade edilmektedir. Çeşitli kararlarda başka ölçütlere dayanılmakla birlikte, kararların birçoğunda diğer ölçütlerin tespiti için veya diğer ölçütler neticesinde doğan durumu ifade etmek amacıyla *makullük* ifadesine çoğu zaman yer verilmektedir.

Belçika hukukunda hakkın kötüye kullanılması ilkesi daha geniş kapsamlı iyi niyet ilkesi kapsamında tanınmakta⁴⁷⁴ ve kötüye kullanım ölçütü olarak makullük ve çatışan menfaatlerin dengelenmesi aranmaktadır⁴⁷⁵. Belçika mahkemeleri hakkın kötüye kullanılmasını, hakkın basiretli bir kişi tarafından faydalanılmayacağı şekilde ileri sürülmesi olarak tanımlamaktadır. Belçika Yüksek Mahkemesi de suistimali, genellikle taraflar arasındaki menfaatlerin eşit olmadığı durumda hakkın makul bir menfaat olmaksızın kullanıldığının anlaşılması halinde tespit etmektedir⁴⁷⁶.

Kanada Yüksek Mahkemesi de Quebec hukukunun uygulandığı bir uyumsuzlukta⁴⁷⁷ çeşitli içtihatlardaki farklı kötüye kullanım ölçütlerini etraflı bir şekilde değerlendirmiştir. Sözleşmesel bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde iyi niyetin yokluğu veya zarar verme niyetinin yegâne ölçütler olmaması gerektiği, Quebec hukukuna göre bu

⁴⁷² Bkz. dn. 162.

⁴⁷³ *State Ex Rel. Bailey v. City of W. Monroe*, 418 So. 2d 570 (La. 1982). *Travelers Indemnity Co. v. Hunt*, 371 So. 2d 342 (La. App. 4th Cir.), 374 So. 2d 657 (1979), 343-344; *McCastle v. Rollins Envtl. Serv.*, 456 So. 2d. 612, 618 (La. 1984); *Equipements Select Inc. v. Banque Nationale du Canada*, Sup. Ct. Québec, No. 20005003613820, 18 November 1986, çev. *Banque Nationale du Canada v. Houle*, [1990] 3 S.C.R. 122, 41.

⁴⁷⁴ Belçika Medeni Kanunu madde 1134.3, çev. Temmerman, s. 6.

⁴⁷⁵ Zimmermann/Whittaker, s. 521.

⁴⁷⁶ Temmerman, s. 7.

⁴⁷⁷ *Banque Nationale du Canada v. Houle*, [1990] 3 S.C.R. 122, 3-4.

kadar katı standartların geçerli olmadığına artık tartışma konusu dahi edilemeyeceği belirtilmiştir. Kötüye kullanım sebebiyle sorumluluğun doğması için hakkın *makul* şekilde kullanılmasına ilişkin olarak objektif bir standart olan basiretli ve makul bir kişinin hak kullanımının esas alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Güney Afrika'da kötü niyetin varlığı, meşru ve ciddi saik veya hakkın kullanımından doğan zararlar da göz önüne alınarak hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmek için kullanılan ölçütün *makullük* olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁸.

Türk hukukunda da dengeleme faktörü alenen kabul edilmektedir: “... öte yandan, yargı organları, çıkarlar dengesini ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlüdür.”⁴⁷⁹.

Dengeleme faktöründen aynı şekilde Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde de faydalanılmaktadır⁴⁸⁰. İngiltere’de görülen *Jameel v. Dow Jones* uyuşmazlığında tesis edilen karar bunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu uyuşmazlıkta sadece beş kişinin eriştiği ve iftira niteliğinde olduğu iddia edilen bir internet makalesiyle ilgili olarak dava açılmıştır. Mahkeme, kişinin AIHS kapsamında ifade özgürlüğü hakkı ile kişinin itibarının korunması arasında bir dengeleme yaklaşımı benimseyerek makullük ölçütünü kesin bir şekilde uygulamıştır. Söz konusu yayının neden olduğu çok düşük zarardan hareketle dava mantıksız ve orantısız bulunmuş, böylece usulün kötüye kullanıldığı tespit edilmiştir⁴⁸¹.

cc- Kapsayıcılık

Dengeleme unsurunun sadece hakkın kötüye kullanılmasının temelini göstermekle kalmadığı, *diğer ölçütleri de kapsayacak kadar geniş olduğu* ileri sürülmektedir. Gerçekten, dengeleme unsuru sayesinde hakkın kullanılmasının makul olup olmadığının

⁴⁷⁸ Reid, *Scots*, s. 151; *Gien v. Gien*, 1979 (2) SA 1121 (South Africa).

⁴⁷⁹ Edis, s. 335; Dural/Sarı, s. 245; Akyol, s. 25; Yargıtay HGK 2010/19-559 E. 2010/546 K. 03.11.2010 T.

⁴⁸⁰ *Attorney General v. Barker*, [2000], 1 F.L.R. 759,

⁴⁸¹ *Jameel v. Dow Jones and Co. Inc.* [2005] EWCA Civ 75, [2005] QB 946.

belirlenmesinde diğer ölçütler de yardımcı belirtiler olarak zorunlu olgusal unsurlar haline gelmektedir⁴⁸².

Bir hakkın zarar verme kastıyla kullanılmasına ilişkin olarak, bunun açık bir şekilde ve doğrudan makul olmayan kullanım kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Bir hakkın kullanılması, sağlanan menfaatler ile verilen zarar arasında eşitsizlik olduğunda kötüye kullanım teşkil ediyorsa, sadece zarar verme amacıyla hakkın kullanıldığı durumlarda ne meşru ne de ciddi bir menfaat sağlanmadığı göz önüne alınarak hakkın kötüye kullanılması *evleviyetle* tespit edilmektedir⁴⁸³. Diğer taraftan hakkın kötüye kullanıldığını saptamak için, çatışan menfaatlerin de *bağlamsal analizi* yapılmalıdır. Hak sahibinin hiçbir meşru veya ciddi menfaatinin bulunmadığı durumlarda bu tür bir analiz gerekli değildir. Ancak hakkın verilen zarardan daha ağır bastığı iddia edilen hayali veya düşük düzeydeki bir menfaat bahanesiyle kullanıldığı durumlarda, böyle bir analizin yapılması zaruridir.

Bu kapsamda, farklı niyetlerin bir arada söz konusu olduğu uyumsuzluklar, mahkemelerin dengeleme faktörünü benimsemesi durumunda zorlayıcı görünmemektedir. Bir hak sahibinin, ekonomik bir avantaj elde etmek gibi bazıları meşru veya ciddi olan birden fazla saikle hareket ettiği durumlarda (*Clément-Bayard* uyumsuzluğunda olduğu gibi⁴⁸⁴), dengeleme faaliyeti sayesinde karar vericiler söz konusu davanın tüm ayrıntılarını inceleyip hakkın kullanımındaki saikleri tespit ederek kullanımın makul olup olmadığına karar verecektir. *Clément-Bayard* kararında da belirtildiği üzere, hak sahibinin kazanımını azami seviyeye çıkarmak amacıyla *Clément-Bayard*'ın zararına olacak şekilde ve zararın doğabileceğini öngörmesine rağmen, hakkını kullanırken bu tür zararları kabul ettiği gerekçesiyle kötüye kullanım tespit edilmiştir. Burada mahkeme tarafından meşru bir saikin varlığı kabul edilmiştir. Doğrudan başkasına zarar verme amacıyla hareket edilmiyor olmasına rağmen, dolaylı olarak dengeleme

⁴⁸² Ascensio, s. 780-781.

⁴⁸³ Walton, **Motive**, s. 502; Cueto-Rua, s. 995-996; Reid, **Scots**, s. 151; *Milward v. Glaser* (1949) 4 SA 931.

⁴⁸⁴ Bkz. dn. 82 vd.

faktörü benimsenmiş ve çatışan menfaatlerin analizi neticesinde saikin meşru olmadığı ve hakkın kullanımının da makul olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ayrıca, bir hakkın öngörüldüğü amaç dışında kullanılması da aynı şekilde dengeleme faktörünün kapsamına girmekte ve mahkemelerin kötüye kullanımı tespit etmelerine yardımcı olacak bir gösterge teşkil etmektedir. Zira bir davranışın makullüğünün ölçülmesi, zorunlu olarak, hakkın kullanım amacının ve bunun başkalarını nasıl etkilediğinin araştırılmasını gerektirmektedir⁴⁸⁵. Japonya Yüksek Mahkemesi'nin emsal teşkil eden *Mitamura v. Suzuki* uyuşmazlığındaki kararı⁴⁸⁶, dengeleme faktörü ile kullanımı dava konusu edilen hakkın sosyal amacı arasındaki karşılıklı ilişkiyi açıkça göstermektedir. Japonya Yüksek Mahkemesi kararında, her hakkın ancak hakim olan toplumsal bilinç ışığında makul olarak değerlendirilebilecek şekilde kullanılabileceğini, hak sahibinin davranışı toplumsal makullük arz etmiyorsa ve böylece başkasına verilen zarar kabul edilemeyecek seviyedeysen, artık söz konusu davranış hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği için kişinin bu davranışı nedeniyle sorumlu tutulacağını ifade etmiştir⁴⁸⁷. Aynı şekilde, Kanada Yüksek Mahkemesi de makullük ölçütünün, bir sözleşmenin taraflarca öngörülen amaçlar dışında kullanılması da dahil olmak üzere bir dizi durumu kapsayabileceğini kararlarında açıkça kabul etmektedir⁴⁸⁸.

Dolayısıyla, makullük düzeyini ölçmek için diğer ölçütlerin olgusal unsur olarak ele alınmasını gerektirdiği de göz önünde bulundurulduğunda, hakkın kötüye kullanılması kavramının makullük çerçevesinde açıklanması aslında tüm ölçütleri etkili bir şekilde içermektedir. İlkeyi uluslararası hukuk çerçevesinde ele alan *Cheng* tarafından da hakların ancak makul bir şekilde kullanılabileceği, bir hakkın makul ve iyi niyetli kullanımının sadece hakkın koruduğu çerçevede olabileceği, bir başkasının meşru menfaatlerinin haksız bir zarara yol açacak şekilde olamayacağı ifade edilmektedir. Yani hak ile yükümlülüğü ayıran ve böylece her iki tarafın haklarını sınırlayan çizgi, söz konusu menfaat çatışmaları arasında makul bir denge kurulduğu noktada çekilmektedir. Bu

⁴⁸⁵ Crabb, s. 22.

⁴⁸⁶ Byers, s. 393.

⁴⁸⁷ Sono/Fujioka, s. 1037.

⁴⁸⁸ *Banque Nationale du Canada v. Houle*, [1990] 3 S.C.R. 122, 57.

çizginin aşılması yükümlülüğün ihlali ve haliyle hakkın kötüye kullanımı teşkil etmekte, bu da söz konusu davranışı hukuka aykırı kılmaktadır⁴⁸⁹.

Dengeleme faktörünün bir kötüye kullanım ölçütü olarak benimsenmesi, karar vericilerin hak sahibinin hakkını **(i)** zarar verme kastıyla, **(ii)** meşru ve ciddi menfaatleri olmaksızın veya **(iii)** hakkın tesis edildiği amaca aykırı kullanıp kullanmadığını değerlendirmesini sağlamaktadır. Bu nedenle, diğer tüm ölçütlerin de alt faktörlerini, belirtilerini içerdiği ve bu unsurların makullük derecesini ölçmek amacıyla bunlardan olgusal unsurlar olarak faydalandığı için, dengeleme faktörünün hakkın kötüye kullanılması tespitinde tek ve esas kriter olduğu ileri sürülmektedir.

dd- Nesnellik

Dengeleme faktörü sayesinde karar vericiler, hak sahibinin niyetini anlamak ve örtülü iradesini ortaya çıkarmak için içsel inancında bitmek bilmeyen hukuki arayıştan ziyade, kişinin dış davranışlarının ve uyumsuzluğun ayrıntılarının incelenmesini sağlayan nesnel bir teste kavuşmaktadır⁴⁹⁰. Hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici işlevi, kanunun katılığını gidermek için kötüye kullanımın mutlaka hak sahibinin ruh haline değil, menfaatlerini ortaya çıkaran davranışına ve bunların çatışan diğer menfaatlere bağlı olması gerektiği önermesini daha da güçlendirmektedir⁴⁹¹. Çünkü önemli olan hak sahibinin iradesi veya niyeti değil, eylemlerinin sonuçlarıdır. Bu durumda, tazminata veya eski hale getirmeye hükmedilmesi ya da geleceğe yönelik ihtiyati tedbir gibi tazmin türünün belirlenmesine dair sorunların giderilmesi için de çatışan menfaatlerin dengelenmesi gerekmektedir⁴⁹².

“Dengeleme faktörü” ölçütü, yargı makamlarına geniş bir takdir yetkisi bahşediyor olmakla iki ucu keskin bir kılıç olarak görülebilir. Ancak, böyle bir takdir yetkisinin hakkın kötüye kullanılması gibi bir ilke için vazgeçilmez olduğu ileri sürülmektedir.

⁴⁸⁹ Cheng, s. 131-132.

⁴⁹⁰ Richard O’Sullivan, “Abuse of Rights”, **Current Legal Problems**, 1955, Cilt 8 Sayı 1, 61-73, s. 66; Walton, **Responsibility**, s. 87-89.

⁴⁹¹ Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1197

⁴⁹² *Higgins Oil & Fuel Co. v. Guaranty Oil Co.*, 145 La. 233, 82 So. 206 (1919), 211.

İlkenin varlığı dayanağını pozitif hukukun sertliğini hafifletmek için düzeltici bir araç işlevinde⁴⁹³ bulmakla, bu işlev öncelikle karar vericilerin takdir yetkisine dayanmaktadır⁴⁹⁴.

Dengeleme faktörünün mahkemeler ve hakemler tarafından genellikle açık veya zımnen kullanıldığı kabul edilmekle beraber, bu dengeleme faaliyetinin nasıl gerçekleştirileceğine ve söz konusu çatışan çıkarların nasıl belirleneceğine dair bir kılavuz bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yargı makamlarının izlemesi gereken katı veya kalıplaşmış bir yol ortaya koymak da zaten amaçlanmamaktadır. Burada, hukukun katılığını ve sertliğini iyileştirmeye çalışan bir ilkenin uygulamasının, söz konusu uyuşmazlığın özellikleri göz önüne alınarak karar vericinin kullanabileceği esnek bir araç olarak bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁹⁵. Hak kullanımının kötüye kullanıma dönüştüğü noktanın tespiti soyut bir hukuk kuralıyla değil, yargı makamlarının her bir davada gerçekleştirdikleri hakka sınır çizme faaliyetiyle sağlanmaktadır⁴⁹⁶. Kötüye kullanımın tespitinde yargı makamlarının menfaatler arası çatışmanın gerçek olup olmadığını da değerlendirmesi gerekli olup çatışan menfaatlerin dengelenmesi zorunlu olarak sahte gözükse de gerçek menfaat çatışmalarına bağlıdır⁴⁹⁷.

O halde yargı makamları öncelikle söz konusu davranışın herhangi bir meşru menfaat olmaksızın, yani sadece başkasına zarar vermek amacıyla yapılıp yapılmadığını incelemelidir. Hak sahibinin zarar vermekten başka bir amacının olmadığı ispatlanırsa kötüye kullanım zaten oluşmuştur ve konunun daha fazla araştırılmasına veya üzerinde durulmasına gerek yoktur. Bu durumlarda, zarara uğratma amaçlı hukuka aykırı menfaatin

⁴⁹³ İmre, s. 308; Serozan, s. 166; Antalya/Topuz, s. 505.

⁴⁹⁴ Edis, s. 338; Serozan, s. 284; Akyol, s. 77; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 326; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 169; Dural/Sarı, s. 243; Feyzioğlu, s. 177.

⁴⁹⁵ Özdemir, s. 76; *Mobil Corp., v. Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 177, 184; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, **ICSID** Case No. ARB/11/17, 9 January 2015, Award, para. 186; *Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama*, **ICSID** Case No. ARB/12/28, 2 June 2016, Award, para. 118.

⁴⁹⁶ Lauterpacht, **Development**, s. 162; Serozan, s. 284; İmre, s. 308; Antalya/Topuz, s. 505; Edis, s. 330.

⁴⁹⁷ Burada, gerçek menfaat çatışmasının uyuşmazlığın her iki tarafının da meşru menfaatlere sahip olduğu durumları ifade ettiğini belirtmek gerekir. Sadece gerçek menfaat çatışması varlığında yargılama makamı dengeleme unsurundan kesinlikle faydalanmalıdır. Yani uyuşmazlık taraflarından birinin menfaatinin meşru olmadığı ve bu nedenle sahte menfaat çatışması bulunan hallerde dengeleme unsuru illaki uygulanacak değildir.

hak sahibinin varsa korunan diğer tüm menfaatlerini de hükümsüz bıraktığı ileri sürülmektedir⁴⁹⁸. Dolayısıyla, kanunun yasadışı bir amaç için kullanılmak üzere hakkı bahsetmediği ve buradan doğacak zararların tazmin edilmesi yoluyla mağdurlara yasal koruma sağladığı için, gerçek bir çıkar çatışması bulunduğundan da söz edilemez⁴⁹⁹. Sahte çatışma vakalarına örnek olarak, bir tarafın belirli bir hakkı korumak veya uygulamak için değil de yalnızca karşı tarafın itibarını zedelemek, davayı uzatmak veya hukuki masraflara maruz kalmaya zorlamak için yargı süreci başlattığı durumlar verilebilir⁵⁰⁰. Böyle hallerde gerçek bir çıkar çatışması olmadığı ve bu nedenle kötüye kullanımı tespit etmek için dengeleme faktörünün uygulanmasının gerekli olmadığı söylenebilir.

Uyuşmazlıkların çoğunda, kötü niyetin doğasında var olan ispat gücüğü de hatırd tutularak⁵⁰¹, kötü niyetli olduğu sonucuna varmak zor olacaktır. Ayrıca hakların genellikle birincil ve/veya ikincil birden fazla amaç için kullanıldığı izahtan varest olduğuundan, hangi amacın baskın olduğunun tespiti de her zaman mümkün değildir. Böyle durumlarda, yargı makamlarının hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için daha ayrıntılı inceleme yaparak, söz konusu olan tüm menfaatleri değerlendirmesi gerekmektedir. Her iki tarafın da kanunla belirlenmiş meşru bir menfaati söz konusu olup bunu korumak için yargıya başvurulmuşsa, çözümlenmesinde dengeleme faktörüne başvurulması gereken gerçek bir çıkar çatışması vardır⁵⁰². Karar vericiler, kötüye kullanım tespitinin lehinde ve aleyhinde olan çatışan menfaatleri dikkatli bir şekilde araştırmalıdır. Özellikle, hukuki kesinlik ve güvenliği sağlamak için kanuni veya sözleşmesel hakların kullanımındaki menfaatin, bir tarafın hakkının belirleyici bir yansıması olarak ele

⁴⁹⁸ Cheng, s. 122.

⁴⁹⁹ Pound, **End**, s. 228.

⁵⁰⁰ Catala/Weir, s. 225-226; Nadja Erk, **Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective**, Hollanda, Kluwer Law International, 2014, s. 11.

⁵⁰¹ Seliçi, s. 145.

⁵⁰² İşlem güvenliği, sözleşme serbestisi, irade özerkliği ve temel hakkaniyet çerçevesinde sözleşmesel düzenlemelerde genellikle farklı çıkarlar arasında çatışma olduğu hakkında bkz. Sanders, s. 223; Saymen, s. 283; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 335; İmre, s. 304.

alınması⁵⁰³ ve irade serbestisi veya sözleşme özgürlüğünün korunmasından doğan menfaatler⁵⁰⁴ hakkın kötüye kullanıldığı tespiti aleyhine çalışabilir.

Öte yandan, hakların meşru bir amaç için kullanılması ve aldatıcılığın korunmasında bir araç olmaması⁵⁰⁵, zarar görmeme hakkının korunması⁵⁰⁶, hak kullanımının kanunun tesis ettiği amacın dışına çıkmaması⁵⁰⁷, adil ve hakkaniyete uygun kararlara ulaşma⁵⁰⁸ gibi durumlar zaten kendiliğinden güçlü, inandırıcı ve esaslı hukuki menfaatin varlığına işaret etmektedir⁵⁰⁹. Ayrıca, dengeleme faktörünün zorunlu bir unsuru olarak, mahkemelerin *karşılaştırmalı zarar testi* ile tarafların sağladığı yarar ve uğradığı zararların karşılaştırması kapsamında tarafların kişisel menfaatlerini de soruşturması gereğinin altı çizilmektedir⁵¹⁰. Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından da bitişikteki mülke inşa edilmiş bir yapının kaldırılmasına ilişkin bir uyuşmazlık⁵¹¹, yapının kaldırılması ile bitişik mülk sahibinin sağlayacağı yarar ile yapıyı yapan mülk sahibinin uğrayacağı zarar, hakkın kötüye kullanılması ilkesine atıfta bulunularak ve karşılaştırmalı zarar testi yapılarak kullanılan dengeleme faktörü sayesinde çözümlenmiştir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, karar vericilerin davaya eşlik eden tüm vakıaları değerlendirerek hangi menfaatin hukuken korunacağına karar vermesi gerekmektedir. Bu menfaatler hukukun farklı alanlarında (sözleşmesel hakların kötüye kullanılması veya

⁵⁰³ İmre, s. 304; Akyol, s. 21; Kavak, s. 66; *Banque Nationale du Canada v. Houle*, [1990] 3 S.C.R. 122, 33.

⁵⁰⁴ Mayrand, s. 1004; Jukier, s. 233.

⁵⁰⁵ Crabb, s. 23; Gutteridge, s. 22-23.

⁵⁰⁶ Williams, s. 116.

⁵⁰⁷ Sono/Fujioka, s. 1037; Cheng, s. 125.

⁵⁰⁸ Cheng, s. 125; *Aselford Martin Shopping Centres Ltd v. A.L. Raymond Ltée*, [1990] R.J.Q. (C.S.), 1974-1976 atf. Jukier, s. 236-237; *Banque Nationale du Canada v. Houle*, [1990] 3 S.C.R. 122, 33.

⁵⁰⁹ Dural/Sarı, s. 244; Edis, s. 333; Saymen, s. 295; Feyzioğlu, s. 161.

⁵¹⁰ *Epoux Vullion v. Société immobilière Vernet- Christophe Subsequent Developments*, JCP 1971. 2. 16781, translated by Tony Weir; Brunner, s. 739.

⁵¹¹ Hollanda Yüksek Mahkemesi *Kuipers v. De Jongh*, H.R. April 17, 1970, N.J. 1971, no. 89, çev. Brunner, s. 739.

paralel yargılama başlatma hali) çeşitli görünümsergilemektedir. Her bir menfaate isnat edilen ağırlık da uyuşmazlığın özellikleri çerçevesinde değişmektedir⁵¹².

Gerçek menfaat çatışması halleri, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin esas tezahürüdür ve hukukun tüm alanlarında karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, örnek olarak, bir taraf birbiriyle ilişkili konularda devlet mahkemeleri veya tahkim nezdinde paralel yargılama başlattığında, karşı taraf bu tür bir davranışın hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiğini iddia edebilir⁵¹³. Çoğu durumda paralel yargılama başlatan taraf böylece birçok hukuki ve kişisel menfaat sağlamayı amaçladığından, mahkemelerin bu tür karmaşık sorunları çözmek için dengeleme faktörünü etkin bir şekilde kullanabileceği açıktır. Hakim olan normatif senaryoda paralel yargılamaları başlatan tarafın belirli maddi ve/veya usule ilişkin menfaatleri elde etmek amacıyla *forum shopping*⁵¹⁴ (yetkili mahkeme alışverişi), patolojik yargı yeri seçimi veya patolojik tahkim hükümleri⁵¹⁵, borçlunun malvarlığının bulunduğu yer⁵¹⁶, oyalama taktiği⁵¹⁷, finansal baskı uygulamak veya anlaşmaya zorlamak⁵¹⁸ gibi çok çeşitli uygulamalara başvurduğu görülmektedir. Paralel yargılamalara maruz kalan karşı tarafın da usulün yeknesaklığı, usul ekonomisi ile hakkaniyet⁵¹⁹, tarafın bir yargılamada ifşa ettiği stratejisinin diğer davada aleyhine kullanılmasının engellenmesi, çelişen veya mükerrer kararlardan kaçınılması sayesinde hukuki tutarlılığın teşviki⁵²⁰ gibi menfaatleri bulunmaktadır.

Ayrıca, yargı makamları tarafından ilgili çatışan çıkarların değerlendirilmesi ve paralel yargılamayı başlatma eyleminin makullük derecesinin ölçülmesi için dengeleme

⁵¹² Cheng, s. 124-125.

⁵¹³ *Lauder v. Czech Republic*, **UNCITRAL**, 3 September 2001, Final Award; *CME v. Czech Republic*, **UNCITRAL**, 13 September 2001, Partial Award.

⁵¹⁴ Shany, s. 259; Erk, s. 12-13; Richard Kreindler, “Arbitral Forum Shopping”, ed. Bernardo M. Cremades/ Julian D M Lew, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Paris, ICC, 2005, s. 159, 166 ve 178.

⁵¹⁵ Erk, s. 11-12.

⁵¹⁶ Erk, s. 11; Stephen Cromie, **International Commercial Litigation**, 2. Baskı, Oxford, Butterworths, 1997, s. 473.

⁵¹⁷ Erk, s. 11.

⁵¹⁸ McLachlan, s. 37-40; Erk, s. 11.

⁵¹⁹ Erk, s. 15; Philippe Leboulanger, “Multi-Contract Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, 1996, Sayı 13, 43, s. 54-55 ve 62-64; Jamie Shookman, “Too Many Forums for Investment Disputes?”, **Journal of International Arbitration**, 2010, Sayı 27, 361, s. 362.

⁵²⁰ Gilles Cuniberti, “Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement”, **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, 2006, Sayı 21, 381, s. 414.

faktörü etkili ve işlevsel bir şekilde kullanılabilir⁵²¹. Açıktır ki, yukarıda belirtilen çıkarılardan herhangi birinin meşruluğu ve makullüğü, öncelikle davaya eşlik eden vakıalara tabidir. Örneğin, *forum shopping* mutlaka gayrimeşru bir menfaat anlamına gelmemektedir⁵²². Ancak, yargılama konuları büyük ölçüde iç içe geçmişse makul bulunmaması söz konusu olabilir. Çünkü böyle bir durumda çakışan konulara ilişkin çelişkili kararlar tesis edilme belirsizliği artmaktadır.

Benzer şekilde, sözleşmeden doğan hakların kötüye kullanılması vakaları da gerçek bir menfaat çatışması içerebilir⁵²³. *Houle* davasında Kanada Yüksek Mahkemesi, hakkın kötüye kullanıldığı tespitinin irade serbestisini ve *pacta sunt servanda*⁵²⁴ prensibini göz ardı etmeyi gerektirdiğini, bununla birlikte çatışan menfaatler muvacehesinde makullük, adillik ve hakkaniyete uygun sonuca ulaşmanın diğer menfaatlere üstün geldiğine karar vermiştir⁵²⁵.

Sonuç olarak denge unsuru, mahkemelerin bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için dava kapsamındaki tüm çatışan menfaatleri incelemesini gerektirmektedir. Bu tür menfaatler, hukuki uyumsuzluğa ve her davanın özelliklerine bağlı olarak büyük ölçüde değişmektedir.

ee- Tahkimde kullanım

İlkenin genel bir hukuk ilkesi olarak uygulaması incelendiğinde, tahkim mahkemeleri de kötüye kullanma ölçütlerini dar yorumlamak yerine, davaya eşlik eden vakıaların tümünü değerlendirerek genellikle dengeleme faktörünü kullanmaktadır. Bir kararda da belirtildiği üzere hakkın kötüye kullanılması ilkesi, bir kişinin haklarını koruma

⁵²¹ Shany, s. 258-259.

⁵²² Franco Ferrari, "Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context: Setting the Stage", ed. Franco Ferrari, **Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context**, Münih, Sellier European Law Publisher, 2013, s. 1-21.

⁵²³ Armstrong/LaMaster, s. 14-18; Reid, **Scots**, s. 139-140

⁵²⁴ Ahde vefa, sözleşmeyle bağlılık.

⁵²⁵ Benzer kararlar için bkz. *Canadian Court in Drouin v. Electolux Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 950 (C.A.) ve *Posluns v. Entreprises Lormil Inc.*, [1990], Quebec 200-05-001584-858, J.E. 90-1131 (C.S.), atf. Jukier, s. 235-236.

ihtiyacı ile kötüye kullanım teşkil eden davranışı korumayı reddetme ihtiyacı arasında adil bir denge kurulmalıdır⁵²⁶.

Yakın tarihli *Teinver v. Argentine* uyuşmazlığında⁵²⁷, yatırımcılar tarafından ev sahibi devletin davacıların ve yasal temsilcilerinin tahkimdeki rolü nedeniyle haklarında cezai soruşturma başlattıkları, ayrıca devlet medyası yoluyla kışkırtıcı ifadeler yayıldığı, ev sahibi devletin cezai soruşturma başlatma hakkını kötüye kullandığı iddia edilmiştir. Davacılara göre ev sahibi devletin bu davranışları taraflar arasındaki uyuşmazlığı ağırlaştırma, tahkim nezdinde bir karalama kampanyası başlatma, tahkim kararının nihai icrasını engelleme ve tahkimin bütünlüğünü baltalama girişiminden ibarettir. Dolayısıyla, söz konusu cezai soruşturmanın davacıların ülkedeki yatırımlarının kamulaştırılmasında uluslararası hukuk uyarınca ödenmesi gerekli olan tazminat ödemesinden kaçınmak amacıyla başlatıldığı için hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ileri sürülmüştür⁵²⁸. Davalı devlet, bu tür iddiaların dayanağı olmadığını ve kötüye kullanıma ilişkin somut kanıtlar olmaksızın bu davanın temellendirilemeyeceğini, ihtiyati tedbirlere hükmedilemeyeceğini savunmuştur⁵²⁹.

Burada davacının, hakkın kötüye kullanıldığını kanıtlamak için dengeleme faktörüne dayanması ve bunun hakem heyeti tarafından da uygulanması dikkat çekicidir. Davacılar devletin haklarını kötüye kullandığına ilişkin iddialarını, cezai soruşturmanın tedbiren durdurulmasının davalı devlet üzerinde makul olmayan bir yük oluşturmayaacağına, cezai soruşturmanın tedbiren durdurulmaması halinde davacıların telafisi mümkün olmayan zararlar göreceğine ancak davalının anlamlı bir zarara uğramayacağına dayandırmışlardır⁵³⁰. Bunun dengeleme unsurunun açık bir yansıması olduğu aşikârdır. Gerçekten, dengeleme faktörünün zorunlu bir unsuru da yargı makamının tarafların münhasır menfaatlerinin araştırıldığı ve dikkate alındığı

⁵²⁶ *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, **ICSID** Case No. ARB/11/17, 9 January 2015, Award, para. 185.

⁵²⁷ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, **ICSID** Case No. ARB/09/1, 8 April 2016, Decision on Provisional Measures.

⁵²⁸ *Ibid.*, para. 74 vd., 101, 131.

⁵²⁹ *Ibid.*, para. 115.

⁵³⁰ *Ibid.*, para. 108.

*karşılaştırmalı zarar testidir*⁵³¹. Bu test sayesinde bir hakkın kullanımından doğan fayda ve zararların karşılaştırılması sağlanmaktadır⁵³². Hakem heyeti tarafından devletin cezai soruşturma yürütme konusunda egemen bir hakka sahip olduğu, ancak hakkın kötüye kullanılması durumunda ihtiyati tedbirlere veya olası bir zararın tazminine karar verilebileceği de kabul edilmiştir. Hakem heyeti, yukarıdaki mülahazaları dengeleyerek ve tahkimin bir sonraki aşamasının zaten nihai hüküm vermek olduğunu gözeterek cezai soruşturmanın kötüye kullanımından doğacak olası bir zararın bulunmadığına kanaat getirmiştir. Diğer taraftan, uyuşmazlığın medya aracılığıyla duyurulduğu tespit edilmiş ve bu da uyuşmazlığı ağırlaştırıcı nitelikte olup kötüye kullanım teşkil ettiğinden, davalı aleyhine uyuşmazlığı ağırlaştırmaktan kaçınması yönünde ihtiyati tedbire hükmedilmiştir⁵³³.

Quilborax v. Bolivia uyuşmazlığında⁵³⁴ da davacılar tarafından hakem heyetinden davalıya tahkime ilişkin cezai kovuşturmayı durdurmasını emreden geçici tedbirler talep edilmiştir. Davacılar, devletin cezai soruşturma hakkını esasa ilişkin tahkimden kaçınmak, tahkim yargılamasını etkilemek ve davacıları iddialarından vazgeçmeye zorlamak amacıyla kötüye kullandığını iddia etmişlerdir⁵³⁵. Hakemler, davalı devletin cezai soruşturma yürütme konusunda doğal bir hakkı olduğunu ancak bu hakkın mutlak olmadığını ve kötüye kullanılamayacağını, bu hakkın davacıların tahkim yargılaması hakkı ve iddialarının adil bir şekilde değerlendirilmesine karşı dengelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Neticeten uyuşmazlıkta, delillere erişim hakkı ve cezai soruşturmanın tanıklar üzerindeki etkisi çerçevesinde delillerin bütünlüğü gözetilerek hakkın kötüye kullanıldığını tespit edilmiş ve ihtiyati tedbire hükmedilmiştir. Burada hakem heyeti tarafından soruşturmanın devamı durumunda davacıların uğrayacağı zarar ile durdurulması halinde Bolivya'nın uğrayacağı zarar karşılaştırılmıştır. Soruşturmaya

⁵³¹ *Comparative impairment test.*

⁵³² Mayrand, s. 1000-1002; Crabb, s. 19-20; *Epoux Vullion v. Société immobilière Vernet- Christophe Subsequent Developments*, JCP 1971. 2. 16781, çev. Tony Weir; Hollanda Yüksek Mahkemesi *Kuipers v. De Jongh*, H.R. April 17, 1970, N.J. 1971, no. 89, çev. Brunner, s. 739.

⁵³³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, 8 April 2016, Decision on Provisional Measures, para. 210.

⁵³⁴ *Quilborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, 26 February 2010, Decision on Provisional Measures.

⁵³⁵ *Ibid.*, para. 46, 123, 148.

devam edilmesinde davacıların uğrayacağı zararın daha büyük olduğuna kanaat getirilmiş olması⁵³⁶, hakkın kötüye kullanımında makullük ölçütünün apaçık bir uygulamasıdır.

Hakem heyetlerinin herhangi bir hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmek için genellikle dengeleme faktörünü benimsediği önermesi, hakemlerin mağdur tarafın davranışını ve bu davranışın da herhangi bir kötüye kullanımla aynı şekilde lekelenip lekelenmediğini değerlendirdiği durumlar da gözetilince giderek güçlenmektedir⁵³⁷. Daha önce belirtildiği üzere, kötüye kullanım tespit edilirken mağdurun davranışı da değerlendirilmelidir⁵³⁸. Bu itibarla, yargı makamlarının haklı olarak mağdurun davranışının makullüğünü de dikkate alması, makullük ölçütünün ilkenin dayanağını oluşturduğunu ve etkili bir kötüye kullanma ölçütü olduğunu teyit etmektedir. Gerçekten de başka hiçbir ölçüt, hakkın kötüye kullanılması iddialarının değerlendirilmesinde mağdur tarafın davranışının dikkate alınmasını haklı çıkarmamaktadır.

d- Hakkın Kötü Niyetle Kullanılması

Kötüye kullanım ölçütü olarak kötü niyet, açıklanması ve değerlendirilmesi gereken bir dizi konuyu gündeme getirmektedir. İyi niyet (*good faith*) kavramı, objektif ve sübjektif iyi niyeti barındırmakta, böylece hem dürüstlük kuralını hem de kişiye özel durumu kapsamaktadır. Her iki kavramın da geniş kapsamı nedeniyle özel olarak değerlendirilmesi çalışmamız itibarıyla mümkün değildir. Yine de hakkın kötüye kullanılması ilkesinde iyi/kötü niyet ölçütünü ele almadan evvel, dürüstlük kuralı ile sübjektif iyi niyet arasındaki karşılıklı ilişkinin ve yakınlaşmanın da kısaca açıklanması gerekmektedir. İyi niyetin anlamının ve hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle ilişkisinin

⁵³⁶ **Ibid.**, para. 165.

⁵³⁷ *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, **ICSID** Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction, para. 329.

⁵³⁸ Bu kısım haricinde örneğin bkz. dn. 131 vd.

özlü bir şekilde incelenmesi, iyi niyetin hakkın kötüye kullanılması ölçütü olarak görülmemesi gerektiğini ortaya koymak için büyük önem arz etmektedir.

aa- İyi niyet ve dürüstlük kuralı arasındaki ilişki

‘*Good faith*’, ‘iyi niyet’ veya ‘kötü niyet’ terimlerindeki “niyet” kavramı, amaç veya kasta atıfta bulunmaktadır. ‘İyi niyet’ ve ‘kötü niyet’ daha tanımları itibariyle zıt anlamlı olup bunlar doğası gereği uzlaştırılmaz iki kavramdır ve biri diğ erinin varlığını dışlar⁵³⁹.

İyi niyet ilkesi *a priori* tanımdan kaçan bir ilkedir, tanımlanamamakla birlikte tasviri mümkündür⁵⁴⁰. İç hukukta veya uluslararası hukukta iyi niyetin anlamının bağlama göre değiştiği kabul edilmektedir⁵⁴¹. Buradaki karmaşa, ilkenin tek bir hukuk sistemi içinde dahi aynı şekilde değişiklik gösterebildiği göz önüne alındığında daha da derinleşmektedir⁵⁴². İyi niyet prensibinin kendi alanına giren farklı durumlara uygulanan ve genel bir anlamı olan kavram mı, yoksa aynı adı taşıyan birden fazla ve farklı kavramları mı ifade ettiği sıklıkla sorgulanmaktadır⁵⁴³. İyi niyet ilkesinin çeşitli uygulamaları, melez tezahürleri ve geniş kapsamı göz önüne alındığında herhangi bir tanımının “*bilinçsiz genelliğin Charybdis’i ve kısıtlayıcı özgüllüğün Scylla’sı arasında*”⁵⁴⁴ gidip geldiği görülmektedir⁵⁴⁵. Bu bakımdan, iyi niyeti tanımlamaya çalışmak yerine, iyi niyetin unsur ve tezahürlerine odaklanmak daha verimli olacaktır. Gerçekten ilkenin kapsamı oldukça belirsiz olup hangi davranışın ilkeye aykırı düştüğünü kesin bir şekilde

⁵³⁹ Oğuzman/Barlas, s. 239; Zevkliler, s. 121; Hatemi, s. 184; Dural/Sarı, s. 222; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 313; **Black’s Law Dictionary**, 4. Baskı, ABD, West Publishing Co., 1968, s. 719.

⁵⁴⁰ *Russel v. Russel* [1897] A. C. 436

⁵⁴¹ 1981 American Law Institute’s Restatement (Second) of Contracts madde 205(a); G. Bridge Michael, “Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?”, **Canadian Business Law Journal**, 1984, Sayı 9, 385, s. 407; Robert Kolb, “Principles as Sources of International Law: With Special Reference to Good Faith”, **Netherlands International Law Review**, Cilt 53 Sayı 1, 1-36, s. 13-14; *Wintershell et al. V. The Government of Qatar*, Ad hoc Karar, **Yearbook of Commercial Arbitration**, 1988, Sayı 15, 30.

⁵⁴² Zimmermann/Whittaker, s. 690.

⁵⁴³ Barry J. Reiter, “Good Faith in Contracts”, **Valparaiso University Law Review**, 1983, Sayı 17, 705, s. 706 vd.

⁵⁴⁴ *Scylla ve Charybdis arasında olmanın*, eşit uzaklıktaki iki nahoş seçenek arasında kalmayı ifade ettiği hakkında bkz. Editors of Encyclopaedia Britannica, “Scylla and Charybdis”, **Encyclopedia Britannica**, 2020 (<https://www.britannica.com/topic/Scylla-and-Charybdis> - Erişim tarihi 11.04.2023).

⁵⁴⁵ Summers, s. 206.

belirlemek zordur. Zaten iyi niyetin unsur ve ölçütleri de aynı şekilde çok çeşitli ve eşit derecede muğlaktır⁵⁴⁶.

Kavramı açıklamaya çalışırken bazıları, ilkenin sübjektif boyutunu vurgulamakta ve kişinin ruh halini esas alan psikolojik unsura dayanmaktadır⁵⁴⁷. Buna karşılık nesnel unsuru benimseyen baskın görüşe⁵⁴⁸ göre, iyi niyet kavramının dürüstlük, makullük, iş birliğinde bulunma, makul beklentileri koruma gibi eşikleri gözeterek kişiye “adil olma”, “dürüst davranma” veya “açık olma” şeklinde bir yükümlülük yüklediği belirtilmektedir⁵⁴⁹. Ancak buradaki terimlerin de tanımlanması eşit derecede zordur ve bu da bir tanımdan beklenen netliği sağlayamayan, yalnızca terimleri çeşitlendiren bir tanımlama girişiminden ibaret gözükmektedir. Bazıları tarafından iyi niyet, kişinin meşru ve makul beklentileri boşa çıkarmaması gereği olarak ele alınmaktadır⁵⁵⁰.

Diğer taraftan, iyi niyetin genel bir kavram olduğu ve net bir tanımı olmadığı, ancak ilkenin “dışlayıcı” bir işlev gördüğü ve böylece kötü niyetle lekelenmiş davranışları dışlamak için kullanılan bir terim olduğu ifade edilmektedir⁵⁵¹. Tek başına böyle bir tanımlamanın da kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü iyi niyeti hakiki içerikten ve kesinlikten yoksun boş bir kalıba dönüştürmekte⁵⁵², kavramın önemli yönlerini de kapsamamaktadır. Gerçekten iyi niyet, kötü niyetin bulunmamasından daha fazlasını

⁵⁴⁶ McKendrick, **Contract**, s. 221–222; Cremades, s. 761.

⁵⁴⁷ Kolb, **Good Faith**, s. 14.

⁵⁴⁸ A. S. Hartkamp, “Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands”, **The American Journal of Comparative Law**, 1992, Sayı 40, 551, s. 554-555.

⁵⁴⁹ Cremades, s. 767-768; *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation* [2013] EWHC 111 (QB) 121-145; *the Australian New South Wales Court of Appeal in Renard Constructions (ME) Pty v Minister for Public Works* (1992) 26 NSWLR 234; Andrew Terry/ Cary Di Lernia, “Franchising and the Quest 118ort he Holy Grail: Good Faith or Good Intentions”, **Melbourne University Law Review**, 2009, Cilt 33 Sayı 2, 542-578, s. 556-569; Russel A. Eisenberg, “Good Faith under the Uniform Commercial Code – A New Look at an Old Problem”, **Marquette Law Review**, 1971, Sayı 54, 1; Jane Stapleton, “Good Faith in Private Law”, **Current Legal Problems**, 1999, Cilt 52 Sayı 1, 1, s. 7; E. Allan Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”, **University of Chicago Law Review**, 1962, Sayı 30, 666; Nuclear Tests Cases, **ICJ Reports**, 1974, pp. 253, 267.

⁵⁵⁰ Steven J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, **Harvard Law Review**, 1980, 369-404; Woo Pei Yee, “Protecting Parties’ Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith”, **Oxford University Commonwealth Law Journal**, 2001, Cilt 1 Sayı 2, 195-229, s. 223.

⁵⁵¹ Oğuzman/Barlas, s. 239; Zevkliler, s. 121; Hatemi, s. 184; Dural/Sarı, s. 222; Altaş, **Medeni Hukuk**, 313.

⁵⁵² Alan D. Miller/ Ronen Perry, “Good Faith Performance”, **Iowa Law Review**, 2012, Sayı 98, 689, s. 704.

gerektirmekte ve hem fiilleri hem de ihmalleri kapsamaktadır⁵⁵³. İş birliği yükümlülüğünü, dürüst ve makul bir davranışı, başkalarının makul beklentilerine ve meşru menfaatlerine saygıyı varsaymaktadır⁵⁵⁴.

ALI Restatement (Second) of Contracts yayınında benimsenen iyi niyet tanımından da faydalandığı görülmektedir. Burada, iyi niyetin kullanıldığı bağlama göre anlamının değişebileceği dikkate alınmaktadır. Karşı tarafın makul beklentileri ile mutabık kalınan ortak amaca ve tutarlılığa bağlılığa dikkat çekildiği, toplumun ahlak, adalet veya makullük anlayışını ihlal ettiği için “kötü niyet” olarak nitelendirilen çeşitli davranış biçimlerini dışladığı vurgulanmaktadır. İyi niyet yükümlülüğüne aykırılığın giderilmesinde çözümün de koşullara göre değiştiği belirtilmektedir⁵⁵⁵. Bu tanım, yukarıda ifade edilen farklı görüşler arasında bir denge bulmaktadır. *Dışlayıcı etki* görüşünü benimsemesinin yanında, iyi niyetin tarafların makul beklentilerini korumak, makul ve adil davranmak gibi diğer yönlerini de kucakladığı söylenebilir.

Böylece, hakkın kötüye kullanılması yasağının da iyi niyet ilkesi kapsamında kaldığı belirtilmektedir. Sözleşmelerin dürüst ve iyi niyetle ifasına yönelik genel bir yükümlülüğün İngiliz hukukunda bulunup bulunmadığının tartışıldığı *Yam Seng v. International Trade Corporation* uyuşmazlığında, dürüstlük kuralı ve iyi niyet ilkesinin sözleşmesel haklar da dahil olmak üzere birçok durumu kapsadığı kabul edilmiştir. Hakların bahsedildiği amaç çerçevesinde kullanılması gerektiği vurgulanarak hakların keyfi, mantıksız veya makul olmayan bir şekilde kullanılamayacağına hükmedilmiştir⁵⁵⁶. Aslında hakkın kötüye kullanılması ilkesinin ölçütleri olarak ele alınan hakların makul şekilde kullanılması veya tesis edildiği amaç çerçevesinde kullanılması gibi farklı ölçütleri, iyi niyet prensibi de kapsamaktadır. Benzer şekilde, iyi niyet ilkesini tanımlamaya yönelik başka bir girişimde, ilkenin kısmen rolünün davaya eşlik eden

⁵⁵³ Tête, s. 59-60; Roger Brownsword, “Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law”, ed. Roger Brownsword/ Norma Hird/ Geraint Howells, **Good Faith in Contract**, Dartmouth, Ashgate, 1999, s. 17.

⁵⁵⁴ **Ibid.**

⁵⁵⁵ 1981 American Law Institute’s Restatement (Second) of Contracts madde 205(a).

⁵⁵⁶ *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation* [2013] EWHC 111 (QB) 145; *Abu Dhabi National Tanker Company v. Product Star Shipping Limited*, [1993] **L1 Rep** 397, 404.

vakıalar göz önüne alınarak, hak kullanımının mantıksız olduğu durumlarda kişinin bireysel menfaatleri peşinde koşmasını önlemeye çalışmak olduğu vurgulanmaktadır⁵⁵⁷.

Görüldüğü üzere, öğretide iyi niyet ve dürüstlük kuralı arasındaki ilişki hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Türk hukukunda ise iyi niyet ilkesine kanun koyucu tarafından TMK madde 3'te bir tanım yapılmaksızın yer verilmiştir. Maddeye göre iyi niyet, bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması bakımından mevcut veya söz konusu olabilecek bir engeli, eksikliği veya benzer bir olguyu bilmemeyi ve durumun gerektirdiği özen gösterilse dahi bilebilecek durumda olmamayı ifade etmektedir⁵⁵⁸. Yani iyi niyet, bir hukuki sonucun oluşmasında bir engeli bilmemek, gerekli özen gösterilmiş olursa dahi bilebilecek durumda olmamaktır. Kısaca, *hukuki eksikliklerin farkında olunmama halini* ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁵⁵⁹. Böylece aslında mülga Medeni Kanun'un 2 ve 3. maddelerindeki objektif ve sübjektif ayrımının terimsel olarak değişerek objektif iyi niyetin dürüstlük kuralı, kişinin sübjektif biçimde ele alındığı halin de iyi niyet olarak ifade edildiği söylenebilir.

Günümüzde farklı şekillerde ele alınan dürüstlük kuralı ve sübjektif iyi niyetin sadece işlevsel bir farklılık arz ettiğini ifade eden görüşe göre iyi niyet, hukuk düzeni çerçevesinde sözleşmenin ve borçların ifasında aranmakta, hakların kazanılmasında ise korunmaktadır. Dürüstlük kuralı, yani objektif iyi niyet, hakların kullanılması ve dönüştürülmesinde davranış yükümlülüğü olarak *uyarlayıcı* bir işlev taşımaktadır. Hak sahibi olunmasında ise sübjektif iyi niyet, yani *yaratıcı* işlev ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁰. Diğer görüş ise kavramlar arasındaki ilişkiyi kabul etmekte, ancak bu ilişkiye farklı bir şekilde yaklaşmaktadır. Buna göre, hukuka aykırı bir davranışın etkilerinin, sübjektif anlamda iyi niyetli olunması halinde azaltılabileceği ve hatta ortadan kaldırılabilmesi ifade edilmektedir. Ayrıca, başka bir görüş de güvenin süjesini esas almaktadır. Sübjektif iyi niyetin güvenen kişinin gördüğü ve inandığı hukuki duruma ilişkin olduğunu, dürüstlük kuralının ise kişinin inandığı hukuki durumu değil, objektif bir davranış kuralının somut

⁵⁵⁷ Knapp, s. 115.

⁵⁵⁸ Dural/Sarı, s. 222; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 312; Hatemi, s. 184; Oğuzman/Barlas, s. 238; Zevkliler, s. 121; Edis, s. 261; Ataay, s. 416.

⁵⁵⁹ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 313.

⁵⁶⁰ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 328; İmre, s. 334; Oğuzman, **Medeni Hukuk**, s. 155.

olayda kişi tarafından uygulanıp uygulanmadığını esas aldığı ileri sürmektedir⁵⁶¹. Hatta bu kapsamda, hukuki ilişkilerin kurulması ve hakkın kazanılmasında dürüstlük kuralının yeri olmadığı savunulmaktadır⁵⁶².

Nihayet, bu iki kavram farklı amaç ve işlevleri havi ise de aralarında ilişkiden öte içsel ve işlevsel bir bağlantı bulunduğu gerçeği aşîkârdır⁵⁶³. Öğretide, iyi niyetin arandığı hallerin dürüstlük kuralı uyarınca belirlendiği, sübjektif bir değerlendirmeyi esas alsa da iyi niyet araştırmasının tamamen sübjektif yapılamayacağı, taraf anlayış ve davranışlarının dürüstlük kuralından hareket edilerek değerlendirilebileceği, hatta karşı tarafın zarara uğramasında iyi niyetli olunduğunun tespiti halinde dürüstlük kuralının korumasından faydalanılabileceği belirtilmektedir⁵⁶⁴. Kanunda yer alan “*bilmemesi gerekmeme*” ibaresinin sübjektif iyi niyeti bir ölçüde nesnelleştirdiği de unutulmamalıdır⁵⁶⁵. Çünkü burada toplumdaki ortalama kişinin takınması beklenen tavır esas alınmaktadır.

bb- İyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması arasındaki ilişki

Yukarıda ifade edildiği üzere, iyi niyet ilkesinin tanım ve işlevi karmaşık bir görünüm sergilemektedir. Tanımlamaların çeşitliliği ile hakkın kötüye kullanılması ilkesinin farklı yönlerinin kapsandığı ileri sürülebilir⁵⁶⁶. İyi niyetin hem objektif hem de sübjektif iyi niyeti ifade ettiği, objektif ve sübjektif iyi niyetin de karşılıklı olarak birbirlerini aradığı, gerektirdiği, sürüklediği ve birbirlerine paralel bir şekilde işlev gösterdiği yukarıda tespit edilmiştir.

İyi niyet kavramı hem maddi hem de usule ilişkin olup çoğu hukuk sistemi tarafından açıkça kabul gören genel bir ilke teşkil etmektedir⁵⁶⁷. Tarafların maddi ve usule

⁵⁶¹ Saymen, s. 281.

⁵⁶² H. Cahit Oğuzoğlu, **Medeni Hukuk I**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1949, s. 155.

⁵⁶³ Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 90; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 316.

⁵⁶⁴ İmre, s. 333; Akyol, s. 12; Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 92.

⁵⁶⁵ Edis, s. 264; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 316; Yargıtay HGK 2012/19-670 E. 2013/171 K. 16.01.2013 T.; Yargıtay 1. HD. 2012/15004 E. 2013/3163 K. 04.03.2013 T.

⁵⁶⁶ Litvinoff, s. 1665.

⁵⁶⁷ Yasuhei Taniguchi, “Good Faith and Abuse of Procedural Rights in Japanese Civil Procedure”, **Tulane Journal of International & Comparative Law**, 2000, Sayı 8, 167, s. 173-174.

ilişkin haklarını ve yükümlülüklerini düzenlemektedir⁵⁶⁸. Özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki düzenlemelerde açıkça yer almaktadır. İyi niyet ödevinin özü ve ruhu tartışmalı bir şekilde de olsa Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin de içsel bir parçasını oluşturmaktadır⁵⁶⁹. Ayrıca, iyi niyet ilkesinin *lex mercatoria*'nın ayrılmaz bir parçası⁵⁷⁰ ve genel bir hukuk ilkesi⁵⁷¹ teşkil ettiği de kabul edilmektedir. Bundan öte, UNIDROIT İlkeleri kapsamında⁵⁷² ve uluslararası kabul görmüş diğer hukuki düzenlemeler uyarınca⁵⁷³ açıkça zorunlu bir ilke olarak anılmaktadır.

Doğası gereği geniş kapsamı göz önüne alındığında iyi niyet ilkesinin bir standart ve kaynak teşkil ettiği, bu ilke sayesinde çeşitli kural ve yaklaşımların daha iyi

⁵⁶⁸ V. V. Veeder, "The 2001 Goff lecture: The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith", **Arbitration International**, 2002, Cilt 18 Sayı 4, 431-451, s. 439; Bernard Hanotiau, "Complex-Multicontract-Multiparty Arbitrations", **Arbitration International**, 1998, Cilt 14 Sayı 4, 369-394.

⁵⁶⁹ Bonell, s. 130-131; *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] Q.B. 433 (CA), 439, Lord Justice Bingham: "İngiliz hukukunda bu şekilde bir üstün ilke kabul edilmemekte ise de hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi için kademeli araçlar benimsenmiştir."; ICSID Case No. ARB/81/1, 25 September 1983, **X Yearbook Commercial Arbitration** 61, (Kluwer Law International 1985), 69, "*estoppel/kesin hüküm ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinin tamamında bulunan temel iyi niyet ilkesinin gereğidir*"; Roy Goode, "International Restatements of Contract and English Contract Law", **Uniform Law Review**, 1997, Sayı 2, 231, s. 240; William Tetley, "Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering", **Journal of Maritime Law & Commerce**, 2004, Sayı 35, 561, s. 572 ("*İngiliz ticaret hukukunda iyi niyet kavramı yerine hakkaniyet çok büyük bir rol oynamaktadır*"); Klaus Peter Berger, "The International Arbitrator's Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction: A German Perspective", **Arbitration International**, 2009, Cilt 25 Sayı 2, 217-238, s. 234. *Yam Seng* davasında mahkeme tarafından iyi niyet kavramı genişçe açıklanmış ve ilkenin ABD, Avustralya ve Yeni Zelanda da dahil olmak üzere birçok Anglo-Sakson hukuku sisteminde de benimsendiği belirtilmiştir. İyi niyet kavramının unsurları ele alındıktan sonra *Leggatt J* tarafından iyi niyet ilkesine yönelik geleneksel düşmanlığın yersiz olduğu, zımni iyi niyet yükümlülüğünün İngiliz hukukuna yabancı olmadığı ifade edilmiştir. *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation* [2013] EWHC 111 (QB), para. 125 vd., 145 and 153. Bu görüşe karşı: *Court of Appeal in Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200; *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v. Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789, para. 45.

⁵⁷⁰ Tetley, s. 591-592, 596; Filip De Ly, **International Business Law and Lex Mercatoria**, Hollanda, North Holland, 1992, s. 264; Yves Derains Arnaldez/ Jarvin Jean Jacques, **ICC Arbitral Awards 1986-1990**, Paris, ICC, 1994, s. 404-405; *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 107; ICC Case No. 3131 of 1979, **IX Yearbook Commercial Arbitration** 109 (1984).

⁵⁷¹ Bonell, s. 142; Ascensio, s. 765; Kolb, **Good Faith**, s. 17; Genel hukuk ilkesi iyi niyet çerçevesinde çelişkili davranış yasağının uygulandığı karar için bkz. **UNCITRAL**, Case No. SCH-4318, 15 June 1994; ICJ case of *Certain Norwegian Loans (France v Norway)*, Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, [1957] **ICJ Rep** 9, 53; Franco Ferrari, "The CISG's Interpretative Goals, Its Interpretative Method and Its General Principles in Case Law (Part II)", **Internationales Handelsrecht**, 2013, Cilt 13 Sayı 5, 181-197, s. 190; Klaus Peter Berger, **The Creeping Codification of the Lex Mercatoria**, Kluwer Law International, 1999, s. 165.

⁵⁷² UNIDROIT İlkeleri madde 1.7.

⁵⁷³ CISG madde 7/1; 1993 Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts madde 3; 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties madde 31/1.

belirlenebileceği belirtilmektedir⁵⁷⁴. Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılması özünde hakların kullanımında makullüğü barındırıyor olduğundan⁵⁷⁵, iyi niyet ilkesinin uygulamalarından birini teşkil ettiği ileri sürülmektedir⁵⁷⁶. Ancak bu önerme, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin birçok hukuk sisteminde kendi özel sınırları ve ilgi alanları olan özerk bir ilke olarak mevcudiyetinin veya etkisinin dışlanmakta ve kullanımının azaltılmakta olduğu şeklinde yorumlanamaz⁵⁷⁷. Çünkü her iki kavram da birbirini gereksiz kılmamaktadır⁵⁷⁸, aksine tamamlamaktadır⁵⁷⁹. Diğer taraftan, İsviçre/Türk hukukundaki düzenlenme biçimi ele alındığında, hakkın kötüye kullanılmasının objektif iyi niyetin açıklayıcısı ve dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımını olduğu, dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımı tabi tutularak hukuken korunmayacağı, böylece dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının *bir madalyonun iki yüzü olduğu, birbirlerine bağlı ama iki ayrı ilke olduğu* ifade edilmektedir⁵⁸⁰.

Genel iyi niyet ilkesi ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki karşılıklı ilişki tartışmasız olmakla birlikte, bu iki kavram arasındaki sınır her zaman belirgin değildir. Hakların kötüye kullanılmasının iyi niyet ilkesinin bir uygulaması olduğu ve bu nedenle iyi niyet ilkesinin etkili ve işlevsel bir kötüye kullanma ölçütü olmayabileceği ileri sürülmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi hakların kullanılmasıyla sınırlı olduğundan⁵⁸¹, iyi niyet ilkesi çok daha geniş bir kapsamı ifade ediyor olmakla etkili bir ölçüt olarak görülmemektedir. Burada işlevsel bir farklılık da vardır. Gerçekten, dürüstlük kuralı bir davranış standardı olarak karşımıza çıkmakta, diğer taraftan hakkın kötüye kullanılması ilkesi hukuki korumanın sağlanmaması bakımından yargısal denetime imkân tanımaktadır⁵⁸². Hukuk düzeninde her somut olaya ilişkin özel düzenlemeler yapılmasının

⁵⁷⁴ Kolb, **Good Faith**, s. 18 vd.; Anthony D’Amato, “Good Faith”, ed. Rudolf Bernhardt, **Encyclopaedia of Public International Law Volume 2**, Hollanda, Elsevier, 2003, s. 599.

⁵⁷⁵ Mayrand, s. 1012-1013.

⁵⁷⁶ Cheng, s. 121; Brabandere, s. 618-620; Ascensio, s. 777; Kolb, **Good Faith**, s. 19, Cremades, s. 768-769; Lauterpacht, **Development**, s. 163-164; Taniguchi, s. 174; Lenaerts, s. 1146-1145; Shany, s. 256; Voon/Mitchell/Munro, s. 61; *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, **ICSID** Case No ARB/06/5, 15 April 2009, Award, para. 107.

⁵⁷⁷ Zimmermann/Whittaker, s. 676.

⁵⁷⁸ D’Amato, s. 600.

⁵⁷⁹ Byers, s. 411.

⁵⁸⁰ Kavak, s. 23; Giritlioğlu, s. 47; Saymen, s. 288; Dural/Sarı, s. 229; Akyol, s. 23.

⁵⁸¹ Rosenberg, s. 17.

⁵⁸² Uçarılmaz, **Bona Fides**, s. 151; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 169; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 287.

imkânsızlığı da gözetilerek⁵⁸³ hem dürüstlük kuralı hem de hakkın kötüye kullanılması ilkesi hakların kullanımı ve borçların ifasında *sınırlandırıcı* bir görev üstlenmektedir⁵⁸⁴.

Bunların yanında, özellikle objektif iyi niyetin uygulanması için taraflar arasında önceden var olan bir hukuki ilişki bulunması gerektiğini ifade eden görüşe karşı, dürüstlük kuralının böyle bir hukuki ilişkinin varlığına tabi olmadığını belirten görüş savunulmaktadır⁵⁸⁵. Bu görüş, hukuki ilişki varsayımına dayanılarak hakların kullanımı ve borçların ifasında dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü öngörülmesinin, hakkın kötüye kullanılmasında böyle bir bağlantının aranmamasıyla aslında teyit edilmektedir.

Böylece, hakkın kötüye kullanılması ilkesi kapsamının, kötüye kullanılmış bir hakla sınırlı olduğu ifade edilmelidir. Zira dürüstlük kuralı ve daha geniş iyi niyet ilkesinin kapsamı ve uygulama alanı sadece hukuki işlemde doğan hak ve borçlarda değil, tüm hakların kullanımına ilişkindir. Sözleşmeden doğan yan edimler ile bunların kapsamı da dürüstlük kuralına göre tespit edilmektedir. Bu itibarla, dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması bazen birlikte uygulanmakta, ancak bazen dürüstlük kuralının somutlaştırma, yorumlama, tamamlama, uyarılama gibi işlevleri hakkın kötüye kullanılması ilkesinden bağımsız olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸⁶.

İyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması arasındaki bu tür bir ilişki yalnızca önemli bir teorik gözlemden ibaret değildir. Aynı zamanda, bu karşılıklı ilişkinin ciddi pratik sonuçları da vardır. Genel bir iyi niyet ilkesinin hakların kötüye kullanılması yasağını içerdiği algısı, hakkın kötüye kullanılmasının açıkça benimsenmediği hukuk düzenlerinde yine de iyi niyet ilkesi temelinde hakların kullanılmasının sınırlanabileceğine işaret etmektedir⁵⁸⁷. Örneğin, ABD’de iyi niyet ilkesi tanınmaktadır. İyi niyetin bir *emniyet supabı* işlevi görerek hâkimlere boşlukları doldurmanın yanında, hukuk kuralları ve

⁵⁸³ Zaten varsa özel hükmün uygulanması gerekir. Feyzioğlu, s. 184; Kavak, s. 49; Akyol, s. 16 vd.; Giritlioğlu, s. 10.

⁵⁸⁴ Tekinay, s. 164.

⁵⁸⁵ Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk**, 2. Baskı. İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1984, s. 136.

⁵⁸⁶ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 273 vd; Akyol, s. 6; Dural/Sarı, s. 231.

⁵⁸⁷ Lauterpacht, **Development**, s. 163-164; Lenaerts, s. 1146-1145; Litvinoff, s. 1661.

sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri belirleme ve sınırlandırma imkânını bahşettiği belirtilmektedir⁵⁸⁸.

UNIDROIT İlkeleri, hakkın kötüye kullanılmasının daha geniş kapsamlı iyi niyet ilkesinin bir uygulaması olduğunu açıkça kabul etmektedir. Burada da iyi niyet ilkesi kapsayıcı bir şekilde ortaya konulmakta, daha sonra hakkın kötüye kullanılması dahil olmak üzere iyi niyetin kapsamına giren çeşitli kurallar gösterilmektedir⁵⁸⁹. Hatta aslında hakkın kötüye kullanılması kavramı ayrı bir hüküm olarak düşünülmüş, ancak daha sonra iyi niyet ilkesinin uygulamalarından biri olarak bu kapsama alınmasına karar verilmiştir⁵⁹⁰. İlkeler arasındaki ilişkinin bu şekilde kabulü öğretide de tasdik edilmektedir⁵⁹¹.

Abaclat v. Argentine uyuşmazlığında, hakem heyeti tarafından dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması ilkesi arasındaki ilişki tartışılmış ve neticeten hakkın kötüye kullanılması ilkesinin iyi niyet ilkesinin açık bir yansıması olduğu belirtilerek yatırım hukukunda uygulanabilir olduğuna kanaat getirilmiştir⁵⁹².

Benzer şekilde, *Amerika Birleşik Devletleri - Belirli Karides ve Karides Ürünlerinin İthalatının Yasaklanması* uyuşmazlığındaki WTO kararı⁵⁹³ hakkın kötüye kullanılması ile iyi niyet ilkesi arasındaki ilişkiyi irdelemektedir. Kararda iyi niyet ilkesinin hem genel hem de uluslararası bir ilke teşkil ettiği ve devletlerin haklarını kullanmasını denetlediği, iyi niyet ilkesinin uygulamasının yaygın bir şekilde *hakkın kötüye kullanılması* olarak ifade edildiği belirtilmektedir. Böylece, devletlerin haklarını kötüye kullanmasının yasaklandığı kabul edilmektedir. Devletin bir hakkını kullanması herhangi bir antlaşma

⁵⁸⁸ David Stack, “The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law”, **Saskatchewan Law Review**, 1999, Sayı 62, 201, s. 210-211; mantıksız kullanım hakkında bkz. M. P. Ellinghaus, “In Defense of Unconscionability”, **Yale Law Journal**, 1968, Sayı 78, 757, s. 779-780.

⁵⁸⁹ UNIDROIT İlkeleri madde 1/7(2).

⁵⁹⁰ Bonell, s. 58; International Institute for the Unification of Private Law, **Report by the Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts**, ABD, 2003, s. 58-60.

⁵⁹¹ Bonell, s. 133.

⁵⁹² *Abaclat and others v. Argentine Republic*, **ICSID** Case No ARB/07/5, 4 August 2011, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 646.

⁵⁹³ Andrew D. Mitchell, “Good Faith in WTO Dispute Settlement”, **Melbourne Journal of International Law**, 2006, Cilt 7 Sayı 2, 339-371, s. 371; WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.

kapsamını etkilediğinde söz konusu kullanımın iyi niyetli, yani makul olması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır.

Hakkın kötüye kullanılması kavramının her zaman iyi niyet ilkesinin bir uygulaması olarak algılanıp algılanmayacağı, zorunlu olarak kişinin iyi niyet tanımına bağlıdır. Hakkaniyet ve makullük gibi standartlar⁵⁹⁴ da dahil olmak üzere iyi niyetin geniş bir tanımı tercih edilmekte ise, o zaman hakkın kötüye kullanılması yasağının iyi niyet ilkesinin bir tezahüründen başka bir şey olmadığı rahatça belirtilebilir.

cc- Kötü niyetin ölçüt niteliği

Kötü niyet (veya dürüstlük kuralına aykırılık) bazen hakların kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için bir ölçüt olarak kullanılmaktadır⁵⁹⁵. Ancak neyin iyi niyet ilkesine dayalı bir kötüye kullanım teşkil ettiğinin ayrıntıları çoğu zaman açık değildir. Pek çok durumda, iyi niyetin tek başına ele alınmadığı, bunun yerine diğer kötüye kullanım ölçütlerinden birinin *öykünmesi* olduğu görülmektedir. Aslında hakkın kötüye kullanılmasının göstergesi olarak yukarıda da ele alınan meşru menfaat yokluğu⁵⁹⁶, aldatıcı davranışlarla hakkın kullanılması⁵⁹⁷ ve bu bağlamda şekle aykırı yapılan sözleşmenin geçersizliğinin sonradan ileri sürülmesi⁵⁹⁸ veya tarafın kendi muvazaasına dayanması⁵⁹⁹, menfaatler arası oransızlık⁶⁰⁰, çelişkili davranış yasağına aykırılık⁶⁰¹, kanunun amacına aykırı kullanım, sonradan iadesi gereken şeyin talep edilmesi⁶⁰² gibi

⁵⁹⁴ Adam Wallwork, “A Requirement of Good Faith in Construction Contracts?”, **Building and Construction Law**, 2004, Cilt 20 Sayı 4, 257; *Burger King Corp v Hungry Jack’s Pty Ltd* [2001] NSWCA 187 (21 June 2001, Australia).

⁵⁹⁵ Cueto-Rua, s. 996.

⁵⁹⁶ Oğuzman/Barlas, s. 263; İmre, s. 314; Zevkliler, s. 144; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 298; Yargıtay 2. HD. 2004/3467 E. 2004/4621 K. 12.04.2004 T.

⁵⁹⁷ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 300; İmre, s. 317, 326; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 192.

⁵⁹⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 192; Kevork Acemoğlu, Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1962, Cilt 1 Sayı 1, 149-163, s. 151.

⁵⁹⁹ Yargıtay 9. HD. 2016/27850 E. 2020/15432 K. 09.11.2020 T.; Yargıtay 9. HD. 2017/17390 E. 2020/7550 K. 14.09.2020.

⁶⁰⁰ Zevkliler, s. 147; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 302; Oğuzman/Barlas, s. 265; Yargıtay HGK 2004/6-50 E. 2004/38 K. 28.01.2004 T.

⁶⁰¹ Oğuzman/Barlas, s. 270; Serozan, s. 284, 285; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 303; İmre, s. 232, 325; Yargıtay 19. HD. 2006/6489 E. 2006/12076 K. 14.12.2006 T.

⁶⁰² Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 305.

hallerin tamamında dürüstlük kuralına aykırılık (haliyle kötü niyet) söz konusudur ve hakkın kötüye kullanıldığı da bu bağlamda tespit edilmektedir.

Bir limitet şirket ortağının sorumluluğuna ilişkin bir uyuşmazlıkta, Alman mahkemesi şirketin varlığını kabul etmiş, ancak davanın esası değerlendirildiğinde şirket ve ortak malvarlıklarının ayrı olduğu kabulünün iyi niyet ilkesine aykırı olduğu için hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde malvarlığı ayrılığının benimsenmesi halinde kanunun amacından sapılacağı ve amacına aykırı düşüleceği açıkça zikredilmiştir. Kararda amaçtan sapmaya dayanıldığı aşikâr olmakla birlikte bu ölçüt, iyi niyet ilkesi şeklinde karara yansımıştır⁶⁰³.

İsviçre mahkemeleri tarafından da hakkın kötüye kullanıldığı tespiti iyi niyet/dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılmakla birlikte, kararların aslında diğer kötüye kullanım ölçütlerine dayandığı görülmektedir. Örneğin, hukuki müesseselerin kanunun öngördüğü amaçlara aykırı olarak kullanılması haller⁶⁰⁴, şirket genel kurul kararlarının çoğunluk menfaatine ciddi bir katkı sağlamazken azınlık menfaatlerine zarar verdiği haller⁶⁰⁵ dürüstlük kuralı özelinde değerlendirilmektedir. Burada, kötüye kullanım tesis eden kararların yine dürüstlük kuralına dayandığı aşikârken, gerçekten kararlar ya söz konusu eylemin makullüğünü (menfaatler arası eşitsizlik) ya da kanunun amacını esas almaktadır. İsviçre öğretisinde de *von Tuhr*, hakkın kötüye kullanılmasının iyi niyet esaslarına tabi olduğunu, hak sahibinin uygun davranarak zaruretlere ve karşı tarafın çıkarlarına saygı göstermesinin icap ettiğini, aksi halde hakkın kötüye kullanılmasından sorumlu tutulacağını, hakkın kötüye kullanılması halinin hukuk tarafından korunmadığını ve kanuna aykırı olduğunu, haliyle bundan doğan zararların tazmin edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁰⁶.

Yine, iyi niyet, tanımlanmış veya açık bir kötüye kullanım ölçütünden ziyade genel bir kısıtlama olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha doğrusu, hakların kullanılmasında makullük kavramının eş anlamlısı gibi görünmektedir. Bu nedenle, İsviçre hukuku ve

⁶⁰³ Bolgar, s. 1029 vd.

⁶⁰⁴ Bolgar, s. 1036.

⁶⁰⁵ Bolgar, s. 1036.

⁶⁰⁶ Cueto-Rua, s. 998.

Alman hukuku örneğinde olduğu gibi kanunun belirli kötüye kullanım hallerini açıkça somutlaştırmadığı hukuk düzenlerinde, mahkemeler hakkın kötüye kullanıldığını tespit etmek için iyi niyet kavramından faydalanmaktadır.

İyi niyetin bir kötüye kullanım göstergesi olarak ele alınmasında, pozitif ahlak ve temel hakkaniyet kurallarının esas alındığı ifade edilmektedir⁶⁰⁷. İyi niyet ölçütünün benimsenmesinde karar vericilerden, ahlaki normlara ve adalet duygusuna dayanarak hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemelerinin beklendiği görülmektedir. İyi ve kötünün göreceli kavramlar olduğu göz önüne alındığında, bu tür açık uçlu bir kötüye kullanım ölçütünün benimsenmesi bireylerde ciddi önyargılara neden olabilir. Çünkü böyle bir yaklaşım karar vericileri, bir hakkın korunması mı yoksa feda edilmesi mi gerektiğini değerlendirirken kişisel tercihlerine başvurmaya davet etmektedir⁶⁰⁸. Dolayısıyla, iyi niyet ölçütünün doğası gereği geniş ifadesi göz önüne alındığında, sağlam bir gösterge haline getirmeyen, belirlenemez değişken parametreler taşıdığı ileri sürülmektedir⁶⁰⁹. Diğer taraftan, iyi niyetin bir kötüye kullanım ölçütü olarak etkinliği sorgulanarak, hakların kötüye kullanılması ilkesi açısından önemi ve vazgeçilmezliği göz ardı edilmemelidir. Almanya örneğinde olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde, Alman Medeni Kanunu'nun 226. maddesinin dar gözüken kapsamı da göz önüne alındığında, iyi niyet (yani aslında dürüstlük kuralı) mahkemeler tarafından hakkın kötüye kullanılmasına yaptırım uygulamak ve ispat güçlüklerini aşmak amacıyla düzenli olarak kullanılmaktadır⁶¹⁰. Bu sebeple, haklı olarak Alman Medeni Kanunu'nun 242. maddesinin hakların kullanılmasının sınırlandırılmasında çok önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir.

Zimmermann/Verse tarafından hazırlanan örnek bir olay incelemesinde⁶¹¹, aylık 1.000 Alman Markı ödemek zorunda olan bir kiracı 900 Mark ödemiş ve bu ödemelere üç yıl boyunca kiraya veren tarafından itiraz edilmemesine rağmen, sonradan üç yıllık bakiye

⁶⁰⁷ Cueto-Rua, s. 996-997.

⁶⁰⁸ Litvinoff, s. 1661.

⁶⁰⁹ Joseph Thompson, "Good Faith in Contracting: A Sceptical View", ed. Angelo Forte, **Good Faith in Contract and Property Law**, Oxford, Hart Publishing, 1999, s. 75.

⁶¹⁰ Zimmermann/Whittaker, s. 694; Steven Reinhold, "Good Faith in International Law", **UCL Journal of Law and Jurisprudence**, 2013, Sayı 2, 40, s. 42. Belçika hukuku bakımından bkz. De Ly, s. 154-155.

⁶¹¹ Zimmermann/Whittaker, s. 515-516.

borcun ödenmesi istenmiştir. Bu vaka çalışması, ‘*hakkın elde tutulması*’⁶¹² olarak ifade edilmektedir. Burada, kiracının sözleşme şartlarından feragat veya değişiklik gerekçesiyle muvaffak olamayacağı belirtildikten sonra, hakkın kötüye kullanılmasına dayalı bir iddiası olabileceği ifade edilmiş ve hakkın sonradan ileri sürülmesinin kötüye kullanımın özel bir görünümü olan *venire contra factum proprium*⁶¹³ teşkil etmekle iyi niyete aykırı olduğu kabul edilmiştir.

Böylece, mahkemelerin hakların makul olmayan şekilde kullanılmasını sınırlamak için geniş kapsamlı iyi niyet ilkesini nasıl kullandığı gösterilmiş, hakkın kötüye kullanılmasının iyi niyet ilkesinin bir uygulaması olduğu kanıtlanmış ve çelişkili davranış yasağının hakkın kötüye kullanılmasının bir tezahürü olarak algılandığı ortaya konmuştur. Sonuç olarak, incelenen örnekler ve ele alınan önermeler de bir bütün olarak değerlendirildiğinde, iyi niyet veya dürüstlük kuralına aykırılık halinin ve hakkın kötüye kullanılması tespitinde dahi yine makullük ve dengeleme faktörünün esas ölçüt olduğu ileri sürülmektedir.

C- İLKENİN ETKİSİ

1- Çeşitli Görüş ve Uygulamalar

Özellikle hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulaması boyutunda, açıklığa kavuşturulması gereken çeşitli konular gündeme gelmektedir. Bu kurum gözden geçirildiğinde, kurumun esnekliği ve geniş kapsamlılığı ortaya çıkmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, ilkenin kapsamına girmeyecek hiçbir maddi veya usuli hak yoktur⁶¹⁴. Bu denli kapsamlılık, endişe verici olmamakla birlikte, önemli hukuki çıkarları zedeleyebileceğinden, ilkeye yargı makamları tarafından ihtiyatlı bir şekilde başvurulması gerekmektedir⁶¹⁵. Yukarıda karşılaştırmalı bir şekilde de ele alındığı üzere, hukuk düzenleri tarafından iyi niyet ilkesi, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, adalet, hakkaniyet gibi kavramlara yasal düzenlemelerde yer verilmiş olması pozitivist ve

⁶¹² *Sitting on one's rights.*

⁶¹³ Çelişkili davranış yasağı.

⁶¹⁴ Lauterpacht, *Abuse*, s. 312-313.

⁶¹⁵ Tête, s. 78.

kazuistik hukuk yaklaşımını esnetmektedir. Hukuk düzeninin ve modern devletlerin dayanağını teşkil eden *kanunilik ilkesi*, yine kanuni bir çerçevede *hakkın kötüye kullanılması yasağı* ve *yargıya bahşedilen yetki* sayesinde hukuki güvenlik ve kesinlik de sağlanmakta ve adalet temin edilmektedir. Ancak burada yargının kanun koyucu yerine geçemeyeceğini, hakkın kötüye kullanılması uyarınca mağdura yeni bir sübjektif hak bahsedemeyeceğini ve hatta mevcut hakkı dahi değiştiremeyeceğini veya ortadan kaldıramayacağını ifade etmek lazımdır⁶¹⁶.

Öncelikle, bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının yargı organları tarafından varsayılamayacağını, ancak bu iddiada bulunan kişi tarafından kanıtlanması zorunluluğunu vurgulamak gerekir⁶¹⁷. Bu durum uluslararası hukukta da geçerlidir⁶¹⁸. *Polonya-Yukarı Silezya*'daki birtakım Alman çıkarlarıyla ilgili bir davada PCIJ tarafından da aynı sonuca varılmıştır: “*bu tür bir kötüye kullanım [hakkın kötüye kullanılması] varsayılmaz ve böyle bir kötüye kullanım olduğunu ileri süren taraf ispat yükünü taşımaktadır*”⁶¹⁹.

Aslında bu kurumun açık hukuki düzenlemelerden bir sapma oluşturduğu ve haklara *ex post facto*⁶²⁰ bir kısıtlama getirdiği göz önüne alındığında, bazıları hakların kötüye kullanılmasının ticari işlemlerde gerekli olan hukuki belirliliğe meydan okuduğunu ve hatta aykırı düştüğünü ileri sürmektedir⁶²¹. Zira, hukuki belirliliğin sağlanabilmesi için hukuk kurallarının kişilerin hak ve görevlerinin bir yansıması olması gerekmektedir. *RomPetrol* uyuşmazlığında hakem heyeti “*anlaşma taraflarının üzerinde açık bir dille anlaşmaya vardıkları hususları geniş kapsamlı bir prensip tartışması uğruna bir kenara bırakmaya eş değer bir yaklaşımda büyük zorluk yaşayacağını*” belirtmiştir⁶²². Ancak, bir anlaşmanın/sözleşmenin açık hükümlerine rağmen, hakemlerin tahkim sürecinin kötüye

⁶¹⁶ Antalya, s. 281; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 289.

⁶¹⁷ Byers, s. 399; Lauterpacht, **Development**, s. 163. Aksi yönde bkz. dn. 116.

⁶¹⁸ Kiss, s. 33.

⁶¹⁹ *Germany v. Poland* (1926), **PCIJ** (Ser. A) No. 7, 30; *France v. Switzerland* (1932), **PCIJ** (Ser. A/B) No. 46, 167.

⁶²⁰ Sonradan.

⁶²¹ Petrova, s. 481; Catherine LaLumiere, “Speech”, Europarat, **Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application: Proceedings of the 19th Colloquy on European Law Luxembourg 6-9 November 1989**, Strasbourg, Council of Europe, 1990, s. 12.

⁶²² *RomPetrol Group N.V. v. Romania*, **ICSID** Case No. ARB/06/03, 18 April 2008, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, para. 85.

kullanılmasını yasaklamaya ve kötü niyetli davranışı engellemeye istekli ve meyilli olduğunu gösteren yatırım tahkimi davaları da vardır⁶²³.

İlkenin hukuki belirliliği olası ihlali, hakkın kötüye kullanılmasına yönelik zorlayıcı bir eleştiri olarak görünmemektedir. Hakların kötüye kullanılması gibi hakkaniyete dair herhangi bir ilke, hukuka bazı belirsizlikler getirebilir⁶²⁴. Hukuki belirlilik üstün bir vazife olmakla birlikte, hakkaniyete uygun ve adil bir sonuca ulaşma karşısında hukuki belirliliğe gereğinden fazla önem atfedilmemelidir. Çünkü hukuki belirliliğin teşviki amacıyla fazla detaycı kurallar öngörülse dahi, bu detaycı kurallar özgün çözümler gerektirebilecek özel durumları karşılamakta yetersiz kalacaktır. Belirlilik her zaman esnekliğe karşıdır ve esneklik de genellikle tek başına desteklenen bir değerdir. Söz konusu belirsizlik, herhangi bir genel hukuk ilkesi uygulandığında ortaya çıkan belirsizlikten farklı değildir⁶²⁵. Zaten dengeleme faktörü gibi nesnel bir kötüye kullanım ölçütünün benimsenmesi, hakkın kötüye kullanılmasıyla ilgili belirsizliklerin çoğunu da nispeten sınırlamaktadır. Gerçekten de dengeleme faktörü, belirsiz ve değişken parametreler taşıyan kamu düzeni kavramına ilişkin olarak da benzer şekilde kabul edilmiştir⁶²⁶. Ayrıca burada, hakkın kötüye kullanılmasının sınırsız ve açık uçlu bir uygulaması tartışılmamakta veya savunulmamaktadır. Bunun yerine, bir kişinin hak ve yükümlülüklerinin ancak hakkı tesis eden hukuki düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesinin icap ettiği, hiçbir hakkın mutlak ve mücerret olmadığı, tüm hakların makul bir şekilde kullanılması gereğinin altı çizilmektedir⁶²⁷.

Öte yandan ilkenin uygulanması bireysel hakları tartışmalı bir şekilde ihlal ettiğinden, ilkenin uygulanmasının mahkemelere/hakemlere geniş bir takdir yetkisi

⁶²³ Voon/Mitchell/Munro, s. 63-64; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 June 2010, Award, para. 123-124; *Libananco Holding Ltd v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, 23 June 2008, Decision on Preliminary Issues, para. 78; *Millicom International Operations BV and Sentel GSM SA v. Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, 16 July 2010, Decision on Jurisdiction, para. 84.

⁶²⁴ Bkz. dn. 622 ve 623.

⁶²⁵ Foster, s. 352.

⁶²⁶ Kamu düzeninin subjektif olarak ele alınması gerektiği hakkında bkz. *Besant v. Wood*, [1879] 12 Ch 605, 620. Ancak bu görüş eleştirilmiş ve böylece objektif standart benimsenmiştir. Lawrence Collins, **Dicey and Morris on the Conflict of Laws Volume 1**, 13. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2001, s. 81.

⁶²⁷ İmre, s. 307; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 291

verdiği, *laissez-faire*⁶²⁸ yaklaşımına aykırı olduğu ve yargı makamlarını muhtemelen yüksek derecede adli hukuk yaratmaya davet ettiği belirtilerek ilke eleştirilmektedir⁶²⁹. Bu tür bir eleştiri *ilk bakışta* mantıklı ve kabul edilebilir olmakla birlikte, ilkeye *doğrudan* yöneltilmemiş gibi görünmektedir. Bu eleştiri daha ziyade, ilkenin geniş kapsamı ve katı düzenlemeler yerine karar vericilere bahşettiği takdir yetkisini göz önüne alarak, ilkenin kötüye kullanılabileceğine dair endişeleri göstermektedir. Ancak yargılama faaliyetinin zaten bireysel değerlendirmeye dayalı güçlü bir takdir yetkisine tabi olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Gerçekten, yargı makamlarına bu ilke ile tanınan takdir yetkisi iyi niyet, makullük⁶³⁰ ve kamu düzeni⁶³¹ gibi yerleşmiş ilkeler ve kapsayıcı kavramların bahşettiği takdir yetkisinden de daha kapsamlı değildir. Bu itibarla, hakkın kötüye kullanılmasında yargı makamlarına tanınan takdir yetkisinin, kusur veya uygun davranma ya da iyi niyet ölçütlerinin uygulamasında bahsedilen takdir yetkisiyle açıkça aynı olduğu da haklı olarak ifade edilmekte, yargı makamlarının da kendilerine bahsedilen takdir yetkisini kötüye kullanma yönünde herhangi bir eğilim göstermediği ileri sürülmektedir⁶³².

Buna göre, hakkın kötüye kullanılmasının dayandığı takdir yetkisini eleştirmek yerine, fiili ve hukuki birçok meseleyi karara bağlamak için kanunun takdir yetkisi bahşettiği hâkimin/hakemin niteliğine odaklanmak daha büyük önem arz etmektedir. Gerçekten ne kadar ustalıkla hazırlanmış olursa olsun hiçbir formül, hâkimin karakterinden bağımsız olarak “iyi niyet” veya “hakkın kötüye kullanılması” kisvesi altında yargısal takdir yetkisinin kullanılmasını kontrol edemez. Eğer “iyi niyetin gerektirdiği şey”, makul bir insanın içinde bulunduğu koşullardaki davranış biçimi ise, bu davranışı belirlemek için hâkimin kendisi de makul bir adam olmalıdır. Hâkimin takdir yetkisi genişledikçe adaletin en yüksek kalibresinin korunması giderek daha önemli hale gelmektedir⁶³³. Bu nedenle ticari işlemlerde aranan hukuki belirlilik, karar vericilerin hakkın kötüye kullanılması tespitinde sahip oldukları takdir yetkisinin ilkenin açık

⁶²⁸ Bırakınız yapsınlar.

⁶²⁹ Gutteridge, s. 40.

⁶³⁰ Crabb, s. 23; Zimmermann/Whittaker, s. 689-699; Fletcher, s. 953.

⁶³¹ Kojo Yelapaala, “Restraining the Unruly Horse: The Use of Public Policy in Arbitration, Interstate and International Conflict of Laws in California”, **The Transnational Lawyer**, 1989, Sayı 2, 379, s. 380-381 ve 394; Mahkemenin kamu düzenini gözeterek *lex domicilii* uygulamayabileceği konusunda takdir yetkisine ilişkin bkz. *Russ v. Russ*, [1962] 3 W. L. R. 930, 939.

⁶³² Knapp, s. 118.

⁶³³ Tête, s. 83.

tezahürleri dışında sınırlandırılmasıyla korunabilir. Özellikle yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında, hakkın kötüye kullanılması ilkesine nadiren açık bir şekilde başvurulduğu görülmektedir⁶³⁴.

Sonuç olarak, hakkaniyete dair tüm ilkelerde olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması ilkesi de karar vericilere geniş bir takdir yetkisi bahşetmektedir. Bu sebeple ilke son derece ihtiyatlı bir şekilde uygulanmalı ve mahkemelerin/hakemlerin kişisel tercihlerine dair önyargıları gidermek için nesnel ölçütler esas alınmalıdır. Karar vericiler, sadece kötüye kullanımın *bariz* ve *aşikâr* olduğu istisnai durumlarda bu ilkeye başvurmalı ve bu ilkeden yararlanmalıdır.

Öte yandan, ilkenin yanlış uygulanmasını önlemek için katı bir ölçüt tercih edilmemesi de gerekmektedir⁶³⁵. Zira aksini kabul, kanunun katılığını iyileştirmek için benimsenen ilkenin varlık sebebine *kendiliğinden* ve *zorunlu olarak* aykırı düşecektir⁶³⁶. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması makullük kavramıyla çok büyük benzerlik arz etmektedir. Çünkü hiçbir kural dizisi her durumda neyin makul olduğunu belirleyemez. Makullük, gelenekler veya ticari teamüller özelinde de kesin bir şekilde belirlenemez. Makullüğün neyi gerektirdiği her zaman bilinemez, ancak hukuk sistemlerinin özündeki bu ucu açık kavram, hukuk düzenlerinin pozitivizmin daraltıcı etkilerini rahatlatmasını sağlamaktadır⁶³⁷.

Burada önerilen dengeleme faktörü, mahkemelere/hakemlere geniş bir takdir yetkisinin bahşedilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu tür önemli bir gücün uyuşmazlık tarafları arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde tanınmış bir hakkın kullanımından doğan menfaatlerin uyuşmazlık özelinde değerlendirilmesiyle sınırlı olduğu ve karar vericinin ahlaki normları veya inançlarına tabi olmadığı da ileri sürülmektedir. Böylece ele alınan endişeler aslında hakkın kötüye kullanılması ilkesinin geçerliliği ve gerekliliğini

⁶³⁴ Voon/Mitchell/Munro, s. 64-65; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, **UNCITRAL**, PCA Case No. 34877, 1 December 2008, Interim Award, para. 143, 146.

⁶³⁵ Borman, s. 389; *Mobil Corp., v. Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 177, 184.

⁶³⁶ Kolb, **Good Faith**, s. 16; Ascensio, s. 764-765.

⁶³⁷ Fletcher, s. 980.

zedelememektedir. Karar vericileri ilkenin kötüye kullanımının önlenmesinde zorunlu olarak *ihtiyatlı* olmaya davet etmektedir.

2- İlkenin Benzer Kavramlar ile İlişkisi

Kanuna karşı hile, aslında emredici bir yasal düzenlemenin yasakladığı sonuca başka bir hükümden faydalanarak ulaşmaktır⁶³⁸. Haliyle, burada amacına aykırı kullanılan bir hukuk kuralı söz konusudur⁶³⁹. Hakkın kötüye kullanılması ile kanuna karşı hile arasında benzerlik bulunduğu ve bu benzerliğin öğretide farklı şekillerde ele alındığı görülmektedir⁶⁴⁰. Bununla birlikte, kanuna karşı hilede zarar aranmıyor oluşu karşısında hakkın kötüye kullanılmasında en azından zarar tehlikesinin varlığının aranması⁶⁴¹, kanuna karşı hilenin tek bir hakkın değil tüm hukuk düzeninin istismarı teşkil ediyor olması⁶⁴², hakkın kötüye kullanılmasında bir hakkın varlığı aranmakta iken kanuna karşı hilede bir yükümlülüğün kaçmanın amaçlanması⁶⁴³, kanuna karşı hilede hak sahibinin büyük bir menfaat sağlaması söz konusuysa hakkın kötüye kullanılmasında hak sahibinin gerçek bir menfaati dahi olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile kanuna karşı hilenin ayrı hukuki kurumlar olduğu görülmektedir. Yargıtay tarafından da hakkın kötüye kullanılması

⁶³⁸ İmre, s. 309; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Dural/Sarı, s. 232; Akyol, s. 15; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 388.

⁶³⁹ İmre, s. 310; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Zevkililer, s. 148; Yargıtay HGK 1990/9-52 E. 1990/84 K. 14.02.1990 T.

⁶⁴⁰ Çeşitli görüşler için bkz. İmre, s. 309; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Dural/Sarı, s. 232, 233; Akyol, s. 15; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 388; Saymen, s. 285; Kavak, s. 23; Velidedeoğlu, s. 351; Edis, s. 329.

⁶⁴¹ Topçuoğlu, s. 229; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 297; Kavak, s. 99; Edis, s. 329.

⁶⁴² Kavak, s. 146.

⁶⁴³ Saymen, s. 285; Kavak, s. 23.

ilkesinin emredici kanun hükümleri karşısında uygulanamayacağı, burada çelişkili davranış yasağının dahi işlemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁴⁴.

Muvazaa kavramı danişıklı işi ifade etmektedir. Taraflar görünürdeki hukuki işlem yoluyla üçüncü kişileri yanıltmayı veya aldatmayı hedefleyerek gerçek iradelerini yansıtmayan, aralarında hüküm ifade etmeyen ve sonuç doğurmayan bir hukuki ilişki yaratmaktadır⁶⁴⁵. Hakkın kötüye kullanılması ile benzerlik arz etmekle birlikte, muvazaada iki tarafın süje olarak üçüncü kişileri hedef alması, muvazaada en azından iki kişinin dahil olması gereği gibi hususlarla muvazaa kurumu hakkın kötüye kullanılması yasağından ayrılmaktadır.

Son olarak, *haksız davranış* durumunda hakkın şekli sınırları aşarak esasında hak sahibi olunmayan alana geçilmektedir⁶⁴⁶. Burada hak kullanımı olarak gözüken şey haksız fiilden başka bir şey değildir. Hakkın kötüye kullanılmasında ise hak, şekli sınırları içinde kullanılmakta ancak yargısal denetime tabi tutulmaktadır.

3- İlkenin İşlevleri

İsviçre/Türk hukukunda daha başlangıç hükümlerinde yer verilen dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması ilkesinin aslında tüm hukuk düzenlerinde genel hukuk prensibi olarak yer aldığı tespit edilmiştir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması,

⁶⁴⁴ Yargıtay 23. HD 2013/3692 E. 2013/5707 K. 24.09.2013 T.: “Tarafların anlaşması ile dahi İmar Kanunu’nun emredici hükümlerine aykırı inşaat yapılamaz. Bu kapsamda basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü olan yüklenicinin, arsa sahibinin açık beyanı olsa dahi kaçak, imara aykırı, ruhsat ve projesiz bir şekilde inşaat yapmaması gerekir. Arsa sahibinin bu tür bir rızası imalat bedeli konusunda önem taşısa da arsa sahibinin kaçak inşaatı ses çıkarmaması, hatta kaçak inşaatı kullanmak suretiyle tasarrufta dahi bulunduktan sonra fesih isteminde bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez.”.

⁶⁴⁵ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 297; Yargıtay 9. HD. 2016/27850 E. 2020/15432 K. 09.11.2020 T.; Yargıtay 9. HD. 2017/17390 E. 2020/7550 K. 14.09.2020.

⁶⁴⁶ Sızmaçoğlu, s. 81.; Altaş, **Medeni Hukuk**, 294; İmre, s. 309; Zevkliler, s. 146; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187.

adaletin temin edilmesi ve hakkaniyetin sağlanmasında esaslı bir dayanak teşkil etmekte ve önemli işlevler üstlenmektedir.

Yukarıda çeşitli örneklerle işlevleri ifade edilmiş olmakla birlikte, dürüstlük kuralının işlevleri olarak karşımıza çıkan çeşitli fonksiyonların yaptırımı hakkın kötüye kullanılması yasağıdır: **(i)** Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde doğruluk ve sadakat esaslarını vurgulayarak ve hakkın amacının da gözetildiği objektif ölçütün benimsenmesi⁶⁴⁷, **(ii)** sözleşme öncesi sorumluluk doğurarak karşı tarafı koruma, aldatıcı davranışlardan kaçınma, doğru bilgilendirme, uyarma gibi yükümlülükler atfetmesi⁶⁴⁸, **(iii)** sözleşmenin kurulmasında bir tarafın irade açıklamasındaki beyanının objektif anlamının tespiti sayesinde karşı tarafın güveninin korunmasını sağlanması⁶⁴⁹, **(iv)** hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmenin ikincil unsurlarının tamamlanmasını sağlaması⁶⁵⁰, **(v)** hukuki işlemlerin tahvili sayesinde geçersiz işlemlere geçerlilik bahşedilmesi⁶⁵¹, **(vi)** sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını sağlaması⁶⁵², **(vii)** taraflarca öngörülmemiş yan borçların kaynağını oluşturması. Bu bakımdan dürüstlük kuralının yorumlayıcı, tamamlayıcı, sınırlayıcı ve düzenleyici işlevleri ile tespit edilen yükümlülüklerle aykırılık hali sözleşmenin iptali, zararın tazmini gibi çeşitli yaptırımlara tabi tutulmaktadır⁶⁵³.

Böylece hakkın kötüye kullanılması yasağının kanunların ve hukuki düzenlemelerin katılığını gidermede *iyileştirici* veya *düzeltilici* bir fonksiyon üstlendiği, dürüstlük kuralına

⁶⁴⁷ Edis, s. 314; Oğuzman/Barlas, s. 257; Zevkliler, s. 135; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 274 vd.; Yargıtay 6. HD. 2004/220 E. 2004/302 K. 26.01.2004 T.

⁶⁴⁸ Edis, s. 314; Zevkliler, s. 142; Yargıtay 6. HD. 2012/11089 E. 2013/4690 K. 19.03.2013 T.

⁶⁴⁹ Edis, s. 309; İmre, s. 291; Dural/Sarı, s. 204; Yargıtay HGK 1990/2-346 E. 1990/586 K. 21.11.1990 T.

⁶⁵⁰ Edis, s. 309; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 174; Zevkliler, s. 140; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 278.

⁶⁵¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 172; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 280; İmre, s. 297; Zevkliler, s. 137; Yargıtay HGK 2010/14-14 E. 2010/15 K. 27.01.2010 T.; Yargıtay 3. HD. 2006/189 E. 2006/1831 K. 07.03.2006 T.; Yargıtay HGK 2009/14-456 E. 2009/496 K. sayılı ve 11.11.2009 tarihli kararı.

⁶⁵² Edis, s. 315; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 283; Yargıtay 13. HD. 2009/12631 E. 2010/2398 K. 01.03.2010 T.

⁶⁵³ İmre, s. 294; Edis, s. 314; Zevkliler, s. 142; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 277.

aykırı hak kullanımını da sınırlayıcı bir fonksiyon gösterdiği ve hukuka aykırı bir sonucun doğmasını *önleme* veya *engelleme* işlevi üstlendiği açıktır.

Özellikle benimsenen objektif davranış ölçütü sayesinde⁶⁵⁴, kanun koyucular tarafından öngörülen hukuk kurallarına ilişkin belirsizliklerin yargı makamları tarafından giderilmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı sayesinde farklı vakıalara sahip uyuşmazlıklar kapsamlı bir şekilde çözülerek belirsizlikler aşılmaktadır. Hukuk kurallarının katı bir görünüm sergilediği düzenlemeler yargı makamı tarafından hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurularak düzeltilmekte, böylece hukukun esnekliği de temin edilmektedir. *Görünüşte adalet* ile *fiili adalet* arasındaki bağlantı korunmaktadır⁶⁵⁵. Burada, hukuk kuralının uyuşmazlığa uygulanması neticesinde hakkın kötüye kullanılmasının ortaya çıkması üzerine doğan örtülü boşluk, adaletli bir sonucu sağlamak üzere hakkın kötüye kullanılması işlevselleştirilerek doldurulmaktadır⁶⁵⁶. Bunun yanında, hakkın kötüye kullanılması ilkesi adil olmayan sonuçların önlenmesinde, yeni sözleşmesel yükümlülüklerin hâkim tarafından oluşturulmasını sağlamaktadır⁶⁵⁷. Özellikle öngörilemeyen yeni koşulların vukuunda sözleşmenin uyarlanması kapsamında⁶⁵⁸, gerçek hak ve görünüşteki hakkın çelişki arz ettiği hallerde⁶⁵⁹, kabul edilemez sonuçların engellenmesinde⁶⁶⁰ hakkın kötüye kullanılması ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca güven sorumluluğunun sınırları da hakkın kötüye kullanılması ilkesi

⁶⁵⁴ Ataay, s. 418; Giritlioğlu, s. 8; Özsunay, s. 309; Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2008, s. 78.

⁶⁵⁵ Voyame/Cottier/Rocha, s. 48; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 289.

⁶⁵⁶ Lauterpacht, **Function**, s. 308; Edis, s. 132; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 249; Çiğdem Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, Cilt 50 Sayı 1, 91-119, s. 93.

⁶⁵⁷ Edis, s. 129; Quebec Yüksek Mahkemesi *Posluns v. Enterprises Lormil Inc.*, [1990] Quebec 200-05-001584-858, J.E. 90-1131 (C.S.), atf. Jukier, s. 235.

⁶⁵⁸ Kemal Tahir Gürsoy, **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus – Emprevizyon Nazariyesi**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s. 36; Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat, 2011, s. 206.

⁶⁵⁹ İmre, s. 304; Akyol, s. 21; Kavak, s. 66.

⁶⁶⁰ Antalya, s. 278; İmre, s. 308; Antalya/Topuz, s. 505; Serozan, s. 281.

sayesinde tespit edilmektedir⁶⁶¹. Böylece hakkın kötüye kullanılmasının *iyileştirici* ve *düzeltilici işlevi* açık bir şekilde zuhur etmektedir.

Bu işlevlerin menfî görünümü *önleme* ve *engelleme işlevi* olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi, somut uyuşmazlıkta kötüye kullanılan hakla erişilmek istenen hukuki sonucu engellemektedir⁶⁶². Bir hakkın hukuk düzeni tarafından korunmaması ve böylece yargı makamlarının talep veya savunmayı reddetmesine imkân sağlayarak hakkın kötüye kullanılmasıyla arzulanan sonucun gerçekleşmemesine yöneliktir⁶⁶³. Anglo-Sakson hukukunda ayrı bir dava sebebi teşkil edip etmediği yukarıda tartışılmış olmakla birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışların münferit dava sebebi oluşturduğu da savunulmaktadır⁶⁶⁴. Eğer hakkını kötüye kullanan kişi davalı ise, söz gelimi şekil eksikliği nedeniyle geçersizlik veya zamanaşımı ya da hak düşürücü süre bakımından savunmalar dermeyan ediyorsa, bu savunmalar hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında dikkate alınmayacak ve davacı lehine karar verilecektir⁶⁶⁵. Hakkını kötüye kullanan kişi davacı ise, bu sefer karşı taraf olan davalı mağdur korunacak ve dava reddedilecektir⁶⁶⁶.

Yine de hakkın kötüye kullanılması yasağının *düzeltilici işlevi* burada da etkili olarak hâkime sadece davayı ve/veya savunmayı kabul veya ret gibi sınırlı bir seçenek değil, mevcut uyuşmazlığın tabi olduğu vakialara göre *özellikli bir çözüm* getirmesine hizmet etmektedir⁶⁶⁷. Kötüye kullanılan hakkın korunmaması yanında, tazminat ve hatta aynen ifa gibi seçenekler de yargı makamları tarafından kullanılabilir⁶⁶⁸. Haliyle, kanun koyucu tarafından kötüye kullanılan hakkın korunmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen **(i)** bu hakkın geçersiz mi sayılacağı, **(ii)** yoksa geçerli addedilerek mağdurun zararının mı giderileceği, **(iii)** zararın nasıl tespit edileceği, **(iv)** aynen ifa

⁶⁶¹ Edis, s. 317; İmre, s. 294; Dural/Sarı, s. 249; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 276; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 8.

⁶⁶² Zevkliler, s. 149; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 306.

⁶⁶³ Zevkliler, s. 149.

⁶⁶⁴ İmre, s. 326; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 306.

⁶⁶⁵ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 306.

⁶⁶⁶ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 307.

⁶⁶⁷ Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 289.

⁶⁶⁸ Serozan, s. 281; Akyol, s. 77; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 326.

talebinin mümkün olup olmadığı gibi hususların tamamının zaten ilkenin de gerektirdiği şekilde somut olaya göre çözümlenmesi gerekmektedir⁶⁶⁹.

III- DEĞERLENDİRME

*“Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukuk düzenleri tarafından benimsenmemesi akıntıya karşı kürek çekmekten ibarettir.”*⁶⁷⁰

Bu bölümde, hakkın kötüye kullanılmasının karakteristik unsurları ile bunların çeşitli hukuk sistemlerindeki uygulaması karşılaştırmalı bir şekilde gözden geçirilmiştir. Böylece ilkenin uygulama koşulları vurgulanmıştır. İlkeye dair temel kaygılara atfen, bunlarla başa çıkma yolları çeşitli örneklerle değerlendirilerek belirlenmeye çalışılmıştır. İlkenin kabul edilmiş yasal bir hakkın varlığını varsaydığı ve böyle bir hakkın hak sahibi tarafından kötüye kullanılması nedeniyle hukuki korumadan faydalanamadığı açık bir şekilde tespit edilmiştir. Hakkın kötüye kullanıldığını belirlemek için düzenli olarak kullanılan çeşitli testler/ölçütler hakkında yapılan bir tartışma üzerine ve her bir ölçütün doğasında bulunan sınırlamalara dayanarak dengeleme unsurunun etkili ve işlevsel bir kötüye kullanım ölçütü teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

Hiçbir hakkın makul olmayan bir şekilde kullanılamayacağına dair bir tür genel kabul olduğunu ve bunun da katı bir kural veya testle tespit edilemeyeceğini, mevcut çatışan menfaatlerin esnek bir dengeleme faaliyetiyle karşılaştırılması gerektiğini ileri

⁶⁶⁹ Saymen, s. 296. Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenleniş biçimi de sırf teorik ve lafzi bir perspektiften eleştirilebilir. Çünkü “... hukuk düzeni tarafından korunmaz.” şeklindeki menfi bir söylem uygulama aşamasında güçlük doğurmakta olduğundan bunun yerine “... sorumlu olacaktır.” veya “... bundan doğan zararı gidermekle yükümlüdür.” gibi müspet bir ifade daha sağlıklı olacaktır.

⁶⁷⁰ Leggatt J, *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation* [2013] EWHC 111 (QB).

sürmek ‘*makul*’dür⁶⁷¹. Bu şekilde bir dengeleme, her hak için uygun bir sınır oluşturur ve hukuk sisteminin düzgün ve uygun işleyişini temin eder⁶⁷².

Dengeleme faktörünün salahiyeti, ilgili tarafların çatışan menfaatleri arasında adil bir denge arayan ve bunu koruyan bir araç olarak doğasından kaynaklanmaktadır. Karar vericilere yol gösterecek katı kuralların benimsenemeyeceği belirtilirken, dengeleme unsurunun birtakım alt faktörleri içermesi gerekmektedir. Diğerlerinin yanı sıra bu alt faktörler, mahkemeler tarafından kötüye kullanım ölçütü olarak faydalanılan göstergeleri (kötü niyetin varlığı, hakkın amacı ve meşru menfaat gibi) içermektedir ve her hukuki uyuşmazlık bakımından zorunlu olarak değişiklik gösterecek olan, rekabet halindeki tüm menfaatlere ilişkindir. Diğer bir alt faktör, ilgili davranışın makul olup olmadığını değerlendirmek için *karşılaştırmalı zarar testi* yapılmasını gerektirmektedir.

Bu harikulade düzeltici aracın farklı hukuk sistemlerinde küresel olarak kabul edilmesi, aşağıda tartışılacağı üzere bunun uluslararası tahkimde genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir.

⁶⁷¹ *Tidewater Inc. et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/10/5, 8 February 2013, Decision on Jurisdiction, para. 147.

⁶⁷² Cheng, s. 136.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TAHKİM VE İLKENİN YANSIMALARI

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemeleri, ticari hayatın gereksinimlerini çoğu zaman karşılayamamaktadır⁶⁷³. Özellikle farklı hukuk sistemlerinin ve kültürlerin mensubu olan taraflar, devlet mahkemelerinin uzmanlığına ve tarafsızlığına karşı şüpheyle yaklaşmaktadır. Bu çerçevede, uyuşmazlıkların etkili bir şekilde çözümlenerek nihai ve icra edilebilir bir karara ulaşmak için tahkimden faydalanılmaktadır⁶⁷⁴.

Bu uyuşmazlık çözüm yöntemi sayesinde uzman hakemler tarafından uyuşmazlık taraflarına daha bağımsız ve tarafsız, daha hızlı ve gizli bir yargılama sunulmaktadır⁶⁷⁵. Bunun yanında, devlet mahkemelerinin aksine tarafların irade özerkliği tahkim bünyesinde daha etkindir. Taraflara hakem seçimi, uygulanacak hukuk ve usul seçimi gibi geniş bir serbesti ve kontrol imkânı bahşedilmiştir⁶⁷⁶. Bu da tahkime olan ilgiyi pekiştirmektedir⁶⁷⁷. Ayrıca, tahkim yargılaması neticesinde tesis edilen kararın tenfizinin

⁶⁷³ Ekin Tuna, **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 1; Mustafa Erkan/ Sibel Özel/ Hatice Selin Pürselim/ Hüseyin Akif Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2022, s. 778.

⁶⁷⁴ Tuna, s. 2; Born, **Arbitration**, s. 73-91; Albert Fiadjoe, **Alternative Dispute Resolution: A Developing Perspective**, Londra, Cavendish Publishing Ltd, 2004, s. 74.

⁶⁷⁵ Erkan/Özel/Pürselim/Karaca, s. 779 vd.; Born, **Arbitration**, s. 89 vd.; Fiadjoe, s. 74; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl**, s. 2602-2604; Şanlı, s. 319-324; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 170-171; Akıncı, s. 9-12; Halil Rahman Başaran, **Uluslararası Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 37. Örneğin bkz. MTK madde 7/C; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 21; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 11; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 5/4; 2021 AAA Ticari Tahkim Kuralları madde R-13; 2021 AAA Uluslararası Tahkim Kuralları madde M-13; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 14/1; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 16/1; UNCITRAL Model Kanun madde 12.

⁶⁷⁶ Örneğin bkz. MTK madde 7, 8; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 22 vd.; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 21; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 15/1, 5/3, 16/1, 22/1; 2021 AAA Ticari Tahkim Kuralları madde R-22; 2021 AAA Uluslararası Tahkim Kuralları madde M-9; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 14/1, 17, 18, 21; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 3, 4, 18.

⁶⁷⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 319-324; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C. 6, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 5939.

birçok uluslararası antlaşma⁶⁷⁸ ile düzenlenmiş ve kolaylaştırılmış olması da tahkim yargılamasının avantajını artırmaktadır⁶⁷⁹. Gerçekten, ampirik çalışmalarda da kişilerin devlet mahkemesine nazaran tahkimi tercih ettiği açığa çıkmaktadır⁶⁸⁰. Hatta, uluslararası tahkim *ekspres bir tren* olarak nitelendirilmekte⁶⁸¹, uluslararası ticaret alanında temel uyuşmazlık yöntemi olarak alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden biri olmadığı dahi söylenebilmektedir⁶⁸². Sadece 2014 yılında beş binin üzerinde uyuşmazlığın tahkim aracılığıyla çözümlendiği de göz önüne alındığında bu önermelerin doğruluğu teyit edilmektedir⁶⁸³.

Şüphesiz, tahkim yargılaması da dahil olmak üzere hiçbir yargılama sistemi suistimal ve kötüye kullanmaya yönelik olamaz⁶⁸⁴. Bu nedenle, tahkim yargılamasının kötüye kullanılmasını desteklemek paradoksal olacaktır. Çünkü böyle bir durum yargılamanın verimliliğine ilişkin şüpheler uyandırabilir, tarafların çıkar ve beklentilerini karşılamak ve müşterek niyetlerini korumak için oluşturulmuş bir yargılama sistemine güvensizlik doğurabilir. Bu bağlamda, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin tahkim yargılamasının iyi yürütülmesini sağladığı için gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Yargı erkinin münhasır bir şekilde devlete ait olduğu ve devletin de tahkim

⁶⁷⁸ Yabancı hakem kararlarının icrasını kolaylaştıran bazı anlaşmalara örnek olarak bkz. 1958 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki tarihli New York Konvansiyonu; Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizine Dair Riyad Konvansiyonu; 1972 İktisadî, Bilimsel ve Teknik İşbirliğinden Doğan Medenî-Hukukî Uyuşmazlıkların Tahkimde Çözülmesine İlişkin Moskova Konvansiyonu; 1975 Uluslararası Ticari Tahkim Konulu Amerikanlararası Panama Konvansiyonu gösterilebilir. Ayrıca bkz. Redfern, **Redfern**, s. 617-660.

⁶⁷⁹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321; Mauro Rubino-Sammartano, **International Arbitration Law and Practice**, 3. Baskı, New York, Juris Net, 2014, s. 3 vd.; Sophia Zheng Tang, **Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law**, Abingdon, Routledge, 2014, s. 1 vd.

⁶⁸⁰ Queen Mary University of London/ White & Case, “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”, s. 5. Tahkim yolunun olumlu ve olumsuz yönleri hakkında usuli değerlendirmeler için bkz. E. Scott Fraser, “International Arbitration of Multi-Party Contract Disputes: The Need For Change”, **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, 1983, Sayı 6, 427, s. 427; Nevhis Deren Yıldırım, “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002, Sayı 4, s. 37-44.

⁶⁸¹ James H. Carter, “Preface”, ed. James H. Carter, **The International Arbitration Review**, 6. Baskı, Londra, Law Business Research Ltd, 2015, s. vii.

⁶⁸² Fiadjoe, s. 71.

⁶⁸³ Markus Altenkirch/ Nicolas Gremminger, “Parties’ Preferences in International Arbitration: The Latest Statistics of the Leading Arbitral Institutions”, **Global Arbitration News**, 2015, s. 1.

⁶⁸⁴ Ascensio, s. 765; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, **ICSID Case No. ARB/06/8**, 23 June 2008, Decision on Preliminary Issues, para. 78.

yargılaması üzerinde kaçınılmaz denetleme hakkının varlığı gözetilerek⁶⁸⁵ tahkim yargılamasının yarattığı uzman ve hızlı yargılama faaliyeti avantajlarının devlet mahkemesi denetimi kapsamında kaybolmaması⁶⁸⁶ ve adil, usule uygun, keyfi olmayan kararların tesis edilebilmesi için hakkın kötüye kullanılması ilkesi vazgeçilmezdir. İnceleneyeceği üzere, hakkın kötüye kullanılması ilkesi tahkim yargılamasında adaleti sağlaması, verimliliği teşvik etmesi ile hakemlerin adil ve makul bir sonuca ulaşmasının yanında tahkim yargılamasının bütünlüğünü koruması bakımından büyük önem arz etmektedir⁶⁸⁷.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasının, uyuşmazlığın esasına ilişkin (adillik, makullük ve hakkaniyete uygun sonuçlar gibi) temel beklenti ve menfaatlere eşit olarak hizmet ettiği ileri sürülmektedir⁶⁸⁸. 1979 tarihli 3276 sayılı ICC uyuşmazlığında, başvuru konusu hakkın kötüye kullanılması ve bu ilkenin hakemlerin *amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* (dostane aracı) olarak karar verme gücüyle bağlantısı tartışılmıştır⁶⁸⁹. Bu uyuşmazlıkta hakem heyeti eşitlik, adalet ve hakların kullanılması arasında bir bağlantı kurmuştur. Hakkaniyet ve eşitlik mülahazaları çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanmasının gerektiği hüküm altına alınmıştır. Daha da önemlisi hakemler, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanması için olmazsa olmaz koşulların oluşmadığı durumlarda (hakkın kötüye kullanılması kötü niyetli değilse, hak meşru bir amaç için kullanılıyorsa ve makul ise) dahi, hakkın kullanımını sonuçları itibarıyla

⁶⁸⁵ Tuna, s. 10; Nuray Ekşi, “İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetim”, **Argumentum Hukuk Dergisi**, 1992, Sayı 24, 1992, s. 371; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 583.

⁶⁸⁶ Tuna, s. 10.

⁶⁸⁷ Bu kapsamda çeşitli tahkim kurallarında da tahkim hakem heyetine bu görev isnat edilerek suistimalin önlenmesinde çeşitli yetkiler de bahsedilmiştir. Örneğin bkz. MTK madde 4/3; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 19, 28, 39; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/6; 2021 AAA Ticari Tahkim Kuralları madde R-26; 2021 AAA Uluslararası Tahkim Kuralları madde M-33; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 26/2; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 2, 23/2; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 44/1; UNCITRAL Model Kanun madde 18.

⁶⁸⁸ ICC Case No. 8547 of 1999, ed. Albert Jan van den Berg, **Yearbook Commercial Arbitration 2003 Volume XXVIII**, 2003, Kluwer Law International, para. 19; ICC Case No. 3276 of 1979, ed. Sigvard Jarvin/ Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, 1990, Kluwer Law, s. 86.

⁶⁸⁹ ICC Case No. 3276 of 1979, ed. Sigvard Jarvin/ Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, 1990, Kluwer Law, s. 76 vd.

adil olmayacaksa *hakkaniyeti gözeten mülahazaların yine de bu hakkın kullanılmasını engelleyebileceğini* belirtmiştir⁶⁹⁰.

Bununla birlikte, uluslararası tahkimin doğası gereği usule ilişkin olduğu⁶⁹¹ göz önüne alındığında, bu bölümde esas olarak uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir ilkenin uygulanmasını garanti eden tahkim yargılaması esasları incelenmektedir. Bu kapsamda, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin koruduğu üstün menfaatler tahkim yargılaması boyutuyla ele alınarak, ilkenin yargılamanın ve haliyle adaletin iyi yönetimi için ne kadar önemli olduğunu ortaya koymak amaçlanmaktadır. Ancak öncelikle yargılamanın iyi yönetimi kavramının tanımlanmaktan uzak olduğu ve özünün oldukça belirsiz olduğu kabul edilmelidir. İlkenin yukarıda bahsedilen esasları korumak için nasıl işlediğine başlamadan evvel, ilgili kurucu unsurlar tanımlanarak öncelikle tahkim yargılamasının iyi yönetimi kavramına ışık tutulmalıdır. Böylece, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yargılamanın yönetimi üzerindeki etkisini ve karşılıklı ilişkisini incelemek mümkün hale gelecektir. Akabinde, ilkenin etkisinin daha baskın bir şekilde görüldüğü uygulamaya ilişkin çeşitli haller ele alınacaktır. Bu sayede, ilkenin üstün ve genel bir hukuk ilkesi oluşturduğu çıkarımının yapılabilmesi hedeflenmektedir.

I- TAHKİM YARGILAMASININ İYİ YÖNETİLMESİ

A- GENEL BAKIŞ

Bir uyuşmazlık çözüm süreci olarak uluslararası tahkim, bir dizi yol gösterici ilke çerçevesinde işlemektedir. Tahkim yargılamasının iyi yönetiminin ne anlam ifade ettiğinin tespiti ise kolay değildir. Bu kavram, öğretilerde ve hakemler/hâkimler tarafından

⁶⁹⁰ **Ibid.**, s. 86.

⁶⁹¹ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 462 vd.; Pekcanitez/Yeşilırmak, s. 2645; Kuru, s. 5937; Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008, s. 33-34, s. 239; Alexandre Meyniel, “That Which Must Not be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine”, **The Arbitration Brief**, 2013, Sayı 3, 18, s. 29.

kullanılmakta ise de tahkim öğretisinde kavramın net bir tanımı yok gibi görünmektedir⁶⁹². Bu çerçevede, aslında tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kavramı çerçevesinde tahkim anlaşması, hakem(ler)in yetkileri, görevleri ve sınırları, tahkim hukukunun tabi olduğu esaslar gibi çok geniş bir kapsamın ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, çalışmamızın kapsam ve amacı hakkın kötüye kullanılması ilkesinin tahkim hukukunda yansımalarının değerlendirilerek ilkenin genel ve üstün bir hukuk ilkesi olduğunu ortaya koymak olduğundan, anılan geniş kapsam *a contrario* değerlendirilecektir. Yani tahkim kararı üzerindeki denetim mekanizmasının ne şekilde işlediğinin kısaca ele alınması, aslında tahkim yargılamasının iyi yönetilmesinde esas alınan ve sağlanması beklenen kavram ve hususları konumuz kapsamında açıklığa kavuşturacaktır.

Tahkim, taraflar arasında vuku bulmuş veya bulabilecek uyuşmazlıkların, kesin ve bağlayıcı olacak şekilde çözümlenmek üzere devlet mahkemeleri yerine özellikle yetkilendirilen hakem(ler) tarafından çözüme kavuşturulması olarak tanımlanabilir⁶⁹³. Tek başına bu tanım dahi, tahkimin varlık sebebinin tarafların irade serbestisine dayandığını ortaya koymaktadır. Tahkim yargılamasının hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüş olup bu tartışma halen güncelliğini korumaktadır⁶⁹⁴. Benimsediğimiz karma

⁶⁹² Hanotiau, **Complex**, s. 47-48; *Labinal Case*, Paris Court of Appeal, 1st Chambers A, 1993 Review Arbitrage 645, atf. Bernard Hanotiau, “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues – An Analysis”, **Journal of International Arbitration**, 2001, Sayı 18, 253, s. 309; Willian W. Park, “Private Disputes and the Public Good: Explaining Arbitration Law”, **American University International Law Review**, 2005, Sayı 20, 903, s. 904.

⁶⁹³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 298; Akıncı, s. 5; Redfern, **Redfern**, s. 2; Nomer, s. 554; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 644; Çelikel/Erdem, s. 801; Lew/Mistelis/Kröll, s. 2; Baert, s. 17; Carlston, s. 631; Ansari, s. 48; Özel, s. 17; Petrochilos, s. 4; Cole, s. 1233; Hacıbekiroğlu, s. 28. “Aslında tahkim, bir yargılama faaliyeti olmasına karşın, devletin yargı organının faaliyetine alternatif olmayıp, sahip olduğu birtakım avantajlarla ona destek olan ve onu rahatlatan bir kurumdur” Yargıtay 15. HD. 2019/2474 E., 2019/3640 K. 26.09.2019 T.

⁶⁹⁴ Tahkim yargılamasının temelinin taraflar arasındaki sözleşmeye dayandığı, bu *sözleşmesel teori* uyarınca tahkimin kamusal nitelikte olmadığına ilişkin bkz. Çelikel/Erdem, s. 807; Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/ Berthold Goldman, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, edt. Emmanuel Gaillard/ John Savage, Boston, Kluwer Law, 1999, s. 29; Rabi Koral, “Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vastıfları Hakkında Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1977, Cilt XLII Sayı 1-4, 155-199, s. 171; Turgut Kalpsüz, “Hakem Kararlarının Milliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 1978, Cilt 9 Sayı 3, 601-633, s. 603; Andrew Barraclough/ Jeff Waincymer, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, **The Melbourne Journal of International Law**, 2005, Cilt 6, 205-244, s. 209; Hong-Lin Yu, “Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime”, **Journal of International Arbitration**, 1998, Cilt 15 Sayı 2, 145-166, s. 149; Mann-Long Chang, “Harmonisation of Procedural Law in International Commercial Arbitration”, **Stirling Üniversitesi**, Yayınlanmamış doktora tezi, 2009, s. 8.

görüŖe göre, tahkim yargılamasının dayanağı tarafların iradesindedir, ancak bu irade devlet mahkemelerinin yardım ve denetimine tabi tutulmaktadır⁶⁹⁵. Bu denetim yetkisine rağmen, tahkimin doğası gereği tahkim yargılaması taraf iradeleri ve hakemlere bahşedilen yetki üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla taraf iradeleri tahkim yargılamasının bel kemiğini teşkil etmektedir⁶⁹⁶.

Böylece, tahkim yargılamasında irade serbestisinin genellikle en üst seviyede korunduğı tespit edilmiştir. Burada hakemlere, devlet mahkemelerine göre mevzu hukuktan ve kamu düzeninden bağımsız karar verme yetkisi bahşedilmekte, bu sayede hakemler taraf iradelerine ve ticari ihtiyaçlara uygun ve hızlı bir şekilde karar verebilmektedir⁶⁹⁷. Ancak bu irade serbestisi tahkim yargılamalarının münasip bir şekilde cereyan etmesi, tarafların meşru beklentilerinin korunması, tahkim yargısına karşı güvenin zedelenmemesi amacıyla çeşitli şekillerde sınırlandırılmaktadır. Bu kısıtlamalar, hakem kararlarını keyfi olmaktan uzaklaştırmakta ve kararların icra edilebilirlik niteliğini

Tahkim yargılamasının devlet yargılamasının yerine geçtiğı, bunun da ancak taraflara kanunen bahşedilmiş yetki çerçevesinde olduğı ve bu nedenle de tahkim yargılamasının *kamusal boyut* arz ettiğı hakkında bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 75; Barraclough/Waincymer, s. 210; Yu, s. 149; Chang, s. 8; Çelikel/Erdem, s. 807; Kalpsüz, s. 605; Özel, s. 32; Hazal Köse, “Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Özgürlüğünün Eleştirel İncelemesi”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, 2018, Cilt 7 Sayı 2, 317-382, s. 340.

Ayrıca, tahkimin sözleşmesel veya kamusal perspektiften ele alınamayacağı, özellikle uluslararası tahkimin nevine münhasır özellikleri gözetilerek otonom (özgün, bağımsız, özerk) olduğı ve böylece yerel hukuk düzenleri ve devlet mahkemelerinin etkisinin en aza indirilmesi gerektiğini ifade eden *otonom teori* hakkında bkz. Özel, s. 34; Yu, s. 149; Köse, s. 346; Julian D. M. Lew, “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, **Arbitration International**, 2006, Cilt 22 Sayı 2, 179-203, s. 181; Rabi Koral, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1983, Cilt XLVIII-XLIX Sayı 1-4, 75-98, s. 86; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfiz**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1994, s. 51; Süheyla Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 32.

⁶⁹⁵ Barraclough/Waincymer, s. 210; Lew/Mistelis/Kröll, s. 80; Yu, s. 152; Chang, s. 8; Köse, s. 340; Kalpsüz, s. 605; Ali Yeşilırmak, **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim**, İstanbul, On iki Levha, 2011, s. 78. Birçok hukuk düzeninde de devlet mahkemelerinin yardım ve denetim yetkisine sınırlı da olsa sahip olduğı görülmektedir. Örneğin MTK madde 6, 12. Ayrıca bkz. Lew/Mistelis/Kröll, s. 81; Özel, s. 35.

⁶⁹⁶ Baert, s. 22; Nadia Ramzy Salama, “Nature, Extent, and Role of Parties’ Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements”, **Manchester Üniversitesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015, s. 70; Şeyda Dursun, “A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, 161-188, s. 163; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1986, s. 29.

⁶⁹⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 293.

korumaktadır. Kısıtlamaların tespitinde *lex arbitri*⁶⁹⁸ esas alınmaktadır. *Lex arbitri* (i) tahkim yargılamasının dayanağını teşkil etmekte⁶⁹⁹, (ii) tahkime elverişlilik hususunu belirlemekte⁷⁰⁰, (iii) irade serbestisinin kaynağını ve sınırlarını ortaya koymakta⁷⁰¹, (iv) tahkim yargılamasında esasa ve usule ilişkin uygulanacak hukukun belirlenmesinde yol göstermekte⁷⁰², (v) tahkim yargılamasının tabi tutulacağı yargı sürecine ilişkin düzenlemeler içermekte⁷⁰³, (vi) hakemlerin yetki ve görevlerinin kaynağı ve sınırlarını tespit etmekte⁷⁰⁴, (vii) tahkim kararının niteliğini göstermekte⁷⁰⁵, (viii) devlet mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki etkisi ve denetiminin sınırlarını çizmektedir⁷⁰⁶. Pratikte de *lex arbitri*'ye çoğu zaman taraflarca belirlenen hukuka göre öncelik tanınmakta, böylece *lex arbitri* tahkim yargılaması üzerinde mutlak bir etkiye sahip olmaktadır⁷⁰⁷.

Lex arbitri yanında, burada da inceleneceği şekilde milletlerarası özel hukukun temel ilkelerine de başvurulmaktadır. Bu çerçevede (i) tahkim kararlarının sadece

⁶⁹⁸ *Lex arbitri*, usul, tanıklar, deliller, duruşmalar, hakemlerin yetki ve sorumlulukları gibi tahkimin iç işleyişine ilişkin hususların yanında tahkimin dış ilişkilerini de ele alan ve düzenleyen hukuk olarak tanımlanabilir. Poudret/Besson, para. 112; Özel, s. 59; Born, *Arbitration*, s. 1533; Musa Aygül, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 27; Bilgehan Yeşilova, "Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Cilt IV Sayı 1, 265–349, s. 275; Gonzalo Vial, "Influence of The Arbitral Seat in The Outcome of an International Commercial Arbitration", **International Lawyer**, 2017, Cilt 50, 329-346, s. 334; Jonathan Hill, "Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements", **International and Comparative Law Quarterly**, 2014, Cilt 63, 517–534, s. 518.

⁶⁹⁹ Aygül, s. 27; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s. 286; Redfern, **Redfern**, s. 168. Tahkim yargılamasının bir hukuki temele oturtulması gerektiği, tahkim yargılamalarının herhangi bir hukuktan bağımsız olarak var olamayacağı ve bu hukukun *lex arbitri* olduğu kabul edilmiştir. Francis A. Mann, "The UNCITRAL Model Law-Lex Facit Arbitrum", **Arbitration International**, 1986, Cilt 2 Sayı 3, 241-261, s. 244.

⁷⁰⁰ Redfern, **Redfern**, s. 168; Aygül, s. 27; Tolga Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, 2011, s. 109; Jeff Waincymer, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012, s. 173.

⁷⁰¹ Dursun, s. 171; Özel, s. 96; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s. 291.

⁷⁰² Alain Hirsch, "The Place of Arbitration and the Lex Arbitri", **The Arbitration Journal**, 1979, Cilt 34 Sayı 3, 43-48, s. 45.

⁷⁰³ Redfern, **Redfern**, s. 169; Aygül, s. 27; Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, s. 109.

⁷⁰⁴ Redfern, **Redfern**, s. 169, 342; Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, s. 109; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s. 271; Köse, s. 337.

⁷⁰⁵ Aygül, s. 27; Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, s. 109.

⁷⁰⁶ Waincymer, s. 174; Hirsch, s. 45; Redfern, **Redfern**, s. 169; Yeşilova, **Lex Arbitri**, s. 286; Dursun, s. 172; Aygül, s. 27.

⁷⁰⁷ *Nigerian Company v. Canadian Company*, ICC No. 12297, 22.8.2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004)**, Paris, ICC Publication, 2011, 47-56, s. 49; *Consultant v Egyptian Local Authority*, ICC No. 6162, 1990, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1992, Cilt XVII, 1992, 153-163, para.13-14.

uyuşmazlık taraflarını değil bütün bir toplumu da ilgilendiriyor olmasından bahisle *kamu düzeni* kavramı⁷⁰⁸, **(ii) adil yargılamanın** temin edilmesi⁷⁰⁹, bu kapsamda taraflar arasında eşitliğin korunması⁷¹⁰, hukuki dinlenilme hakkının sağlanması⁷¹¹, hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması⁷¹², makul süre içinde karar verilmesi⁷¹³, **(iii) dürüstlük kuralı**na uygun davranılması⁷¹⁴, **(iv) usul ekonomisine** riayet edilmesi⁷¹⁵ gibi mülahazalar da dikkate

⁷⁰⁸ Hans Smit, “A-National Arbitration”, **Tulane Review**, 1989, Cilt 63, 629-645, s. 634; William W. Park, “National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration”, **Tulane Law Review**, 1989, Cilt 63, 647-709, s. 650; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 370; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 171; Özel, s. 130, 173; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 702; Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement”, **Dispute Resolution International**, 2008, Cilt 2 Sayı 1, 123-132, s. 124; Christopher S. Gibson, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and The Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, **Penn State Law Review**, 2009, Sayı 113, 1227-1267, s. 1230; Catherine Kessedjian, “Transnational Public Policy”, ed. Albert Jan Van den Berg, **International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series**, Cilt 13, Kluwer Law International, 2007, 857-870, s. 859; Hans Smit, “Comments on Public Policy in International Arbitration”, **American Review of International Arbitration**, 2002, Cilt 13, 65-67, s. 66; Pierre Mayer/Audley Sheppard, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, **Arbitration International**, 2003, Cilt 19 Sayı 2, 249-263, s. 249, 254.

⁷⁰⁹ Aygül, s. 113; Özel, s. 101; Howard M. Holtzmann/ Joseph E. Neuhaus, **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**, Lahey, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, s. 550; Matti S. Kurkela/Santtu Turunen, **Due Process in International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 18; Fabricio Fortese/ Lotta Hemmi, “Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration”, **Groningen Journal of International Law**, 2015, Cilt 3 Sayı 1, 110-124, s. 111.

⁷¹⁰ Dursun, s. 182; Born, **Arbitration**, s. 2173; Maxi Scherer/ Dharshini Prasad/ Dina Prokic, **The Principle of Equal Treatment in International Arbitration**, 2018, s. 22; Zela Narçin, “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Taraflara Eşit Davranılması Prensibine Aykırılığın Hakem Kararına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2016, Cilt 11 Sayı 123, 29-40, s. 30.

⁷¹¹ Petrochilos, s. 145; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 862, 868; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 690; Aygül, s. 119; Hacıbekiroğlu, s. 40, 42; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 498.

⁷¹² Born, **Arbitration**, s. 1761; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 561; Redfern, **Redfern**, s. 254; Lew/Mistelis/Kröll, s. 256; Chang, s. 91; Dursun, s. 177; Bozkurt, s. 355; Özel, s. 180; Hacıbekiroğlu, s. 50; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 705; Yavuz Kaplan, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2001, Yıl 21, 43-73, s. 51; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 13; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 12.

⁷¹³ Petrochilos, s. 150; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 851; Yeşilirmak, s. 104; *Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro*, Corte Di Appello Di Napoli, Italy, 20 February 1975, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1979, Cilt IV, 275-276, para. 8.

⁷¹⁴ Hacıbekiroğlu, s. 48; Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, s. 130, 192; Esen, **Teşmil**, s. 266; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 177; Yargıtay 15. HD 2016/6273 E. 2017/3638 K. 26.10.2017 T.; UNIDROIT İlkeleri madde 1/7.

⁷¹⁵ Waincymer, s. 389; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 886; UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 17/1; Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Globalization of Arbitral Procedure”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2003, Cilt 36, 1313-1333, s. 1322; Gerald Aksen, “Reflections of an International Arbitrator”, **Arbitration International**, 2007, Cilt 23 Sayı 2, 255-260, s. 258; *Not indicated v. Not indicated*, Court of First Instance, İsviçre, 26 Mayıs 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1998, Cilt XXIII, 754-763, para. 14-28. İsviç hukukunda tarafların süreci aksatacak usuli tercihlerinin hakemler tarafından dikkate alınmayabileceği hakkında bkz. Poudret/Besson, para. 531.

alınmaktadır. Ayrıca tahkim yargılamasına ilişkin olarak incelenecek hukuk düzenlerindeki *emredici hukuk kurallarının*⁷¹⁶ ve *doğrudan uygulanan hukuk kurallarına*⁷¹⁷ da riayet edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Anılan hususlar, aslında tahkim paydaşları (uyuşmazlık tarafları ve hakemler) üzerinde tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi konusunda yükümlülük arz etmektedir. Ayrıca, uluslararası tahkimde uyuşmazlığın tahkime elverişli olması (*arbitrability*)⁷¹⁸ yanında tahkim yargılamasının usulüne ilişkin elverişliliğin (*arbitral agreeability*)⁷¹⁹ de sağlanması gerekmektedir. Burada taraflar, anılan prensip, ilke, kavram veya hususlara aykırı davranışlarına hakemler tarafından müsaade edilmesini isteyerek böylece yürütülen tahkim yargılaması sürecine sonradan itiraz etmeyeceklerini irade serbestileri çerçevesinde beyan edebilirler⁷²⁰. Ancak bu şekilde tesis edilen kararların devlet mahkemelerince iptal edilmesi veya tenfiz engeliyle karşılaşması oldukça muhtemeldir. Dolayısıyla tahkim yargılaması işlevsiz kalabilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime taşınması akabinde tahkim yargılamasının yönetilmesi büyük ölçüde hakemlere sirayet etmektedir. Tarafların şüphelerini giderecek, iptal veya başka türlü bir yaptırımla karşılaşmayacak şekilde uyuşmazlığın çözülmesi hakemlerin görevidir⁷²¹. Yani hakemlerin, tahkim yargılamasının iyi bir şekilde yönetilmesini sağlamak gibi temel bir

⁷¹⁶ Redfern, **Redfern**, s. 357; Waincymer, s. 51; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 417; Elizabeth Shackelford, “Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration”, **University of Pittsburgh Law Review**, 2006, Cilt 67 Sayı 4, 897-912, s. 902.

⁷¹⁷ Barraclough/Waincymer, s. 206; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 185; Özel, s. 164; İbrahim Doğan Takavut, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 43 vd; Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 12; Pierre Mayer, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **Arbitration International**, 1986, Cilt 2 Sayı 4, 274-293, s. 275; George A. Bermann, “Introduction: Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **American Review of International Arbitration**, 2007, Cilt 18, 1-20, s. 2.

⁷¹⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 92; Özdemir Kocasakal, **Kurallar**, s. 179; Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010, s. 12.

⁷¹⁹ Kurkela/Turunen, s. 28.

⁷²⁰ Örneğin bkz. MTK madde 15/A/5.

⁷²¹ İnci Ataman-Figanmeşe, “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011, Yıl 31 Sayı 2, s. 51 vd. Ayrıca örneğin bkz. MTK madde 15; NYC madde IV/1, V; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 35/1; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 26/6; 2021 AAA Ticari Tahkim Kuralları madde R-46; 2021 AAA Uluslararası Tahkim Kuralları madde M-36; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 32/1; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 2, 23/2; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 35/1.

görevi vardır⁷²². Hakem heyetleri *adil ve eşit muamele* kavramı çerçevesinde iyi niyet, haklı beklentilerin korunması, hakkın kötüye kullanılmaması, ölçülülük, keyfi uygulamaların yasaklanması, olağan süreçlerin izlenmesi gibi muhtelif yaklaşımlar benimsemektedir⁷²³. Burada hakem heyetlerinin ortak bir algısı bulunduğu ve böylece hukukun üstünlüğü çerçevesinde makul, tutarlı, eşitlikçi ve şeffaf bir uygulamanın geliştiği belirtilmelidir⁷²⁴.

Konumuz itibariyle, yukarıda anılan kavramlar incelendiğinde aslında tahkim yargılamasının iyi yönetimi genellikle yargılamanın adillğine, yargı sürecine, eşitlik mülahazalarına, tahkim sürecinin verimliliğine ve bütünlüğüne atıfta bulunmak için kullanılmaktadır⁷²⁵. Bu ilkeler aynı zamanda uluslararası tahkimin *magna carta*'sı olarak ifade edilmektedir.⁷²⁶ Başta adillik ve yargı süreci olmak üzere ilkelerin gücü taraflara tanınan usuli garantilerin özü sayılmasından kaynaklanmaktadır ve bu nedenle tarafların bu usuli garantilerden feragat edemeyeceği kabul edilmektedir⁷²⁷. Öğretide de tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kavramının adillik, yargı süreci ve verimlilik

⁷²² Leboulanger, s. 94; Bernardo M. Cremades/ David J. A. Cairns, “Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud”, ed. Andrew Berkeley/ Kristine Karsten, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, Kluwer Law International, 2003, s. 80; William W. Park, “The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All nor All-For-One”, ed. Yves Derains/ Laurent Lévy, **Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator**, Kluwer Law International, 2011, s. 26; Utku Topcan, “Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration”, **ICSID Review**, 2014, Sayı 29, 627, s. 633. Ayrıca bkz. **Ibid**.

⁷²³ *Azinian, Davitian & Baca v. Mexico*, **NAFTA, ICSID Case No ARB(AF)/97/2**, 1 November 1999, Award; *Metalclad Corporation v. Mexico*, **NAFTA, ICSID Case No ARB(AF)/97/1**, 30 August 2000, Award; *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v Mexico*, **Spain/Mexico BIT, ICSID Case No ARB (AF)/00/2**, 29 May 2003, Award; *MTD, Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, **Malaysia/Chile BIT, ICSID Case No ARB/01/7**, 25 May 2004, Award; *Waste Management, Inc. v. Mexico*, **NAFTA, ICSID Case No ARB (AF)/00/3**, 30 April 2004, Award; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, **United States/Argentina BIT, ICSID Case No ARB/01/8**, 12 May 2005, Award.

⁷²⁴ I. Tudor, **The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 154.

⁷²⁵ Park, **Musketeers**, s. 26; Thomas W. Walde, “Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State”, **Arbitration International**, 2010, Sayı 26, 3, s. 11 ve 30; Georgios Petrochilos, “Three Pillars of International Public Policy”, ed. Photini Pazartzis/ Maria Gavouneli et al., **Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade**, Hart Publishing, 2016, s. 317; Application for Review of Judgment No. 158 of United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, **I.C.J. Reports**, 1973, 166, 179.

⁷²⁶ Kurkela/Turunen, s. 18; Aygöl, s. 113; Özel, s. 101.

⁷²⁷ Born, **Arbitration**, s. 2189; S. I. Strong, “Limits of Procedural Choice of Law”, 39 Brooklyn Journal of International Law, 2014, Cilt 39, 1027, s. 1101.

gerekliklerini içerdği⁷²⁸, kavramın taraflar arasında adaleti ve hakkaniyeti sağlamayı amaçladığı, zaman ve maliyet tasarrufu sağlayarak usuli verimliliğin temin edilmesine hizmet ettiği vurgulanmaktadır⁷²⁹.

Dolayısıyla tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kavramının önemi karşılığını, sağlamayı amaçladığı yüce menfaatlerde bulmaktadır. Bunun zorunlu bir ilke olduğu, uluslar ötesi kamu düzeninin (*transnational public policy*)⁷³⁰ bir parçasını teşkil ettiği ve irade serbestisi gibi diğer güçlü ilkeler karşısında feda edilmemesi gerektiği savunulmaktadır⁷³¹. Usule ilişkin bir bakış açısıyla, irade serbestisinin dokunulmazlığı, çoğu ulusal hukuk düzeni ve uluslararası tahkim hukuku tarafından kabul edildiği şekliyle uluslararası kamu düzeninin bir parçası olan yargılamanın iyi yönetilmesi gibi vazgeçilmez bir ilke ile yumuşatılmalıdır. Burada hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi çatısı altındaki *adillik*, *yargı süreci* ve *verimlilik* sütunlarının içerisinde nasıl işlediği veya bunları nasıl etkilediği de incelenmeye muhtaçtır.

B- ADİLLİK, YARGI SÜRECİ VE VERİMLİLİK

İlk olarak *adillik kavramı* ele alınacak olursa, yukarıda da değinildiği üzere taraflar, tahkim sisteminin sunmayı arzuladığı varsayılan avantajlar nedeniyle uyuşmazlıklarını uluslararası tahkime taşımaktadır. Uyuşmazlığın adil bir şekilde çözüme kavuşturulması,

⁷²⁸ Filip De Ly, “Paradigmatic Changes – Uniformity, Diversity, Due Process and Good Administration of Justice: The Next Thirty Years”, ed. Stavros Brekoulakis/ Julian D.M. Lew et al., **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, s. 37.

⁷²⁹ Leboulanger, s. 54.

⁷³⁰ Petrochilos, s. 110; Mayer/Sheppard, s. 253, 259; Kurkela/Trunnen, s. 22; Kessedjian, s. 860; Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, s. 118; Fernando Mantilla-Serrano, “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, **Arbitration International**, 2004, Cilt 20 Sayı 4, 2004, 333-354, s. 335; Magdalena Inglot, “Separability of or Overlap Between Public Policy and Procedural Grounds for Refusal of Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under New York Convention”, **Polish Review of International and European Law**, 2015, Cilt 4 Sayı 1, 41-69, s. 47; Alan Redfern, “Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy”, ed. Albert Jan Van den Berg, **International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series**, Cilt 13, Kluwer Law International, 2007, 871-875, s. 872; İlyas Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi**, İstanbul, Adalet, 2019, s. 155.

⁷³¹ Mantilla-Serrano, s. 336; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 390; Özel, s. 179.

uluslararası tahkimin temel amaçlarından biridir⁷³². Tahkimden faydalananların çoğunluğunun (%81) adil bir çözümü, nakdi tazminatlar da dahil olmak üzere diğer tüm telafilere tercih ettiği ampirik bir çalışmayla ortaya konmuştur⁷³³. Adillik, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi için ön koşul ve vazgeçilmez bir unsurdur⁷³⁴.

Adillik faktörünün hem maddi hem de usuli bir boyutu vardır. Maddi adalet, ‘doğru’ kararı almayı, usul adaleti ise ‘doğru şekilde’ almayı ifade etmektedir⁷³⁵. Bu kapsamda, maddi sonuç ne kadar doğru ve adil olursa olsun usul adaletinin çok önemli olduğu, iyi ve doğru bir neticenin dahi kötü ve haksız bir prosedürü telafi etmediği haklı bir şekilde savunulmaktadır⁷³⁶. Tahkim yargılamasının iyi yönetimi, en yüksek adillik standardını gerektirmektedir⁷³⁷. Tahkim hukuku ve kurumsal kurallar, hakemlerin uyuşmazlığın çözümü için adil bir araç sağlama görevini ve bunun uluslararası tahkimde temel bir ilke oluşturduğunu vurgulamaktadır⁷³⁸. Örneğin, İngiltere Tahkim Kanunu’nun 1/1(a) hükmünde tahkimin amacının uyuşmazlıkların tarafsız bir yargı makamı tarafından gereksiz gecikme veya masraf olmaksızın adil bir şekilde çözülmesi olduğu açıkça belirtilmiştir⁷³⁹. Aynı şekilde Fransız tahkim hukukunda da adillik ilkesinin salahiyeti tanınmaktadır⁷⁴⁰.

Yukarıdaki düzenlemeler ve kurumsal kurallar, tahkim yargılamalarının yürütülmesinde adilliğin önemini vurgulamakta ise de bu kavramı neyin ihlal ettiğine ya

⁷³² Park, **Accuracy**, s. 27; Nana Japaridze, “Fair Enough? Reconciling the Pursuit of Fairness and Justice with Preserving the Nature of International Commercial Arbitration”, **Hofstra Law Review**, 2008, Sayı 36, 1415, s. 1415-1416; David C. Sawyer, “Revising the UNCITRAL Arbitration Rules: Seeking Procedural Due Process Under the 2010 UNCITRAL Rules for Arbitration”, **International Commercial Arbitration Brief**, 2011, Sayı 1, 24, s. 26.

⁷³³ Richard W. Naimark/ Stephanie E. Keer, “International Private Commercial Arbitration: Expectations & Perceptions of Attorneys & Business People”, **International Business Lawyer**, 2002, Sayı 30, 203, s. 205.

⁷³⁴ Leboulanger, s. 89-91; De Ly, s. 37-38.

⁷³⁵ Naimark/Keer, s. 205.

⁷³⁶ Fortese/Hemmi, s. 116; Kurkela/Turunen, s. 202-203.

⁷³⁷ Gillian Eastwood, “A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators”, **Arbitration International**, 2001, Sayı 17, 287, s. 290.

⁷³⁸ MTK madde 8 ve 15/A/1(g); İngiltere Tahkim Kanunu madde 33; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 19; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/3; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 15/1; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 23; UNCITRAL Model Kanun madde 18.

⁷³⁹ İngiltere Tahkim Kanunu madde 1.

⁷⁴⁰ Fransız Medeni Usul Kanunu madde 1464, atf. Waincymer, s. 183.

da bunun yargı süreci veya irade serbestisi gibi diğer ilkelerle nasıl ilişkili olduğuna dair net bir kılavuz yoktur. Bu nedenle, öngörülen adillik nasıl sağlanacağına tespit edilmesi veya adillik oluşturan unsurların belirlenmesi büyük ölçüde muğlak kalmaktadır⁷⁴¹. *Oxford Sözlüğü* ‘adil’ terimini “belirli bir durumda kabul edilebilir ve uygun” ve ‘adillik’ terimini ise “insanlara eşit veya makul bir şekilde davranma yetkinliği” şeklinde tanımlamaktadır⁷⁴². Ayrıca, ‘adil’ kavramı *Black’s Law Dictionary*’de “tarafsız, dürüst, eşitlikçi” olarak ifade edilmektedir⁷⁴³. Tahkim hukukunda ise adillik, özellikle usuli adillik anlamında beyhude taktiklerin ele alınmasının ötesine geçen ve tarafların makul bir şekilde birbirlerinden tanımalarını ve uymalarını bekleyecekleri temelde çözümlenecek, usule ilişkin makul davranış standartlarına mensuptur⁷⁴⁴.

Usuli adillik gereklilikleri taraflara **(i)** usulü kötüye kullanmanın yasaklanması, **(ii)** her türlü hakkın kötüye kullanımının kısıtlanması, **(iii)** tahkim sürecinin bütünlüğünün korunması, **(iv)** tarafların makul beklentilerinin karşılanması, **(v)** yargılamanın etkinliğinin artırılması gibi yükümlülükler isnat etmektedir⁷⁴⁵. Adillik kavramının usuli kötüye kullanmayı da kapsaması örneğin şeriat hukukuna da aynı şekilde uygundur ve burada öngörülen tahkim süreciyle de tutarlıdır⁷⁴⁶.

Adillik kavramı ile hakkın kötüye kullanılması ilkesi arasındaki karşılıklı ilişki, UNIDROIT İlkeleri madde 1.1 ile 1.7’de tarafların dürüst ve adil davranması gerekliliğiyle ifade edilmektedir ve hakkın kötüye kullanılması yasağı böylece iyi niyetin ve dürüstlük kuralının açık bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁴⁷. UNIDROIT İlkeleri’nde hakkın kötüye kullanılması, tarafların sözleşme ilişkisinde sahip oldukları hakları adalet ve dürüstlük prensiplerine uygun bir şekilde kullanmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, UNIDROIT İlkeleri’nde adillik kavramı ve hakkın kötüye

⁷⁴¹ Sawyer, s. 26.

⁷⁴² *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*, 7. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 548-549.

⁷⁴³ *Black’s Law Dictionary*, s. 677.

⁷⁴⁴ De Ly, s. 37.

⁷⁴⁵ Larry A. DiMatteo/ Lucien Dhooze et al, “The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2004, Sayı 34, 299, s. 316-317.

⁷⁴⁶ Nudrat Majeed, “Good Faith and Due Process: Lessons from the Shari’a”, *Arbitration International*, 2004, Sayı 20, 97, s. 108.

⁷⁴⁷ UNIDROIT İlkeleri madde 1.7 gerekçe 2.

kullanılması ilkesi, tarafların sözleşme ilişkisinde adaleti ve dürüstlüğü önemseyen bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Tarafların dürüst hareket etmeleri, sözleşme şartlarına sadık kalmaları ve haklarını keyfi veya haksız bir şekilde kullanmamaları, UNIDROIT İlkeleri'ne uygun bir sözleşmesel ilişki kurmalarını desteklemektedir. Tüm bunlar, taciz edici davranışların ve geciktirme taktiklerinin haksız olduğunu ve bu nedenle tahkim yargılamasının iyi yönetilmesine aykırı düştüğünü belirten görüşlerle de uyumludur⁷⁴⁸.

Bu konuda hakemlerin uyuşmazlığı adil bir şekilde çözüme kavuşturma görevinin tahkim sisteminin bütünlüğünü koruyacak şekilde gözetmesi gerektiği ifade edilmektedir. Adilliği sağlama gerekliliği, hakemin tahkim sürecinin bütünlüğünü korurken adil olduğu izlenimini vermesini şart koşturmaktadır. Bu görev çerçevesinde hakemler geciktirme taktiklerine, karşı tarafın ve diğer katılımcıların tacizine, tahkim sürecini kesintiye uğramasına karşı gerekli olan tüm önlemleri almalıdır⁷⁴⁹.

Aynı şekilde tahkimde adillik kavramının, varılacak sonuç katı kurallara aykırı olsa dahi adil ve hakkaniyete uygun bir usule ilişkin sonuca ulaşma arzusuyla bağlantılı olduğu öne sürülmektedir⁷⁵⁰. Bu karşılıklı ilişkinin tespitinde yalnızca lafzi bir bakış açısı yeterli olmayıp pratik bir bakış açısından da faydalanılmalıdır⁷⁵¹. Bu nedenle, tahkim şartının imza sahibi olmayan bir kişiyi kapsayacak şekilde teşmiline dair tahkim kararlarında genellikle adillik ve hakkaniyet gerekliliklerini kapsadığı için yargılamanın iyi yönetilmesi kavramına dayanılmaktadır⁷⁵².

Masrafların arttığı veya sürenin uzadığı hallerin tartışmalı bir şekilde kişinin adalete erişimini sınırladığı göz önüne alındığında, tahkim yargılamasının yürütülmesinde

⁷⁴⁸ Leboulanger, s. 89-92.

⁷⁴⁹ Japaridze, s. 1435-1437; Richard L. Garnett/ Henry Gabriel, **A Practical Guide to International Commercial Arbitration**, Oceana Publications, 2000, s. 83.

⁷⁵⁰ Hanotiau, **Complex**, s. 47 vd.; ICC Case No. 3879 of 1984, Interim Award, **XI Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, s. 127.

⁷⁵¹ Örneğin bir tarafın sunduğu beyan ve delillerin hiç incelenmeksizin karar tesis edilmiş olmasının adillığe aykırı olduğu yönünde bkz. **SGHC** 148, 2014, atf. Edward Foyle, "Challenging Arbitral Awards in Singapore", **Kluwer Arbitration Blog**, 2014, s. 1 vd. Benzer şekilde, doping kullanımına ilişkin İsviçre'de tesis edilmiş CAS kararında doping aldığını hemen itiraf eden ve bilgi veren sporcunun bunu gizleyen sporcudan daha kötü duruma sokulmasının adil olmadığına ilişkin bkz. **CAS 94/129, USA Shooting & Q. / Union Internationale de Tir (UIT)**, 23.05.1995.

⁷⁵² Bernard Hanotiau, "Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?", **Arbitration International**, 2011, Sayı 27, 539, s. 554.

adillğin aynı zamanda usuli verimliliği gerektirdiği genel olarak kabul edilmektedir. Tahkim yargılamasının yürütülmesinde adillik ve uyuşmazlığın verimli bir şekilde çözüme kavuşturulması arasındaki ilişki çeşitli tahkim kurallarında da açıkça düzenleniyor olmakla⁷⁵³, adillik sağlanmadan tahkim yargılamasının verimliliğinden söz edilemez. Bu çerçevede adillik, uyuşmazlığın istenmeyen gecikmeler ve masraflar olmaksızın çözümlenmesini de sağlamaktadır.

İkinci olarak, uluslararası tahkimin bir diğer önemli yönü ve yargılamanın iyi yönetilmesinin ayrılmaz bir parçası da tahkim yargılamasının *yargı süreci gerekliliklerine* uygunluğudur⁷⁵⁴. Taraflar bir uyuşmazlığı uluslararası tahkime havale ettiklerinde, uyuşmazlıklarını devlet mahkemeleri önünde çözmeye yönelik anayasal haklarından feragat etmektedir⁷⁵⁵. Bu durum kişinin adalete erişimini tartışmalı bir şekilde sınırlandırdığından, belirli üstün usul standartları hakemler tarafından karşılanmalıdır⁷⁵⁶. Hakemlerin icra edilebilir bir karar vermek için her türlü çabayı göstermekle yükümlü oldukları yaygın bir şekilde kabul edilmektedir⁷⁵⁷. Bir hükmün icra edilebilir olması için, yasal sürecin gereklilikleri sağlanmış olmalıdır⁷⁵⁸.

Tahkim kanunlarının ve kurumsal kuralların çoğu, yargı süreci gerekliliklerine ilişkin hükümler öngörmektedir. Bu kavram, farklı ulusal kanunlar kapsamında değişik yükümlülükler içerebilir. Bazı kanunlar, hakkaniyet ve doğal adalet kavramlarıyla eş tutulacak şekilde geniş bir yargı süreci anlayışını benimsemektedir. Bu bağlamda, yargı sürecinin gerekleri uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer aldığı şekliyle tasdik edilmektedir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 18. maddesi, taraflara eşit davranılacağını ve davalarını sunma fırsatı tanınacağını şart koşturmaktadır. 2010 UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 14/1, 14/2, 15/1, 22/1 maddeleri, taraflara eşit muamele etmesi ve uygun bir

⁷⁵³ Örneğin bkz. MTK madde 4/2, 4/4; İngiltere Tahkim Kanunu madde 33 ve 41; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 19, 20; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22/1; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/6; 2021 SIAC Tahkim Kuralları madde 19/1; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 23/2, 39, 40; UNCITRAL Model Kanunu madde 18/1, 19/2.

⁷⁵⁴ Waincymer, s. 184 vd.

⁷⁵⁵ Kurkela/Turunen, s. 2.

⁷⁵⁶ **Ibid.**; Lew/Mistelis/Kröll, s. 5 vd.

⁷⁵⁷ Bkz. dn. 721.

⁷⁵⁸ NYC madde V/1/b; Julian D.M. Lew, "Iura Novit Curia and Due Process", **Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper No. 72/2010**, 2011 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733531 - Erişim tarihi: 18.04.2023), s. 12.

aşamada her bir tarafa davasını sunması için makul bir fırsat vermesi şartıyla hakemlerin, tahkim yargılamasını uygun gördüğü şekilde yürütebileceğini belirtmektedir. NYC V/1(b) maddesi de aynı şekilde, yargı sürecinin taraflara davalarını sunma fırsatı verilmesi gerekliliğini kapsadığını vurgulamaktadır. Benzer şekilde, Türk hukukunda da MTK madde 8/B uyarınca taraflara eşit şekilde iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınmaktadır. Buradaki eşitlik kavramı, “*davada her iki tarafa iddia ve savunmalarını ileri sürme imkânının tanınması, taraflara eşit muamele edilmesi, mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenmeleri gibi milletlerarası usul hukukunun kamu düzeni ilkeleri*”ni ifade etmektedir⁷⁵⁹. Dolayısıyla niceliksel değil niteliksel bir eşitlik aranmaktadır⁷⁶⁰.

Bu kapsamda yargı süreci, adalete erişim ve yargılamanın makullüğü olmak üzere iki temel unsur içermektedir⁷⁶¹. Buna göre uluslararası tahkimde yargı süreci, tahkim işlemlerinin adil bir şekilde yürütülmesini, taraflara eşit bir şekilde muamele edilmesini ve tarafların davalarını tarafsız bir mahkeme önünde sunmakta makul fırsatlara sahip olmasını kapsamaktadır⁷⁶². Taraflar, bir tahkim kararının tanınması veya tenfizi aşamasında sıklıkla tahkimdeki yargı sürecine ilişkin itirazlar ileri sürmekle birlikte,

⁷⁵⁹ Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, İstanbul, Yetkin, 2010, s. 101 vd.

⁷⁶⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 315; Bozkurt, s. 389.

⁷⁶¹ AİHS madde 6; AİHS Ek Protokol Madde 1; Bernardo M. Cremades, “The Use and Abuse of “Due Process” in International Arbitration”, **Alexander Lecture**, 2016, s. 6.

⁷⁶² NYC madde 5/1/b; Bernard Hanotiau/ Olivier Caprasse, “Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention”, **Journal of International Arbitration**, 2008, Sayı 25, 721, s. 727-728.

devlet mahkemelerinin nadiren bu itirazları kabul ettiği, bu türden iddialara kısıtlayıcı bir yaklaşım tercih ettiği görülmektedir⁷⁶³.

Bununla birlikte, yargı sürecinin kötüye kullanılması olgusu giderek artmaktadır. Burada özellikle, tarafların ve onların hukuk müşavirlerinin usule ilişkin taleplerine uyulmadığında yargı sürecine itiraz etmekle tehdit eden mevcut uygulamalarına işaret edilmektedir⁷⁶⁴. Bu tartışmalı mesele, hakemlerin düzenli olarak bu tür taciz edici davranışları sınırlamaması ve yargı süreci kapsamında gizlenen isteklere müsaade gösteren, *yargı süreci paranoyası* olarak da anılan durumda iyice belirginleşmektedir⁷⁶⁵. Dolayısıyla, yargı sürecinin gereklilikleri adalet yönetiminin kutsal bir unsuru olmakla birlikte, yargı sürecinin düzenli olarak kötüye kullanıldığını gösteren son eğilimler yargılamanın iyi yönetimini zedelemektedir. Yargı süreci gerekliliklerinin genellikle yargılamanın iyi yönetiminin başka bir unsuru olan usuli verimliliği sağlama yükümlülüğüyle çeliştiği göz önüne alındığında, bu durum özellikle dikkat çekmektedir. Buradaki eksiklik, yargı süreci ve usuli verimliliğin dengelenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi, sadece yargılamanın iyi yönetilmesine

⁷⁶³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 226; Hanotiau/Caprassé, s. 727-728. Christian Borris/ Rudolf Hennecke, “Improper Tribunal Composition or Flawed Proceedings Article V(1)(d)”, ed. Reinmar Wolff, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, 2. Baskı, Hart Publishing, 2019, 342-370, s. 358; Sigvard Jarvin, “Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure”, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, ed. Emmanuel Gaillard/ Domenico Di Pietro, Londra, 2008, 729-756, s. 738; AİHS madde 6 kapsamında değerlendirme için bkz. *Suovaniemi and others v Finland*, AİHM, 23 February 1999; Usuli konularda hakemlerin takdir yetkisinin bulunduğu hakkında bkz. *Killam v Brander-Smith*, British Columbia Yüksek Mahkemesi, Kanada, No.456, 1997, para. 15; Çelişkili davranış yasağı hakkında bkz. *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 July 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1995, Cilt XX, 671-680, para. 18 vd.; Benzer şekilde *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, Supreme Court, Switzerland, 8 February 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, Cilt XI, s. 538-542; *Société Unichips Finanziaria SpA S.A., Unichips International BV and others v. François Gesnouin, Michèle Gesnouin*, Paris Court of Appeals, France, 12 February 1993, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1994, Cilt XIX, 658-661, para. 9 vd.; Yargıtay 11. HD. 2018/3263 E. 2018/7408 K. 27.11.2018 T.

⁷⁶⁴ Yves Fortier, “International Arbitration and National Courts: Who Has the Last Word?”, ed. Albert Jan Van den Berg, **International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story ICCA Congress Series**, Cilt 10, Kluwer Law International, 2001, 69-70, s. 69; Rémy Gerbay, “Due Process Paranoia”, **Kluwer Arbitration Blog**, 2016; Klaus Peter Berger/ J. Ole Jensen, “Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour For Procedural Management Decisions by International Arbitrators”, **Arbitration International**, 2016, Cilt 32, 415-435, s. 418.

⁷⁶⁵ **Ibid.**; Queen Mary University, 2015, s. 10; David A.R. Williams/ Anna Kirk, “Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?”, ed. Neil Kaplan/ Michael J. Moser, **Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum**, Kluwer Law International, 2018, 87-106, s. 90.

dair yukarıdaki menfaatleri sağlamakla yetinmez, aynı zamanda yargı süreci ve verimlilik arasında dengeleyici bir faktör olarak da işlevselleştirilebilir.

Üçüncü ve son olarak, ticari hayatta bir uyuşmazlığı kazanmak öncelikle işletmenin ticari hedeflerini sağlamaya yöneliktir ve bu da genellikle *zamanında* kazanmak anlamına gelir⁷⁶⁶. Bu bakımdan *maliyet ve zaman verimliliği*, uluslararası tahkimin çok önemli bir özelliğidir⁷⁶⁷. Verimlilik, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi için vazgeçilmez bir unsurdur⁷⁶⁸. Usul ekonomisi de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁶⁹. Pek çok kişinin hem devlet hem de tahkim yargılamalarının çok yavaş, çok pahalı ve çok hantal olmasından şikâyet ettiği göz önüne alındığında, uyuşmazlık çözümünün verimliliğini artırmak yargılamanın iyi yönetiminin sağlanmasına açık bir şekilde katkıda bulunacaktır⁷⁷⁰. Verimliliğin uyuşmazlık çözümünden farklı ele alınması gerektiği, kavramın uluslararası mahkemeler ve öğretide benimsendiği şekilde etkinliğe ve etkililiğe hizmet ettiği belirtilmektedir⁷⁷¹.

Yargılamanın yönetimi açısından önemi göz önüne alındığında, tahkim kanunlarının ve kurumsal kuralların çoğunun usuli verimliliğe ilişkin hükümler içerdiği

⁷⁶⁶ Yargıtay 15. HD. 1994/2876 E. 1995/164 K. 19.01.1995 T.

⁷⁶⁷ Naimark/Keer, s. 213; Born, **Arbitration**; E. A. Schwartz, “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, **ICC Bulletin**, 1995, s. 77; UNCITRAL Secretariat, **Explanatory Note on the Model Law of 1985 (with amendments as adopted in 2006)**, para. 27; Thomas Stipanowich, “Arbitration and Choice: Taking Charge of the ‘New Litigation’”, **DePaul Business & Commercial Law Journal**, 2009, Sayı 7, 383; Edna Sussman, “Why Arbitrate: The Benefits and Savings”, **Transnational Dispute Management**, 2010, Sayı 7, 2; Nathan D. O’Malley, **Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide**, Londra, Informa, 2012, s. 315; David W. Rivkin, “Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited”, **Arbitration International**, 2008, Sayı 23, 375, s. 376-377; Rudolf Fiebinger/ Christoph Hauser, “An Arbitrator’s View: Can Party Autonomy Hinder Procedural Efficiency”, ed. Nathalie Voser, **10 Years of Swiss Rules of International Arbitration**, ABD, JurisNet, 2014, s. 174.

⁷⁶⁸ Kaufmann-Kohler, s. 1322; MTK madde 10/D/2; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 20; İngiltere Tahkim Kanunu madde 33/1/b; UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 17/1; 2021 ICC Tahkim Kuralları 22; ICC Ek Protokol madde 4.

⁷⁶⁹ Ridhi Kabra, “Has Abacat v Argentina left the ICSID with a ‘mass’ive problem?”, **Arbitration International**, 2015, Sayı 31, 425, s. 450; *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec et al v. United States of America*, **UNCITRAL**, 7 September 2005, Order of the Consolidation Tribunal, para. 76 and 183.

⁷⁷⁰ Gabrielle Kaufmann-Kohler, “When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard”, **Arbitration International**, 2009, Sayı 25, 187, s. 188.

⁷⁷¹ Brown, s. 231.

ve verimliliği sağlamaya çalıştığı görülmektedir⁷⁷². İstenmeyen gecikmeler yalnızca tahkim yargılamasını kesintiye uğratmakla kalmaz, aynı zamanda önyargılı taraflar üzerinde belirgin mali sonuçları olabilir⁷⁷³. Bazı davalarda yaşanan makul olmayan gecikmeler, tazminatın yanında faize hükmedilmesi veya maliyetlerin bir tarafa yüklenmesi yoluyla giderilemeyecek mali kayıplara yol açabilir⁷⁷⁴. Diğer taraftan, tahkim yargılamasında kaynak harcaması çoğunlukla taraflardan en az biri ve hakem kurulu için dezavantajlıdır, ancak hukuk müşaviri için mutlaka sakıncalı değildir⁷⁷⁵.

Tahkim sürecine dahil olan herkes, söz konusu ihtilafları etkili bir şekilde çözmek için aktif olarak iş birliği yapmadığı takdirde, tahkimden beklenen yararların engellenebileceği ve yargılama yönetiminin itibarının zedelenebileceği kabul edilmektedir⁷⁷⁶. Tahkim yargılamasının verimliliğini ve yargılamanın makul sürede gerçekleştirilmesini teminen hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanabileceği de ileri sürülmektedir⁷⁷⁷. Bazı tahkim kanun ve kurallarının bu tür bir verimsizliği gidermek için mesela süre sınırı koymak gibi çaba gösterdiği görülse⁷⁷⁸ de genellikle bu tür kuralların yetersiz olduğu kabul edilmektedir⁷⁷⁹. Ancak yine de tarafların tahkim yargılaması sırasında maruz kaldıkları usuli suistimallere itiraz etmemesinin, artık itiraz hakkından veya sonraki süreçte iptal/tenfiz davasında bu aykırılığın ileri sürülmesinden feragat

⁷⁷² Fortese/Hemmi, s. 116; Kurkela/Turunen, s. 202-203. Örneğin bkz. MTK madde 10/D/2; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 19, 21, 22; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22/1; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/5; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 22; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 28/3; UNCITRAL Model Kanunu madde 19/2.

⁷⁷³ Redfern, **Practice**, s. 244.

⁷⁷⁴ Redfern, **Practice**, s. 244.

⁷⁷⁵ ICC Commission Report, "Decisions on Costs in International Arbitration", **ICC Dispute Resolution Bulletin**, Issue, 2015, s. 3.

⁷⁷⁶ Redfern, **Practice**, para. 1-46.

⁷⁷⁷ Savunma hakkının mutlak ve sınırsız olmadığı hakkında bkz. Aygöl, s. 125; *Nigerian Company v. Canadian Company*, **ICC No. 12297**.

⁷⁷⁸ MTK madde 10/B; İngiltere Tahkim Kanunu madde 33/1/b; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 33; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 31; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 15/10; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 32/1; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 43; UNCITRAL Model Kanun madde 31; Peter Binder, **International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, 4. Baskı, Kluwer Law International, 2019, s. 79 vd.

⁷⁷⁹ Lars Markert, "Improving Efficiency in Investment Arbitration", **Contemporary Asia Arbitration Journal**, 2011, Sayı 4, 215, s. 223.

anlamına geldiğinin kabul edilmesi önemlidir⁷⁸⁰. Böylece tarafların usuli suistimalleri kötüye kullanmalarının önüne geçilmektedir⁷⁸¹.

Tahkim sürecinin olağan görünümü aslında kullanıcılarının ihtiyaç duyduğu verimliliği karşılamakta başarısız görünmektedir. Özellikle son araştırmalarda ve ampirik çalışmalarda, kullanıcıların öncelikle tahkim sürecindeki masraflar, gecikmeler ve usulün kötüye kullanılması nedeniyle şikâyetle bulundukları tespit edilmiştir⁷⁸². Gerçekten, yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının ortalama üç buçuk yıl sürdüğü de ortaya çıkarılmıştır⁷⁸³. Tahkim kullanıcıları bir süredir bu kaygılarını ifade ederken⁷⁸⁴, tahkim topluluğu bu tür endişeleri layıkıyla giderecek yenilikçi çözümler sunamamıştır. Örneğin, maliyet ve süre problemini aşmak için *seri tahkim* gibi usuller geliştirilmiştir⁷⁸⁵. Ancak burada da kullanıcıların büyük çoğunluğu, karşı tarafın rızasına da tabi olduğunu gözeterek⁷⁸⁶, seri tahkimden faydalanmayı tercih etmemiştir⁷⁸⁷.

Ticari işlemlerin karmaşıklığı da gözetilerek usuli suistimali önleyecek kuralların/ilkelerin bulunmaması nedeniyle daha da artabilecek olan bu eğilimin devam etmesi, kullanıcıları uyuşmazlıkları uluslararası tahkime yönlendirmekten caydırabilir, tahkim sistemine güvensizlik yaratabilir ve bir bütün olarak tahkim sisteminin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir⁷⁸⁸. Usuli verimlilik ve usulü kötüye kullanımı önleme, tarafların beklentileriyle doğrudan bağlantılıdır. Hakemlerin verimlilik, usul

⁷⁸⁰ Kurkela/Turunen, s. 33.

⁷⁸¹ Petrochilos, s. 121.

⁷⁸² Queen Mary University, **2015**, s. 7.

⁷⁸³ Markert, s. 217. Aslında bu sürenin çok daha uzun olduğu da tahkim kullanıcıları tarafından ifade edilmektedir.

⁷⁸⁴ Queen Mary University of London/ PricewaterhouseCoopers LLP, “International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices”, 2006, s. 6; Queen Mary University, **2015**, s. 7.

⁷⁸⁵ Örneğin bkz. MTK madde 8; ISTAC Seri Tahkim Kuralları; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 30 ve Ek VI; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 9B; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 5; 2023 SCC Seri Tahkim Kuralları; UNCITRAL Model Kanunu madde 2/1.

⁷⁸⁶ Redfern, **Practice**, s. 286.

⁷⁸⁷ Queen Mary University of London/ PricewaterhouseCoopers LLP, “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”, 2012, s. 10-15. Kurumsal tahkim masraflarının %2-5, hakem ücretlerinin %4-7 civarında olduğu yönünde bkz. Karl-Heinz Böckstiegel, “Party Autonomy and Case Management- Experiences and Suggestions of an Arbitrator”, **German Arbitration Journal**, 2013, Cilt 11, Sayı 1, 1-5, s. 3; *Not indicated v. Not indicated*, Court of First Instance, İsviçre, 26 Mayıs 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1998, Cilt XXIII, 754-763, para. 14-28.

⁷⁸⁸ Fiebinger/Hauser, s. 175; Linda Silberman, “Report: International Arbitration: Comments from a Critic”, **American Review of International Arbitration**, 2002, Sayı 13, 9, s. 9.

ekonomisi gibi sebeplere dayanarak taraf irade serbestisini kısıtlayabileceği öğretide ifade edilmekte ise de genel olarak benimsenmemektedir. Bu çerçevede esas olarak taraflardan, tahkim yargılamalarını dürüst bir şekilde ilerletmeleri ve usuli verimliliği engelleyebilecek taktik manevralardan kaçınmayı kabul etmeleri beklenmektedir⁷⁸⁹.

C- İRADE SERBESTİSİ PARADOKSU

Tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi çatısı altındaki mülahazalarda atıfta bulunulmuş olmakla birlikte, tarafların *irade serbestisinin denetimine* ilişkin de çeşitli açıklamalar yapılması şüphesiz hakkın kötüye kullanılması ilkesinin önemini gösterecektir. Uluslararası tahkimde irade serbestisi esas olmakla birlikte, yukarıda aktarılan asgari standartlara aykırılık hali teorik anlamda tahkim kültürünü, adil yargılanmaya ilişkin mülahazaları, tahkim kurum ve paydaşlarının prestijlerini zedelemesinin yanı sıra, pratik anlamda tahkim kararının ilgili devlet mahkemeleri tarafından iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi ihtimalini doğurmaktadır. Tarafların irade serbestilerini hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın kullanmaları ve hakemlerin de buna müsaade etmesi, kararın tenfizinde bir tarafın aşırı yarar sağlamasına ve diğer tarafın da haksız zarara uğramasına göz yummaktır⁷⁹⁰. İrade serbestisine dayalı bir yargılama sistemi ile bu serbestinin tabi olduğu kısıtlamalar ikilemi çerçevesinde irade serbestisinin gerçek sınırları tespit edilmektedir. Her bir münferit olay bakımından bu ikilem, yani gri bölgenin de değerlendirilmesi farklılık arz etmektedir. Taraflara bahsedilen irade serbestisi, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesini sağlamak ve adil yargılanma hakkını temin etmek amacıyla asgari düzeyde sınırlandırılmakta, böylece aleyhte kararla karşılaşan tarafın karara yine de itibar etmesi ve tahkim yargılamasını meşru bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirmesi hedeflenmektedir⁷⁹¹.

Bu aşamada, yukarıda değerlendirilen sınırlandırmaların hepsi zaten belirli alanlarda çakışmakta ve adil yargılamaya hizmet etmektedir. Bu bakımdan

⁷⁸⁹ Poudret/Besson, para. 531; Waincymer, s. 389; Aksen, s. 258.

⁷⁹⁰ Hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde ele alınan *dengeleme faktörünün* önemi kendisini göstermeye başlamıştır.

⁷⁹¹ Williams/Kirk, s. 89.

genellemelerden de kaçınılmalıdır⁷⁹². Aslında taraflar daha tahkim yargılamasını tercih etmiş olmakla kendi irade serbestilerini kısıtlamaya başladıklarından, irade serbestilerine getirilen kısıtlamalar da haliyle tarafların irade serbestisi olarak görünmektedir. Böylece “*irade serbestisi paradoksu*” olarak anılan durumla karşılaşmaktadır⁷⁹³. Yani irade serbestisi alanı bir üçgen olarak görülebilir⁷⁹⁴. Bu üçgenin köşelerini **(i)** taraf özerkliği, **(ii)** tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi ve **(iii)** adil yargılanma hakkının temin edilmesi oluşturmaktadır. Bu üç köşeden veya kenardan herhangi birine aşırı yaklaşılması kaçınılmaz bir şekilde diğerlerinden uzaklaşma sonucunu doğurmakta, böylece devlet mahkemelerinin denetimi gündeme gelmektedir⁷⁹⁵.

Hakem kararlarının devlet mahkemeleri tarafından denetimi yoluyla mahkemelerin müdahalesi söz konusu olabilmektedir⁷⁹⁶. Devlet mahkemesi kararlarının denetimi ile tahkim kararlarının denetimi arasında ise şüphesiz farklılıklar bulunmakta, taraflar hakem kararlarının denetimi için bu konuya ilişkin özel olarak düzenlenmiş denetim yollarına başvurmaktadır⁷⁹⁷. Günümüzde, istisnaları bulunmakla birlikte⁷⁹⁸, çoğu hukuk düzeni tarafından benimsenen ve UNCITRAL Model Kanunu’nda da önerilen denetim yolu *iptal davası* olarak gösterilmektedir⁷⁹⁹. Devlet mahkemelerinin esasa girme yasağı (*revision au fond*) yaygın olarak kabul edilmektedir⁸⁰⁰. Esasa girme yasağı da gözetilerek, ancak belirli sebeplerin varlığında iptal davasının açılabilceği belirtilmelidir⁸⁰¹. Böylece hakem

⁷⁹² Hakkın kötüye kullanılması belirtilerine benzer şekilde, katı bir yaklaşım benimsenmemesi gerekir.

⁷⁹³ Klaus Peter Berger, “Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”, **Arbitration International**, 2018, Cilt 34, 473-493, s. 475.

⁷⁹⁴ Fortese/Hemmi, s. 122.

⁷⁹⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2733; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020, s. 757. Küresel olarak devlet mahkemelerinin denetiminin azalma eğilimi hakkında bkz. Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2003, Cilt 23, Sayı 1-2, 295-338, s. 297.

⁷⁹⁶ Tahkim ve tahkim kararlarının denetimi hakkında bkz. Ejder Yılmaz, “Hakem Kararlarının Denetimi”, **Makaleler (1973-2013)**, Cilt 2, İstanbul, Yetkin, 2014, s. 1805-1828.

⁷⁹⁷ **Ibid.**

⁷⁹⁸ Örneğin bkz. İngiltere Tahkim Kanunu madde 69. Ayrıca bkz. Hilary Heilbron Q.C., **Dispute Resolution Guides A Practical Guide to International Arbitration in London**, London, Routledge, 2008, s. 116; Neil Andrews, “London Arbitration and Streamlined Courts Post- “Brexit”, **Justicia civil y penal en la era global**, 2017, 201-238, s. 211.

⁷⁹⁹ Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2733. Ayrıca yargılamanın yenilenmesi ve tenfiz için bkz. Ataman-Figanmeşe, s. 38.

⁸⁰⁰ Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2733.

⁸⁰¹ **Ibid.**; Tuna, s. 20.

kararlarının hukuk düzenlerinin yanında milletlerarası özel hukuk ve *lex mercatoria* tarafından öngörülen asgari standartları sağlaması temin edilmektedir⁸⁰².

Tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi anlamında, özellikle çok geniş yansımalara sahip *adil yargılanma hakkının* da değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle, adil yargılanma hakkının kamu düzeniyle karşılıklı ilişkisi ele alınacak olursa, adil yargılanma hakkının kamu düzenine göre daha özel bir hüküm teşkil ettiği, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlalinde kamu düzeninden hiç bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir⁸⁰³. Ayrıca, kamu düzeninin devletin ve toplumun korunmasına yönelik olduğu, adil yargılanma hakkının ise tarafların ve özel olarak bireylerin yargıya inancının temin edilerek adaletli bir yargılama yapılmasını amaçladığı gözetildiğinde, iki kavram arasında özellik-genellik ilişkisi bulunmadığı da savunulmaktadır⁸⁰⁴. Bu bakımdan, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi çerçevesinde genellikle usule müteallik ortaya çıkan hususların adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kamu düzeni kavramına ancak ikincil bir koruma olarak başvurulabileceği sonucunu benimsemek gerekmektedir⁸⁰⁵.

Çeşitli düzenlemelerde adil yargılanma hakkına ilişkin olarak asgari denetim standardı gösterilmiştir. Mahkemelerin bu hususta takdir yetkisi gündeme gelerek söz konusu kısıtlamaların oldukça dar veya geniş uygulanması sorunsalı doğmaktadır⁸⁰⁶. Hem NYC madde V hem Model Kanun madde 34/2 hem de MTK madde 15 kapsamında takdir yetkisinin varlığı tartışmalı bir şekilde kabul edilmektedir⁸⁰⁷. Devlet mahkemelerine iptal ve tenfiz davalarında bahsedilen takdir yetkisi, tarafların irade serbestilerini ve *irade serbestisi paradoksu* üçgeninin⁸⁰⁸ sınırlarından fazla uzaklaşmadığını temin etmek için

⁸⁰² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 757.

⁸⁰³ Inglot, s. 52; *Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, Supreme Court, Switzerland, 8 February 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, Cilt XI, 1986, 538-542, para 3.

⁸⁰⁴ Reinmar Wolff, "Public Policy, Article V(2)(b)", ed. Reinmar Wolff, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, 2. Baskı, Hart Publishing, 2019, 416-461, s. 429.

⁸⁰⁵ **Ibid.**

⁸⁰⁶ UNCITRAL Secretariat, s. 190.

⁸⁰⁷ Redfern, **Redfern**, s. 623; Jarvin, **Procedure**, s. 734; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 255-407. Özellikle Türk hukuku bakımından MÖHUK kapsamında tenfiz isteminin reddinde mahkemelerin takdir yetkisi bulunmadığına ilişkin bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 673; Akıncı, **Tenfiz**, s. 204.

⁸⁰⁸ Bkz. dn. 793 vd.

dar yorumlanmalıdır⁸⁰⁹. Usuli aykırılıkların devlet mahkemeleri tarafından re'sen dikkate alınacak kamu düzeni eşiğini aştığı haller bir tarafa bırakılacak olursa, adil yargılanma hakkına tesir edecek nitelikte görülmesi için aykırılığın belli bir ağırlığa sahip olması ve hakem kararını da netice itibariyle etkilemiş olması *-aynı hakkın kötüye kullanılmasında dürüstlük kuralına açık aykırılık hali gibi-* aranmaktadır⁸¹⁰. Karşılaştırmalı hukukta, söz gelimi Model Kanun için takdir yetkisinin bu şekilde kullanılması gerektiği⁸¹¹, İsveç ve Fransız hukuklarında itiraz konusu edilen hususun tahkim kararını etkilemesi gerektiği, İngiliz hukukunda itiraz edenin önemli bir zararının aranması⁸¹² çerçevesinde, mahkemelerin her bir münferit uyuşmazlık özelinde değerlendirme yapması kaçınılmazdır.

Bu bağlamda, hakem kararlarının iptal ve tenfizine ilişkin olarak çeşitli hususların somutlaştırılması ve hangi hallerin hakem kararının sonucuna etkisi⁸¹³ aranmaksızın icrai bir engel teşkil ettiğinin düzenlenmesi gerektiği, böylece hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin de sağlanacağı ifade edilmektedir⁸¹⁴. Özellikle savunma hakkının ihlali, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin şüpheli haller gibi durumlarda uygulamada da büyük bir karmaşa söz konusudur⁸¹⁵. Nedensellik bağının aranmadığı görüşe karşılık, ihlal ile hakem kararı sonucu arasında yoğun bir nedensellik bağının

⁸⁰⁹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 706; Inglot, s. 44; UNCITRAL Secretariat, s. 125; Akıncı, **Tenfiz**, s. 161; *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.*, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

⁸¹⁰ Takavut, s. 481; MTK madde 15/A/1(f).

⁸¹¹ Holtzmann/Neuhaus, s. 922.

⁸¹² Devika Khanna, "England", ed. Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2019, 371-449, s. 428; Giuditta Cordero Moss, **International Commercial Arbitration Party Autonomy and Mandatory Rules**, Tano Aschehoug, 1999, s. 226.

⁸¹³ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 987; Aygöl, s. 123.

⁸¹⁴ Moss, **Mandatory Rules**, s. 227.

⁸¹⁵ Aykırılığın hakem kararının sonucu etkilemesinin aranmadığı yönünde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 706; Aygöl, s. 123; Pierre A. Karrer, "Switzerland", ed. Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2019, 826-885, s. 872.

bulunması gerektiği de belirtilmektedir⁸¹⁶. Burada değerlendirmenin, ihlal ile hakem kararı arasındaki bağlantının hakem kararından tespit edilebilmesi halinde nesnel, tarafların özel düzenleme ve tercihlerinin esas alınması halinde öznel olacağı ileri sürülmektedir⁸¹⁷. Öznel veya nesnel her türlü değerlendirmede esas eşiğin, söz konusu ihlalin adil yargılanma hakkını zedelemesindeki ağırlığının belirlenmesi olduğu açıktır. Böylece gerek taraf tercihleri ve irade serbestisi, gerekse de hakem görev, yetki ve sorumlulukları tecessüm edecektir. Bunların yanında, hakem kararının tenfiz engeliyle karşılaşması engellenecek, ayrıca tahkime ilişkin uygulanan hukukların emredici kuralları da dengelenmiş olacaktır.

Hakemlerin yargılama sırasında yargılamanın iyi yönetilmesi uğruna taraflar arasında denge kurması gereğinin yanı sıra, kararın tenfizi aşamasında devlet mahkemelerinin de yine bu yönde denetim yaptığı gözetildiğinde, hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile ilkenin en önemli ölçütü olarak vurgulanan *makullük ve dengeleme faktörünün* önemi açık bir şekilde görülmektedir.

II- İLKENİN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ İŞLEVİ

Tahkim yargılamasının iyi bir şekilde yönetilmesini sağlamak için hakkın kötüye kullanılması ilkesi hayati bir önemi haizdir⁸¹⁸. *Brown* haklı bir şekilde “uluslararası adalet

⁸¹⁶ Redfern, **Redfern**, s. 590; Lew/Mistelis/Kröll, s. 675; UNCITRAL Secretariat, s. 199; Jarvin, **Procedure**, s. 7412; Inglot, s. 64; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 278; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 July 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1995, Cilt XX, 671-680, para. 29; *P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others*, United States District Court, Southern District of New York, Amerika Birleşik Devletleri, 92 Civ. 4623 (MGC), 21 Aralık 1992, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1994, Cilt XIX, 788-791, para. 4.

⁸¹⁷ Takavut, s. 486; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 422; *Tongyuan (USA) International Trading Group v. Uni-Clan Limited*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), England, 19 January 2001, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2001, Cilt XXVI, 886-892, para. 5-7; *Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award (Germany)*, Court of Appeal, Karlsruhe, Germany, 9 Sch 02/07, 14 September 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2008, Cilt XXXIII, 541-548, para. 9.

⁸¹⁸ Brown, s. 231; Chester Brown, “The Relevance of the Doctrine of Abuse of Process in International Adjudication”, **Transnational Dispute Management**, 2010, Cilt 8 Sayı 2, 1, s. 6-12.

yönetiminin başka bir yönü, uluslararası yargıda herhangi bir ‘sürecin kötüye kullanılmasının’ önlenmesini sağlamasıdır” demiştir⁸¹⁹.

Hakemlerin hakların herhangi bir şekilde suistimal edilmesini önleme yetkisi/yükümlülüğü, tahkim yargılamasının iyi bir şekilde yönetilmesi ve yürütülmesini sağlama konusundaki doğal görevlerinden kaynaklanmaktadır⁸²⁰. *Barnett*’in belirttiği gibi ilke, “*başka bir tarafa yapılan haksızlık karşısında veya adalet yönetiminin itibarını zedeleme riskinden kaçınmak için*” gerektiğinde hakkın kullanılmasının engellenmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁸²¹.

Bu yaklaşım İngiliz hukukunda da aynen korunmaktadır. İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından usuli kuralların harfi harfine uygulanmasına aykırı düşmese de diğer taraf için adaletsiz olacak şekilde usul kötüye kullanıldığında mahkemelerin böyle bir kötüye kullanımı engellemede doğal bir güce sahip olduğu, aksi takdirde adalet kavramının dürüst insanlar nezdinde *itibarını yitirebileceği* belirtilmiştir⁸²². Benzer şekilde, Kanada ve Avustralya mahkemeleri de hakkın kötüye kullanılması ilkesinin adaletsizliği önlemek ve adaletin genel olarak yönetimini sağlamak için işlediğini düzenli olarak belirtmektedir⁸²³.

Hakkın kötüye kullanılmasının bu işlevi, öğretide de aynı şekilde savunulmaktadır. Bu nedenle, hakemler tarafından hakkın kötüye kullanılmasının, adaletin iyi ve adil bir şekilde uygulanmasını sağlama ve tahkim sisteminin bütünlüğünü koruma görevlerinden kaynaklandığı sıklıkla kabul edilmektedir⁸²⁴. Haklı olarak, hakkın kötüye kullanılmasının karşı tarafa önemli zararlar verilmesini ve uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla adil ve düzgün bir şekilde çözümlenmesini baltalayarak engelleyebileceği

⁸¹⁹ Brown, **Inherent**, s. 231.

⁸²⁰ Brown, **Relevance**, s. 6 vd.; Lauterpacht, **Development**, s. 165; Hatice Özdemir Kocasakal, **Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)**, İstanbul, Vedat, 2013, s. 303 vd.

⁸²¹ Barnett, **Inherent**, para. 6.05.

⁸²² *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands* [1982] AC 529, 536.

⁸²³ *Toronto City v. C.U.P.E.*, [2003] 3 S.C.R. 77; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, 1007; *Rogers v. The Queen* [1994] HCA 42.

⁸²⁴ Topcan, s. 628 vd. Diğer taraftan, hakemlerin böylesi konularda karar vermekte zorlandığı tespiti hakkında bkz. Diego P. Fernandez Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?”, ed. Franco Ferrari, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, ABD, Juris, 2016, 199-233, s. 214.

belirtilmektedir⁸²⁵. ILA raporunda da bu önerme benimsenmiştir⁸²⁶. Gerçekten, adil yargılanma ve tahkim yargılamasının iyi yönetilmesine ilişkin kural ve prensiplerin özünde dürüstlük kuralının bulunduğu kabulünde, hakkın kötüye kullanılması ilkesi kamu düzeni boyutuyla adil yargılamaya ilişkin tüm kural ve prensiplerin çerçevesini oluşturmaktadır⁸²⁷.

Buna göre, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim yargılaması sürecini desteklediği ve etkinliğini artırmaya yönelik işlediği, yargılamanın adillliğini ve taraflar arasındaki eşitliği güvence altına aldığı, tahkim yargılamasının bütünlüğünü koruduğu, tarafların makul beklentilerini desteklediği için tahkim adaletinin iyi yönetilmesini büyük ölçüde sağladığı ileri sürülebilir⁸²⁸.

Uluslararası tahkim kapsamında hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, yargılamanın iyi yönetilmesi kavramının en önemli unsurlarını sağlama ve ilerletme hususunda tahkim mahkemelerine nasıl yardımcı olduğu incelenmelidir. Ancak bunun öncesinde tahkimde giderek artan kötüye kullanım olgusu ele alınmalıdır. Bu inceleme sayesinde, tahkimde artan kötüye kullanım eğilimlerine yöneltelen eleştiriler ve hakkın kötüye kullanımının yargılamanın yönetimi üzerindeki etkisi değerlendirilmiş olacaktır. Ayrıca, tahkim yargılamasının iyi yönetiminin farklı içsel unsurlarının (adillik, yargı süreci ve verimlilik) birbiriyle sıklıkla yarıştığı ve hakemlerin genellikle bir unsuru korumak için diğerini göz ardı ettiği görülmektedir. Bu bakımdan, ilkenin tahkim yargılamasında bu tür gerilimlerle mücadelede nasıl etkili olabileceğini açıkça ifade etmek önemlidir.

A- İLKENİN ARTAN DEĞERİ

Uluslararası tahkim, uluslar ötesi ticari ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için öne çıkan bir yöntem olarak kullanılırken, tahkim camiasının sürekli olarak farklı iştegal konularını ve kaygılarını değerlendirmesi gerekmektedir. Yargılamanın iyi yönetimini

⁸²⁵ Gaillard, s. 18.

⁸²⁶ ILA, **Interim Report**, s. 8.

⁸²⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 177.

⁸²⁸ Japon hukukunda da bir kuralın katı bir şekilde uygulanması halinde hakkaniyet ve adaletin zedelenmesi söz konusu ise, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hem maddi hem de usuli haklar yönünden geçerli olduğu ifade edilmektedir. Taniguchi, s. 167.

nelerin etkileyebileceğinin çözümlenmemesi kullanıcıları uluslararası tahkimden uzaklaştırabilir⁸²⁹. Uluslararası tahkimde esas beklenti teşkil eden adillik ve verimlilik unsurlarını genellikle zedelediği göz önüne alındığında, tahkim kullanıcıları tarafından ortak bir şekilde paylaşılan öncelikli endişenin tahkimin kötüye kullanılması olduğu ifade edilmektedir⁸³⁰. Bu nedenle, tahkim sisteminin gelişmesi gereği çerçevesinde tahkim yargılamasının farklı aşamalarında karşılaşılabilen kötüye kullanım olgusuna müsamaha gösterilmemelidir.

Uluslararası tahkimin tekel bir şekilde varlığının yeterli olmadığı, sürekli olarak eleştirel bir şekilde değerlendirilmesi ve tekel statüsünün dahi uluslararası tahkim kullanıcıları tarafından bir endişe kaynağı olması gerektiği belirtilmektedir. Kötüye kullanımın engellenmesi suretiyle adalet duygusu kabul edilebilir bir şekilde tatmin edilmezse, çok değerli bir araca zarar verebilecek keskin tepkilerin muhtemel olduğu haklı bir şekilde ifade edilmektedir⁸³¹. Hakkın kötüye kullanılmasının sadece hak ve adaleti olumsuz etkilemekle yetinmeyerek tüm tahkim sürecini boşa çıkarabileceği, doğal adalet duygusunun zedelendiği bir yargı sürecinin adil bir sonuca dair güven duygusunu sarstığı öne sürülerek bu görüş daha ileri götürülmektedir. Haliyle, tahkim sisteminin kötüye kullanımı engellemede başarılı olmazsa kendini imha edeceği endişesi dile getirilmektedir⁸³². Öğretide, suistimalin artan kullanımına ve yarattığı karmaşaya dikkat çekilerek tahkim tarafları ve avukatlarının rakiplerini zayıflatmak ve kazanma ihtimallerini artırmak amacıyla benzeri görülmemiş bir dizi usuli taktik geliştirdiklerine, hatta özellikle son yıllarda uluslararası uyuşmazlıkların çözmenin etkili ve güvenilir bir

⁸²⁹ Fortune 1.000 şirketleri üzerinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapılan bir araştırma, büyük şirketlerin uyuşmazlıkların gayri resmi, hızlı ve masrafsız bir şekilde çözümünü sağlayan arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tercih ettiğini ortaya koymuştur. Thomas J. Stipanowich/Ryan Lamare, "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations", **Harvard Negotiation Law Review**, 2014, Sayı 19, 1, s. 43 vd.

⁸³⁰ Gaillard, s. 17; William W. Park, **Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 46.

⁸³¹ Paulsson, s. 3.

⁸³² P. Lane, s. 425.

yolu olarak karşımıza çıkan uluslararası tahkimin itibarını zedeleme tehdidi teşkil eden en kötü türden dava stratejilerinin ortaya çıktığına dikkat çekilmektedir⁸³³.

Bu hususta söz gelimi UNCITRAL Model Kanun'un "*each party shall be given a full opportunity of presenting his case*"⁸³⁴ hükmünü havi 18. maddesinin hazırlık aşamasında bulunan "*at any stage of the proceedings*"⁸³⁵ ibaresine bu endişe gözetilerek hükümde yer verilmemiştir⁸³⁶. Ayrıca "*full opportunity*"⁸³⁷ ibaresi de tarafların her isteğinin değil, makul isteklerinin hakemlerce karşılanacağı şeklinde yorumlanmaktadır⁸³⁸. Bunun yanında, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın da 15. maddesinin 1976 tarihli sürümünde yer alan "*at any stage*"⁸³⁹ ve "*full opportunity*"⁸⁴⁰ ibareleri, 2010 tarihli sürümün 2012 revizyonunda sırasıyla "*at an appropriate stage of the proceedings*"⁸⁴¹ ve "*reasonable opportunity*"⁸⁴² ile değiştirilmiştir. Böylece adil yargılamada makullük ölçütü yaklaşımı benimsenerek, düzenlemeler arasındaki uyum da temin edilmiştir⁸⁴³. Makullük esasının diğer tahkim kurallarında da tercih edildiği görülmektedir⁸⁴⁴.

Bu konuda, tahkim yargılamasında usule ilişkin verimsizliğin büyüyen belirsizliği ve bu türden verimsizliğin hakkın kötüye kullanılmasından kaynaklı olduğu değerlendirilerek, hakkın kötüye kullanımı ile tahkim yargılamasının her aşamasında karşılaşılabileceği belirtilmelidir. Bu bakımdan yargılamanın etkinliğini azaltan usuli

⁸³³ Gaillard, s. 17.

⁸³⁴ Taraflara iddia ve savunmalarını sunabilmeleri için bütün imkânlar tanınmalıdır.

⁸³⁵ Yargılamanın herhangi bir aşamasında.

⁸³⁶ Berger/Jensen, s. 422; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration", ed. Albert Jan Van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention ICCA Congress Series**, Cilt 9, Kluwer Law International, 1999, 336-365, s. 358.

⁸³⁷ Tüm imkânlar.

⁸³⁸ Binder, s. 331; Berger/Jensen, s. 422; Kaufmann-Kohler, **Place**, s. 358.

⁸³⁹ Herhangi bir aşamada.

⁸⁴⁰ Bütün imkânlar.

⁸⁴¹ Yargılamanın uygun bir aşamasında.

⁸⁴² Makul imkân.

⁸⁴³ Aygül, s. 125; Redfern, **Redfern**, s. 357 Waincymer, s. 184; Berger/Jensen, s. 422; Lucy Reed, "Ab(use) of Due Process: Sword and Shield", **Arbitration International**, 2017, Cilt 33, 361-377, s. 369.

⁸⁴⁴ Örneğin bkz. MTK madde 8/B; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 27, 29, 30; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22/4, 25/1, 25/3; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/2; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 18/1; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 23/2, 39/6, 40; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 16/2.

sorunlar özellikle **(i)** davanın olgusal ve/veya hukuki yönlerinin karmaşıklığının bir sonucu olarak ortaya çıkan zaman kayıpları ve yükselen masraflar⁸⁴⁵ ile **(ii)** usuli suistimalin ve tahkim sürecinin olası kötüye kullanımı sonucu olarak ortaya çıkan haksız masraflar ve gecikmeler ayrımı yapılarak ele alınmalıdır⁸⁴⁶.

Tahkim yargılamalarının birçoğunda, taktikler ve usule ilişkin kötüye kullanım nedeniyle artan maliyetler ve yersiz gecikmelere maruz kalınmaktadır⁸⁴⁷. Tarafların genellikle iddialarını kanıtlamak gibi meşru amaçlar için kapsamlı beyanlar ve deliller sunduğu açıktır. Ancak yargılamayı geciktirmek gibi stratejik bir çaba içinde nihai kararın tesis edilmesi için gereksiz olacak düzeyde, *sis bombasından* başka bir şey olmayan, ek bilgiler içeren aşırı beyanlarda ve ek süre talebinde bulunulduğu da görülmektedir⁸⁴⁸. Bu tür davranışlara *gerilla taktiği* denmektedir. Bu taktikler, kanunun veya bir usul kuralının, öngörüldüğü amaç dışında kötüye kullanılması anlamına gelmektedir⁸⁴⁹. Bir uyuşmazlığın ortaya çıkması üzerine mahkeme nezdinde geçerli olacak güçlü bir hukuki savı olmayan tarafların, iddialarını ve herhangi bir destekleyici delili sunmanın geleneksel yolundan saptığı ve karşı tarafı, vekilini veya hakem heyetini kademeli, aldatıcı ve kötü amaçlarla yıpratmak için gerilla taktiklerine başvurduğu da sıklıkla rastlanılan bir durumdur⁸⁵⁰. Zaten yersiz olan ve giderilmediği takdirde tahkim mekanizmasını ve onun geleneksel işleyiş tarzını zayıflatabilecek ve bozabilecek olan gecikmeler ve maliyet artışları, kötüye kullanım sonucu ortaya çıkan durumları ifade etmektedir.

Artan muammanın önemi, bu tür kötüye kullanımlara sıklıkla başvurulması gerçeğiyle daha da güçlenmektedir⁸⁵¹. Davacı tarafından bu türden kötüye kullanım teşkil

⁸⁴⁵ Welser/Klausegger, s. 259; Sachs, s. 111 vd.

⁸⁴⁶ Waincymer, **Uniform**, s. 45 vd.

⁸⁴⁷ Hanotiau, **Challenge**, s. 100.

⁸⁴⁸ Welser/Klausegger, s. 260.

⁸⁴⁹ Horvath/Wilske, s. 5; Stephan Wilske, “‘Internationalisation of Law’ in Arbitration: A Way to Escape Procedural Restrictions of National Law?”, ed. Nedim Peter Vogt, **Reflections on the International Practice of Law: Liber Amicorum for the 35th Anniversary of Bär & Karrer**, Helbing & Lichtenbahn, 2004, s. 259-263.

⁸⁵⁰ P. Lane, s. 424; Robert Pfeiffer/ Stephan Wilske, “An Etymological and Historical Overview”, ed. Stephan Wilske/ Günther J. Horvath, **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013, s. 3.

⁸⁵¹ Leahy/Pierce, s. 299; Wilske, **Crisis**, s. 204; ICSID dava istatistiklerine göre, tahkim davalarının %1’i esasa ilişkin hiçbir hukuki dayanak olmaksızın başlatılmaktadır. ICSID, “Caseload Statistics”, Sayı 2016-1, s. 14.

eden davranışların gösterilebileceği zaten kabul edilmektedir. Bunun yanında, genellikle muhtemel yükümlülüğün azaltılması veya önlenmesi amacıyla her türlü taktiği uygulamaya hazır olan iddia muhatabının bu şekilde davrandığına da rastlanılmaktadır. Tahkim kullanıcılarının neredeyse %70'inin, hiç şüphesiz kaynak israfına yol açan bu tür kötü niyetli davranışlara tanık oldukları tespit edilmiştir⁸⁵². Bu bakımdan haklı bir şekilde, tahkim yargılamasında usule ilişkin kötüye kullanımla başa çıkmak için tanımlanmış özel bir ilke benimsenmezse, kötüye kullanım teşkil eden taktiklerin gittikçe artarak tahkim uygulamasının olağan yansıması haline gelebileceği belirtilmektedir⁸⁵³.

Kötüye kullanım teşkil eden davranışlar yalnızca usuli verimliliği olumsuz bir şekilde etkilemekle kalmamakta, aynı zamanda usulün adillliğini ve tesis edilen kararın kalitesini de zedelemektedir⁸⁵⁴. Bu kapsamda, tahkim sürecinin kötüye kullanılmasını sınırlayabilecek usuli bir ilkenin bulunmaması verimliliği kötü etkilemesinin yanında tarafların uyuşmazlıklarını etkin ve adil bir şekilde çözme konusundaki beklentilerini de ihlal etmektedir⁸⁵⁵. Haliyle, tahkimle ilgili hakların kötüye kullanılmasını önlemeyi ve yaptırımı tabi tutmayı sağlayan bir ilkenin benimsenmesi, tarafların inceleme konusu edilen menfaat ve beklentilerinin yanında tahkimin bütünlüğüne de hizmet edecektir.

Bu aşamada hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim sürecinin bütünlüğünü ve adillliğini engelleyen kötü niyetli davranışları sınırlamak için işleyebileceği düşünülmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi yargılamanın adil gerçekleştirildiği fikrini teşvik etmenin yanında, maliyetlerin haksız yere artması ve aşırı gecikmeyle ilgili olarak kaynak israfını tamamıyla ortadan kaldırabilir ve süreci engellemeyi amaçlayan usuli kötüye kullanımı da sınırlayabilir. Öğretide de tahkim sürecinin kötüye kullanılmasıyla mücadele etmek için özel olarak tasarlanmış araçlar geliştirilmesi

⁸⁵² Edna Sussman, "All's Fair in Love and War – Or is it? The Call for Ethical Standards for Counsel in International Arbitration", **Transnational Dispute Management**, 2010, Sayı 7, 1, s. 2.

⁸⁵³ Park, **Studies**, s. 46.

⁸⁵⁴ Alexander Price/ Stephan Wilske, "Costs and Efficiency in International Arbitration: The Arbitrators' Toolbox for Achieving the "Ideal"", **DAJV Newsletter**, 2007, Sayı 32, 184, s. 184.

⁸⁵⁵ Leahy/Pierce, s. 293.

gerektiği, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin artan kötüye kullanım vakalarını engellemek için en umut verici araç olduğu ifade edilmektedir⁸⁵⁶.

Tahkim sistemini istikrara kavuşturmak amacıyla tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin benimsenmesi, tahkim yargılamalarını verimsiz veya adaletsiz kılan taktiklerin ve davranışların çoğunun hakkın kötüye kullanımına büyük ölçüde benzediğinin ve bununla bağlantılı olduğunun gözlemlenmesiyle daha da güçlenmektedir. Zira bu türden taktikler *evleviyetle* yasal ve meşru görünen usuli hakları içermektedir. Ancak taraflar bunları kötü niyetli veya makul olmayan şekilde kullanmakta veya amacına aykırı davranmaktadır⁸⁵⁷.

B- TAHKİMİN DENGELENMESİ

Tahkimin dengelenmesi kavramı aslında öğretilde *devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi* olarak ifade edilmektedir⁸⁵⁸. Ne var ki bu kadar geniş, güzel ve terminolojik olarak uygun bir kavramın sadece devlet mahkemelerinin denetimine hasredilmesi yetersiz olacaktır.

Bir üçgene benzetilen *irade serbestisi paradoksu* kapsamında, üçgenin köşelerinden biri olarak tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi gösterilmiştir⁸⁵⁹. Tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi de kendi başına üçgen olarak görülebilir. Bu sefer *tahkim yargılaması üçgeninin* köşelerini **(i)** adillik, **(ii)** yargı sürecinin gereklilikleri ve **(iii)** yargılamanın verimliliği oluşturmaktadır. Bu üç hususun hepsine birden gerekli önemin verildiğinin temin edilmesi ve bu unsurların her hâlükârda dengeli bir şekilde yargılamaya sirayet etmesi beklenmektedir. Şüphesiz, tahkim yargılamasının iyi yönetimini taşıyan adillik, yargı süreci ve verimlilik olarak ifade edilen üç köşeden birine fazla önem atfedilmesi, diğerlerinin kadük kalması sonucunu doğurur. Bu durumda da tahkim yargılamasının iyi yönetildiğinden bahsedilemez. *Tahkimin dengelenmesi* kavramı, terminolojik olarak,

⁸⁵⁶ Margaret Ryan, “Gaillard on Tackling Abuse of Process”, *Global Arbitration Review*, 2015.

⁸⁵⁷ Horvath/Wilske, s. 4.

⁸⁵⁸ Williams/Kirk, s. 90.

⁸⁵⁹ Bkz. dn. 793 vd.

yargılamada yarışan değerler görünümündeki adillik, yargı süreci ve verimlilik gerekliliklerini doğru bir şekilde ifade etmektedir.

Burada özellikle yargı süreci ve adillığe karşılık, bunlarla yarışan verimlilik göze çarpmaktadır. Gerçekten de yargı süreci ve usule ilişkin adillik gerekliliklerine sıkı bir şekilde uyulması, doğası gereği usulün verimliliğini azaltacak niteliktedir⁸⁶⁰. Bu amaçla, tahkim yargılamasında deneyimlenen verimlilik eksikliğinin kısmen “*yargı süreci paranoyası*”ndan kaynaklandığı görülmektedir⁸⁶¹. “*Verimlilik ve yargı süreci arasındaki hiç bitmeyen savaş*” olarak ifade edilen bu çatışma⁸⁶², tahkimde yargı sürecinin sınırlarını belirlemeyi zorunlu ve kaçınılmaz kılmaktadır. Dolayısıyla hakemlerin, taraf taleplerinin yanında emredici hüküm ve düzenlemeleri de yumuşatarak ve tamamlayıcı şekilde yorumlayarak uygulaması gerekmektedir.

Tahkim yargılamasını raydan çıkarmak için usul kurallarını kötüye kullanmayı tercih eden taraflar, genellikle taciz edici bir taktik olarak *yargı süreci* kavramına başvurmaktadır. Örneğin, kendilerine adil davranılması ve davalarını sunma fırsatı verilmesi gereklerine dayanarak tarafların süre uzatımı talep etmek ve dayanaksız başvurularda bulunmak suretiyle yargı sürecinin yasal gereklerini adeta sömürdükleri görülmektedir. Bu türden gereksiz ve inatçı geciktirmelerin yalnızca hakemlerin süreci hızlandırma görevini⁸⁶³ ihlal etmekle kalmadığı ve aynı zamanda hakka kavuşulmasını dahi engellediği gözetildiğinde, yarışan değerler arasındaki çelişki ve bunları dengeleme ihtiyacı derinleşmektedir⁸⁶⁴.

İngiltere Tahkim Kanunu’nun 33/1. maddesi her iki konuyu da ele almaktadır. (a) bendi bir mahkemenin adil davranması ve her bir tarafa davasını sunması için makul bir

⁸⁶⁰ Waincymer, **Uniform**, s. 45 vd.; Price/Wilske, s. 184; Fortese/Hemmi, s. 111; Kurkela/Turunen, s. 192. Hemen örnek vermek gerekirse tarafların bir aylık ek süre talebine karşılık sadece iki haftalık süre tanındığı durum için bkz. *Venezuelan Company v. Venezuelan Company*, ICC No.12545, 10 September 2003.

⁸⁶¹ Queen Mary University, **2015**, s. 10.

⁸⁶² E.D.D. Tavender, “Considerations of Fairness in the Context of International Commercial Arbitrations”, **Alberta Law Review**, 1995, Sayı 34, 509, s. 512.

⁸⁶³ Philip Fouchard, “Relationship Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, **The Status of the Arbitrator**, ICC, 1995, s. 12

⁸⁶⁴ Redfern, **Arbitration**, s. 244; Jan Paulsson, **Denial of Justice in International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, s. 177.

fırsat vermesi gereğini, müteakiben (b) bendi mahkemenin adil bir uyuşmazlık çözümü yolu sağlamak için gereksiz gecikme veya masraftan kaçınan usuller benimsemesi gereğini ifade etmektedir⁸⁶⁵.

Bu nedenle, bu konuyla karşı karşıya kalan tahkim mahkemeleri, *Scylla* ve *Charybdis* arasında⁸⁶⁶, yani ikilemin boynuzlarında sıkışmış gibi görünmektedir. Çünkü gerilla taktikleri, sistemin adillliğini ve verimliliğini zedelemektedir ve adaletin ihlali sonucu doğurmaya muktedirdir. Ancak bu türden taktiklerin kontrol edilmeye çalışılması da yargı sürecinin ihlali teşkil edebilir. Hatta daha da ileri gidilerek, birbiriyle çelişen iki yargı süreci ihlali iddiasına dahi sebebiyet verebilir. Makul olmayan gecikmeler ve neticeten maliyetlerin artması özellikle mali açıdan zayıf tarafları etkileyerek kişinin tahkime erişimini kısıtlayabilir. Böylece hem adillik hem de yargı süreci ihlal edilmiş olur. Bu bakımdan tahkim yargılamasının yönetiminde, verimlilik ve adillik arasındaki hassas dengenin korunması gerektiği ve hakemin de en zor görevlerinden birinin bu dengeyi sağlamak olduğu açıktır⁸⁶⁷.

Milletlerarası tahkimde yargı süreci ile verimlilik arasındaki gerilim tartışılırken *yargı sürecinin*, hakemin uyuşmazlığı *etkin ve zamanında* çözümlenmesini sağlamak yetki ve görevine karşı dengelenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶⁸. Bu çelişkinin giderilmesinde tahkim mahkemelerinin ilgili mevzuat ve kurallar çerçevesinde kendilerine tanınan geniş takdir yetkisinden faydalanabilecekleri genellikle kabul edilmektedir⁸⁶⁹. Tahkim yargılamasının pratik ve fiili yansıması, dengeleme faaliyeti ile uyuşmazlığa eşlik eden vakıaların hakemler tarafından ele alınması neticesinde berraklaşacaktır. Her ne kadar bu takdir yetkisinin vazgeçilmez olduğu ve hakemlerin belirli kurallara/ilkelere dayanmasının hukuki dayanağını oluşturabileceği doğru olsa da bu çelişkinin giderilmesinde hangi araçla bu dengenin sağlanabileceği

⁸⁶⁵ Berger/Jensen, s. 422.

⁸⁶⁶ Bkz. dn. 544 vd.

⁸⁶⁷ Park, *Studies*, s. 48; Redfern, *Arbitration*, s. 350

⁸⁶⁸ Takavut, s. 500; Fortese/Hemmi, s. 116.

⁸⁶⁹ Örneğin bkz. MTK madde 4/3; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 40; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/6; 2021 AAA Ticari Tahkim Kuralları madde R-26; 2021 AAA Uluslararası Tahkim Kuralları madde M-33; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 26/2; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 44/1; UNCITRAL Model Kanun madde 18.

açıklanmamaktadır. Bu tür konularda tahkim kararının temelini oluşturabilecek hukuki bir ilkenin yokluğunda hakemler, kararlarının iptalinden endişe etmekte haklı gözükmektedir.

Gerçekten de hakem heyetlerinin, kararlarına yargı süreci kapsamında itiraz edilmesi korkusuyla, yargılamanın etkinliğini sağlamak ve sürdürmek için kararlı hareket etme konusunda isteksiz oldukları tespit edilmiştir⁸⁷⁰. Dolayısıyla, görünüşte şaşırtıcı olan bu çelişkileri gidermek için ciddi bir ihtiyaç var gibi görünmektedir⁸⁷¹. Bu nedenle, usule ilişkin verimlilik ile yargı süreci arasındaki çatışmanın giderilmesi ve doğru dengenin bulunmasında, bu iki hususu da sağlayacak esnek bir araca/ilkeye gereksinim duyulduğu açıktır.

Tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesi uygulanarak bu *yargı süreci paranoyasının* giderilebileceği ileri sürülmektedir. Dengeleme faktörü sayesinde hakkın kötüye kullanılması ilkesi işlevselleştirilerek usule ilişkin verimlilik, adillik ve yargı süreci arasında ihtiyaç duyulan denge sağlanabilir. Verimsizlik suistimal teşkil eden davranıştan kaynaklandığında ve böylece yargı sürecinin boynuzlarının törpülenmesi icap ettiğinde, gerekli dengeleme sürecini çözmek bu ilke sayesinde mümkün olabilir.

Verimlilik ve yargı süreci arasındaki çelişki, *Caribbean Niquel v. Overseas Mining* uyuşmazlığında⁸⁷² ele alınmıştır. Bir madenin işletilmesi amacıyla kurulmuş ortak girişime ilişkin ihtilaf çıkması üzerine taraflardan biri kazanç kaybı istemiyle zararının giderilmesi için tahkime başvurmuştur. Hakemler tarafından yoksun kalınan kazanç çerçevesinde tazminata hükmedilmiştir. Ancak devlet mahkemesi tarafından bu tahkim kararı, taraflara tazminatın hesaplanmasına ilişkin dayanakları tartışma fırsatı vermeyerek tarafların hukuki dinlenilme haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Buradaki çelişki, hakem heyetinin taraflara zararın hesabına beyanda bulunmaları için süre vermesi halinde

⁸⁷⁰ Queen Mary University, 2015, s. 10.

⁸⁷¹ Karl Pornbacher/ Alexander Dolgorukow, “Reconciling Due Process and Efficiency in International Arbitration – The Arbitrator’s Task of Achieving The One Without Sacrificing the Other”, **Belgrade Law Review**, 2013, 50, s. 51.

⁸⁷² Fortese/Hemmi, s. 123 vd.

yargılamanın kaçınılmaz olarak gecikeceği, masrafların artacağı ve dolayısıyla yargılamanın verimliliğinin etkileneceği şeklinde görünmektedir.

Bu kapsamda, hakem heyetleri tarafından hakkın kötüye kullanılmasının benimsendiği durumlarda, ilke belirleyici faktör olarak hizmet edecek ve kişinin davasını sunma ve hukuki dinlenilme hakkına kötüye kullanılmadığı sürece riayet edilmesi hususunda ince bir dengeye ulaşılmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, verimsizlik usuli suistimal ve taktiklerden kaynaklandığında sınırlandırılmalı, bunlar ancak uyuşmazlığın çözümü için hayati bir önem taşıyorsa bunlara müsaade edilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının da tahkim yargılamasının verimliliğini sağlamak için göz ardı edilebileceği kabul edilmektedir⁸⁷³. Ancak bunun başarıldığı durumlarda yargı süreci ve/veya adillik mülahazalarının ihlal edilmesi riski olmadan tahkim yargılaması görece verimli bir şekilde yönetilmiş olacaktır⁸⁷⁴. Çelişkinin giderilmesinde böyle bir başarı, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi genel gerekliliğine de hizmet edecektir.

Farklı kötüye kullanma biçimleriyle mücadele etmek için *tek başına genel bir ilke* olarak incelenmesinin yanı sıra, ilkenin güçlü tezahürlerinin kötüye kullanma ve yargılamanın iyi yönetiminin çatışan çıkarlarını dengelemek için eşit şekilde çeşitli özel kurallarda belirginleştiği görülmektedir. Örneğin “*uyuyan yılan*”⁸⁷⁵ tahkiminde bu çelişki karşımıza çıkmaktadır⁸⁷⁶. Bu kavram başlamış bir tahkim yargılamasının davacı, davalı veya hakem(ler)den birinin hiçbir faaliyet göstermemesi nedeniyle durduğu durumları ifade etmektedir⁸⁷⁷. İngiltere Tahkim Kanunu bu durumu özellikle düzenlemekte ve hakemlere uyuşmazlığın adil bir şekilde çözümlenemeyeceğine işaret eden aşırı ve mazur görülemez gecikmelerin varlığında yargılamayı sonlandırma hakkı bahşetmektedir⁸⁷⁸.

⁸⁷³ Kaufmann-Kohler, **Globalization**, s. 1322. Ayrıca bkz. dn. 709 vd., 795 vd.

⁸⁷⁴ Park, **Studies**, s. 48.

⁸⁷⁵ Dn. 612’de anılan ‘hakkın elde tutulması’ kurumuyla kavramsal ve içeriksel bir benzerlik olduğu zaten yadsınamaz.

⁸⁷⁶ Julian D. M. Lew/ Loukas A. Mistelis, **Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer**, Kluwer Law International, 2007, s. 73.

⁸⁷⁷ Gordon Smith, “Dismissal of Arbitration Proceedings For Want of Prosecution”, **Asian International Arbitration Journal**, 2009, Sayı 5, 190.

⁸⁷⁸ İngiltere Tahkim Kanunu madde 41/3. Benzer örnekler için bkz. 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 28 veya 39; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 43; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 22/1(viii); 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 35/1(viii); 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 33/1(vii); UNCITRAL Model Kanun madde 34/2(g).

Böyle bir tedbire hükmetme hususunda hakemlerin takdir yetkisi açık bir kanun hükmüne dayanmaktadır.

Bununla birlikte, bu kanuni yetkinin de hukuki temeli karşılığını tartışmalı bir şekilde hakkın kötüye kullanılmasında bulmaktadır. Bu yöntem, tahkimde usuli suistimal ve benzer sorunların aşılmasında daha sık kullanılabilir. Özellikle, Kıta Avrupası hukuku sistemlerinde *uyuyan yılan* olarak ortaya çıkan usuli kötüye kullanmanın, hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olan *venire contra factum proprium*⁸⁷⁹ teşkil ettiği⁸⁸⁰ ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yaygın olarak ifade edilmektedir⁸⁸¹. Bu itibarla, bir ihlale ilişkin itiraz veya savunmanın tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş olması aranmaktadır⁸⁸². Buna karşılık, tahkim yargılaması sırasında gündeme getirilmemiş bir ihlalin sonradan ileri sürülemeyeceği, tarafların ileri sürmedikleri itirazlardan böylece feragat ettiği belirtilmektedir⁸⁸³.

Aşağıda da detaylı bir şekilde işleneceği şekilde, tahkim mahkemeleri hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvururken, tarafların yargılamanın adilliğini etkileyebilecek ve yargılamanın verimli bir şekilde yürütülmesini engelleyebilecek davranışlarını anlamalarına yardımcı olan ve herhangi bir talebin gerekçelerini ve amacını dikkate alan bir araçla donatılmıştır. Hakemler, çatışan menfaatlerin ihtiyatlı bir şekilde

⁸⁷⁹ Çelişkili davranış yasağı.

⁸⁸⁰ *Soci  t   Unichips Finanziaria SpA S.A., Unichips International BV and others v. François Gesnouin, Mich  le Gesnouin*, Paris Court of Appeals, France, 12 February 1993, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1994, Cilt XIX, 658-661, para. 9 vd.

⁸⁸¹ Zimmermann/Whittaker, s. 515-516; Matthias E. Storme, “Case 22: Sitting on One’s Rights - Belgium”, ed. Zimmermann/Whittaker, s. 520-521; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2771; Yargıtay 11. HD. 2018/3263 E. 2018/7408 K. 27.11.2018 T.

⁸⁸² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 505; Jarvin, **Procedure**, s. 736; Kurkela/Turunen, s. 33; Petrochilos, s. 95; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 927; Lew/Mistelis/Kr  ll, s. 713; Redfern, **Redfern**, s. 579; *K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG), Almanya, (23.09.2004), **Yearbook Commercial Arbitration**, 2005, Cilt XXX, 568-573, para. 8; *Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia)*, et al., United States Court of Appeals, Fifth Circuit, Amerika Birle  ik Devletleri, 02-20042; 03-20602, 23 Mart 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2004, Cilt XXIX, 1262-1297, para. 8, 18, 19; *Manufacturer (Ukraine) v. Supplier, in liquidation (Germany)*, Court of Appeal, Munich, Almanya, 34 Sch 06/05, 15 Mart 2006, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2009, Cilt XXXIV, 499-503, p. 5.

⁸⁸³ *Not indicated v. Not indicated*, Court of Appeal, Dresden, Germany, 20 October 1998, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, 673-678, p.7. Ayrıca bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394; Karkın, s. 81 vd.; Yargıtay 11. HD. 2000/9903 E. 2001/1170 K. 13.02.2001 T.; Yargıtay 11. HD. 2003/6774 E. 2004/3751 K. 09.04.2004 T.

dengelenmesi üzerine ve davaya eşlik eden vakıalar ışığında, usuli taleplerin makul (yargı sürecinin gerekliliklerine uygun) veya taciz edici (yalnızca oyalama taktiği) olup olmadığına karar vermek konusunda yetkindir⁸⁸⁴. Zaten *kompetenz-kompetenz* kuralı çerçevesinde tahkim anlaşmalarının geçerliliği, hakemlerin yetkilerinin belirlenmesi gibi hususlarda esas yetkinin hakemlere bahşedildiği de gözetildiğinde, “*çoğun içinde azı da vardır*” düsturu çerçevesinde bu önerme doğru kabul edilmelidir⁸⁸⁵.

III- İLKENİN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

Bu bölümde uluslararası tahkimde hakların kötüye kullanılması uygulamasının yargılamanın iyi yönetilmesine nasıl hizmet ettiği ele alınacaktır. Özellikle uluslararası tahkimde yaygın olarak karşılaşılan **(i)** tahkime erişimde kurumsal manevralar ve devlet manevraları, **(ii)** paralel tahkim yargılamaları ve **(iii)** tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili olmak üzere üç farklı hukuki sorunda hakkın kötüye kullanılması yasağının yansımaları değerlendirilecektir. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması farklı hukuki problemlerin aşılmasını sağlayarak tahkim yargılamasının iyi yönetimini teşvik etmekle birlikte, özellikle bu üç meselede ilkenin etkisi belirgin bir boyut kazanmaktadır.

A- ULUSLARARASI TAHKİME ERİŞİMDE MANEVRALAR

Tahkim sürecinin bütünlüğünü koruma görevi, hakemlerin tahkim yargılamasının iyi yönetilmesini sağlama sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Tahkim mahkemeleri, tahkim bütünlüğünü korumak ve böylece yargılamanın iyi yönetimini sağlamak için

⁸⁸⁴ Gaillard, s. 14; *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police* [1982] A.C. 529, 536; ILA, **Interim Report**; Brabandere, s.

⁸⁸⁵ *Kompetenz-kompetenz* kuralı hakkında bkz. MTK madde 7/H; Esen, **Teşmil**, s. 360; Çelikel/Erdem, s. 823; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 584; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 229; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 666; Redfern, **Redfern**, s. 340; Lew/Mistelis/Kröll, s. 332; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 395; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011, Sayı 1, 355-380, s. 360; *Manufacturer (Slovenia) v. Exclusive distribütör (Germany)*, Court of Appeal, Schleswig, Almanya, 16 SchH 01/99, 24 Haziran 1999, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2004, Cilt XXIX, 687–696, para. 5; Yargıtay 15. HD. 2007/2145 E. 2007/4389 K. 27.06.2007 T.

sıklıkla hakkın kötüye kullanılmasına başvurmaktadır⁸⁸⁶. Özellikle yatırımların yapılandırılması ve şirket vatandaşlık planlamasının, hakların tesis edildiği amaç dışında kullanıldığı durumlar görülmektedir⁸⁸⁷. Bunun yanında, yine yatırım tahkiminde hükümet veya politika değişimi gibi sebeplerle yatırımlara uygulanan koşullar farklılaşmaktadır. Devletler tarafından yatırımcıya karşı düşmanca görülebilecek tutumların benimsendiği veya yatırımcının beklentilerinin ihlal edildiği, söz gelimi devletler tarafından yatırımcıya karşı cezai soruşturma başlatıldığına veya yatırıma uygulanan mevzuatın değiştirildiğine⁸⁸⁸ rastlanmaktadır. Taraflarca çeşitli hakların kötüye kullanıldığı da birçok davada ileri sürülmüş⁸⁸⁹, böylece adillik gerekliliklerini sağlama ve tahkim sürecinin bütünlüğünü koruma görevinin hakemleri hakkın kötüye kullanılması ilkesini uygulamaya ittiği özel bir alan oluşmuştur⁸⁹⁰.

1- Kurumsal Manevralar

ICSID Sözleşmesi'nin amacının vatandaşların kendi devletlerine karşı koruma sağlamak olmadığı, aksine ICSID sisteminin uluslararası sermayenin akit devletlere akışını teşvik amacıyla yabancı yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıkları

⁸⁸⁶ *Wasteful Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, 26 June 2002, Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings, Decision of the Tribunal, para. 49.

⁸⁸⁷ Konunun uluslararası yatırım hukuku ve yatırım tahkimindeki uygulamasına dair detaylı bir inceleme için bkz. İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Faydaların Reddi*, İstanbul, Legal, 2023, s. 65 vd.

⁸⁸⁸ Örnek olarak şu haller verilebilir: (i) Yatırımcının tabi olduğu mevzuatın değiştirilmesi veya yinelenmemesi hakkında bkz. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2; (ii) Yatırımcının gelirin ilişkin tarifinin değiştirilmesi hakkında bkz. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8.

⁸⁸⁹ *Reenergy S.à.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/18; *infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12; *nextera Energy Global Holdings B.V. and nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11; *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain* ICSID Case No. ARB/14/01; *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. And Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain*, SCC; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain*, SCC; *Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain*, SCC; *AES Solar and others (PV Investors) v. The Kingdom of Spain*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012/14, 28 February 2020.

⁸⁹⁰ Paul Michael Blychak, "Access and Advantages Expanded: Mobil Corporation v. Venezuela and Other Recent Arbitration Awards on Treaty Shopping", *Journal of World Energy Law & Business*, 2011, Cilt 4 Sayı 1, 32-39, s. 32.

çözmek için özel olarak tasarlandığı geniş bir şekilde kabul edilmektedir⁸⁹¹. Bu tür durumlarda herhangi bir kötüye kullanmanın engellenmesi “*ICSID Sözleşmesinin hedef ve amacını sağlama ve ... bütünlüğünü koruma*” arzusundan kaynaklanmaktadır⁸⁹². Bu nedenle, bir şirketin ticari faaliyet/amaç için değil de yatırımcı veya ilgili ikili yatırım anlaşması uyarınca bir yatırım olarak nitelendirilmesini sağlayacak şekilde özelliklerinden birini tahkime erişim sağlamak amacıyla değiştirerek şirket yapısını kötüye kullanması eylemi hakkın kötüye kullanımının olağan bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yatırım sözleşmelerindeki hükümlerden ancak akit devlet vatandaşlığına sahip yatırımcılar faydalanabilmekte, bu çerçevede bir uyuşmazlıkla karşılaşan hakem heyetlerinin yargı yetkisi yatırımcının vatandaşlığına göre tespit edilmektedir⁸⁹³. Buna göre, yatırımcının⁸⁹⁴ akit devlete tabi olduğunu tereddütsüz bir şekilde ortaya koyması gerekir⁸⁹⁵. Şirketlerin vatandaşlığının tespitinde genellikle *kuruluş* veya *merkez yeri* esası benimsenmekte, nadiren *kontrol* esasının yer aldığı sözleşmeler de görülmektedir⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ International Bank for Reconstruction and Development, “Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, 1965, Bölüm 9; *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, **UNCITRAL, PCA** Case No. 2011-06, 18 July 2013, Award on Jurisdiction, para. 408.

⁸⁹² *Tokios Tokelés v. Ukraine*, **ICSID** Case No. ARB/02/18, 29 April 2004, Dissenting Opinion, para. 25; *Mobil Corp. v. Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 184.

⁸⁹³ Campbell McLachlan/ Laurence Shore/ Matthew Weiniger, **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 156; Christoph Schreuer, “Nationality Planning”, ed. Arthur W. Rovine, **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers**, Hollanda, Brill Nijhoff, 2012, s. 17.

⁸⁹⁴ Yatırımcının örnek bir tanımı için bkz. Türkiye-Azerbaycan Yatırımların Karşılıklı ve Teşviki Anlaşması madde 1/2: “Yatırımcı” terimi: *diğer Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak yatırım yapmış, (a) bir Akit Tarafın kanunlarına göre vatandaşlığını haiz olan gerçek kişileri, (b) Akit Taraflardan birinin yürürlükteki hukuku çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş ve kayıtlı yönetim merkezleri ile birlikte yeterli seviyedeki faaliyetleri söz konusu Akit Tarafın ülkesinde bulunan ve diğer Akit Tarafın ülkesinde, o ülkenin mevzuatı ile uyumlu olarak yatırım yapan şirketleri, firmaları veya iş ortaklıklarını ifade eder. Eğer yatırımcı yatırımın yapıldığı ülke ile diplomatik ilişkisi bulunmayan üçüncü bir ülkenin vatandaşlığını haiz kişilere ait ise veya bu kişilerce kontrol edilmekte ise bu yatırımcı işbu Anlaşmadan faydalanamaz.*”

⁸⁹⁵ Philipp Janig, “Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law”, ed. Björnstjern Baade/ Dana Burchardt/ Prisca Feihle/ Alicia Köppen/ Linus Mührel/ Lena Riemer/ Raphael Schäfer, **Cynical International Law? Abuse and Circumvention in Public International and European Law**, 2021, 309-325, s. 310.

⁸⁹⁶ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 157; Simon Foote QC, **The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law**, Wolters Kluwer Law International, 2021, s. 7; Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011, Cilt 22 Sayı 2, 499-506, s. 414.

Burada da hakemler tarafından çoğu zaman biçimsel bir araştırma çok sınırlı bir şekilde yapılarak şirketin merkezi veya kurulduğu yeri tespit edilmekte, ancak *genuine link* (gerçek bağlantı) üzerinde durulmamaktadır⁸⁹⁷. Her ne kadar biçimsel değerlendirme hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanmasını temin etse de yatırımcıların *shell company* (tabela şirket) veya *nationality of convenience* (yeniden yapılandırma, uygun vatandaşlık) ya da *nationality planning* (vatandaşlık planlaması) uygulamasına sıklıkla başvurduğu bir ortamda yetersiz kalmaktadır⁸⁹⁸. Aslında şirketlerin vergisel avantajlardan veya bir yatırım sözleşmesinden faydalanmak gibi saiklerle vatandaşlık değişikliğine veya yatırım yapılandırmasına başvurmaları meşru olmakla birlikte, bu durumlar suistimal de teşkil edebilmektedir⁸⁹⁹.

Buradaki kötüye kullanımın kesinlikle sınırlandırılması gerekmektedir. Aksi halde tarafların makul beklentileri ihlal edilebilecek, tahkim sisteminin bütünlüğü baltalanabilecek ve söz gelimi yerli bir şirketin kendi hisselerini sonradan satın alan yabancı bir kuruluşu bünyesine katması nedeniyle aslında yerel bir uyuşmazlık uluslararası uyuşmazlık haline gelerek ICSID yargı yetkisinin sınırı olmayabileceğini⁹⁰⁰ gösterebilecektir⁹⁰¹. Uygulamada, yatırımcı tanımının daraltıldığı, *denial of benefits* (faydaların reddi) hükümlerine yer verildiği veya hakemlerce hakkın kötüye kullanılması ilkelerine başvurulduğu görülmektedir. Bununla birlikte, hakemler tarafından vatandaşlığın sadece biçimsel olarak değerlendirildiği zaten belirtilmişti. Aynı şekilde, faydaların reddi⁹⁰² hükümlerinin de kısıtlayıcı bir şekilde yorumlandığı görülmektedir⁹⁰³.

⁸⁹⁷ Gerçek bağlantı konusundaki son eğilimler için bkz. İlhan Yılmaz, “Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında “Gerçek Bağlantı” İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, Sayı 1, 965-1011, s. 965 vd.

⁸⁹⁸ Janig, s. 311.

⁸⁹⁹ Manuel Casas, “Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement”, **New York University Journal of International Law and Politics**, 2016, Cilt 49 Sayı 1, 63, s. 67.

⁹⁰⁰ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, **ICSID** Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, para. 332; *Pacific Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, **ICSID** Case No. ARB/09/12, Decision on Jurisdiction, 1 June 2012, para. 2.37-2.38; *Phoenix Action v. The Czech Republic*, **ICSID** Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 43.

⁹⁰¹ Yılmaz, **Faydaların Reddi**, s. 16.

⁹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ibid.**

⁹⁰³ *Voon/Mitchell/Munro*, s. 55; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, **UNCITRAL, PCA** Case No. 2005-04/AA227, 30 November 2009, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, para 458; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, **ICSID** Case No. ARB/03/24, 8 February 2005, Decision on Jurisdiction, para 157-165.

Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması ilkesinin en kapsamlı çözüm olduğu daha şimdiden belirtilebilir⁹⁰⁴.

Biçimsel vatandaşlık değerlendirilmesi kapsamında hakemlerin ilgili sözleşmedeki kuruluş yeri, merkez yeri, idare merkezi gibi kavramları havi hükme göre kısıtlayıcı bir şekilde tespit yaptığı açıktır⁹⁰⁵. Örneğin *Tokios Tokelés v. Ukraine* uyuşmazlığında davalı tarafından davacı şirketin %99 hissesinin Ukrayna vatandaşlarına ait olduğu, davacının Litvanya’da hiçbir faaliyeti bulunmadığı ileri sürülerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gereği dermeyeran edilmişse de hakem heyeti tarafından oy çokluğuyla sözleşmede kuruluş yeri esasının benimsendiğinden bahisle bu iddialar reddedilmiştir⁹⁰⁶. Benzer yaklaşım *Wena v. Egypt* uyuşmazlığı⁹⁰⁷ ile *Rompetrol v. Romania* uyuşmazlığında⁹⁰⁸ da korunmuştur. Birkaç istisna dışında⁹⁰⁹, bu kısıtlayıcı yorum hakem kararları bakımından yerleşik uygulama haline gelmiştir⁹¹⁰.

Merkez yeri veya idare merkezi esasının benimsendiği hallerde de uygulama tutarlı değildir. Yine kısıtlayıcı bir şekilde yorum yapıldığı, bu çerçevede en azından yargı yetkisi bakımından hakemlerin müspet bir yaklaşımda bulunarak uyuşmazlığın esasını inceledikleri görülmektedir⁹¹¹. Şüphesiz bu durum, yatırımcıların haksız yararlanmalarına mahal vermektedir. *Tokios Tokelés v. Ukraine* uyuşmazlığında hakem heyeti başkanı Weil tarafından karara bu endişelerle muhalefet şerhi düşülmüştür: “*ICSID mekanizması ev sahibi devletin vatandaşlığında bulunan kişilerin, yabancı bir ülkede daha önceden veya*

⁹⁰⁴ Voon/Mitchell/Munro, s. 60 vd.

⁹⁰⁵ Yılmaz, **Faydaların Reddi**, s. 15.

⁹⁰⁶ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, **ICSID** Case No. ARB/02/18, 29 April 2004, Decision on Jurisdiction, para. 46.

⁹⁰⁷ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, **ICSID** Case No. ARB/98/4, 25 May 1999, Decision on Jurisdiction.

⁹⁰⁸ *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, **ICSID** Case No. ARB/06/3, 18 April 2008, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, para. 110.

⁹⁰⁹ Foote, s. 53-55.

⁹¹⁰ *Hutley Enterprises Ltd v Russia*, **UNCITRAL**, **PCA** Case No AA 226, IIC 415, 30 November 2009, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 411-417; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** **PCA** Case No. 2001-04, 17 March 2006, Partial Award, para. 229; *Burimi SRL v Albania*, **ICSID** Case No ARB/11/18, IIC 593, 29 May 2013, Award, para. 130; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB(AF)/09/1, 22 September 2014, Award, para. 248-255; *KT Asia Investment Group BV v Kazakhstan*, **ICSID** Case No. ARB/09/8, para. 111-139.

⁹¹¹ Yannick Radi, **Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration**, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, s. 413.

sırf bu amaç için kurulmuş bir şirket üzerinden, yerel mahkemeler ve yerel hukuku atlayarak uyuşmazlığı uluslararası tahkime taşımalarına izin veren, hatta bunu teşvik eden bir mekanizma değildir. ICSID mekanizmasının yegâne amacı, uluslararası yatırımları teşvik etmektir”⁹¹². Burada dahi hakem heyeti yatırımın gerçekliğini araştırmayı tartışmıştır. Ancak önceden bu görüş uygulamada reddedilmiş, sözleşmede “gerçek faaliyet” ya da “gerçek merkez” gibi ibareler bulunmadığı sürece bu yaklaşımın benimsenemeyeceği belirtilmiştir⁹¹³. Son dönemde de bu kısıtlayıcı tutum korunmakla birlikte, hakem heyetleri tarafından bu durum hakkın kötüye kullanılması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiştir⁹¹⁴.

ICSID heyeti tarafından da tam olarak buna ilişkin bir uyuşmazlıkta, davacının tahkimi başlatması ve sürdürmesinin yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanılması teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Kararda, yerel bir uyuşmazlık tarafı şirketin uyuşmazlık konusu olayın gerçekleşmesinden sonra yabancı bir şirkete devredilmesinin ikili yatırım anlaşması uyarınca koruma sağlamak amacıyla olduğu, *kaçınılmaz olarak* korunan bir yatırım teşkil edecek böyle bir uygulamanın uluslararası tahkim mahkemesinin yargı yetkisini fiilen sınırsız kılacağı, uluslararası yatırım tahkimi sistemine yönelik bu tür kötü niyetli davranışların korunmamasının hakemlerin görevi olduğu ifade edilmiştir. Haliyle, ICSID heyetinin yargı yetkisinin varlığını kabul etmenin ikili yatırım anlaşmalarının altında yatan temel hedeflere aykırı olduğu, uluslararası yatırım kılığına girmiş yerel yatırımların veya yalnızca uluslararası tahkime erişim sağlamak amacıyla uluslararası uyuşmazlık olarak yeniden paketlenmiş yerel uyuşmazlıkların, ikili yatırım anlaşmaları kapsamında korunmayacağı vurgulanmıştır⁹¹⁵.

Kurumsal yeniden yapılanma veya şirket vatandaşlığı planlaması, adalet yönetimini etkileyebilecek rekabet halindeki farklı çıkarları gündeme getirmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi burada etkili bir şekilde işleyerek usuli adilliği sağlamak, yargı

⁹¹² *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil).

⁹¹³ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 194-196.

⁹¹⁴ Mark Feldman, “Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, 2012, Cilt 27 Sayı 2, 281-302, s. 282.

⁹¹⁵ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, 18 July 2013, Award on Jurisdiction, para. 423.

sürecinin gerekliliklerini yerine getirmek, tarafların makul beklentilerini korumak ve tahkim sürecinin bütünlüğünü sağlamak hususlarının tamamına uygulanabilmektedir.

Hakem heyetlerinin bu tür durumlarda hakkın kötüye kullanılması ilkesinden nasıl faydalandığını gösteren çok sayıda karar vardır. Özellikle hakkın kötüye kullanıldığı tespitinde aranan temel unsurlar açısından bir tür fikir birliği dahi mevcuttur. Tahkim içtihatlarında kurumsal planlamanın meşru bir hak olduğu ve belirli ikili yatırım anlaşmalarının bahsettiği maddi ve usuli korumayı aramanın *doğrudan* kötüye kullanım teşkil etmediği kabul edilmektedir⁹¹⁶. Ancak böyle bir davranışın haksız olduğu, ikili yatırım anlaşmasının konu ve amacını ihlal ettiği veya tahkimin bütünlüğüne halel getirdiği durumlarda, hakkın kötüye kullanılması ilkesi tartışılmaktadır. Bu bakımdan bir kötüye kullanım tespitinde bulunulurken hakkın (kurumsal yeniden yapılanma) kullanılma zamanlaması ve saiki/amacı çok büyük önem taşımaktadır⁹¹⁷. Tahkim mahkemeleri anılan unsurların yanı sıra, amacın tespitinde kendilerine yardımcı olabilecek diğer belirleyici unsurları da dikkate alarak karar verecektir. Başka bir deyişle, hakkın kötüye kullanılması, bir kurumsal yeniden yapılanmanın, yeniden yapılanma sırasında mevcut olan veya öngörülebilir belirli bir uyuşmazlıkla ilgili olarak iddiada bulunmak için anlaşma korumasını temin etmek amacıyla tamamen veya kısmen lekelendiği hallerde ortaya çıkmaktadır⁹¹⁸. Uyuşmazlığın henüz söz konusu olmadığı bir dönemde, muhtemel risklere karşı gerçekleştirilen vatandaşlık planlaması durumu doğrudan gayri meşru addedilemeyecek veya hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir. *Tidewater v. Venezuela* uyuşmazlığında⁹¹⁹ “*Bir yatırımcının, ev sahibi ülke ile gelecekteki uyuşmazlıklara dair risklerden bu şekilde [vatandaşlık planlaması yoluyla] kendisini korumaya çalışması, tamamen meşru bir amaçtır ve bir yatırım koruma*

⁹¹⁶ Schreuer, s. 18 vd.; *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, para. 245, 330; *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, 9 January 2015, Award, para. 184; *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2009-11, 23 May 2011, Partial Award, para. 103.

⁹¹⁷ Feldman, s. 282; Schreuer, s. 34; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, 27 September 2001, Decision on Jurisdiction, para. 126.

⁹¹⁸ Casas, s. 116. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 536; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, 1 June 2012, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, para. 2.99.

⁹¹⁹ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. V. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, 8 February 2013, Decision on Jurisdiction, para. 184.

anlaşması korumasının kötüye kullanılması teşkil etmez.” ifadesi ile bu husus açıkça belirtilmiştir⁹²⁰.

Uyuşmazlık çıktıktan sonra gerçekleştirilen vatandaşlık değişikliğinde, hakemler tarafından bu tespitin yapılması nispeten kolaydır. Uyuşmazlık çıkmadan evvel yapılan vatandaşlık değişikliğinin vergi avantajları veya yatırım anlaşması korumasından faydalanmak için mi, yoksa sırf yatırım tahkimine erişme amacıyla yapılıp yapılmadığının tespiti ise kolay değildir. Burada, davaya eşlik eden vakıaların ele alınarak çatışan menfaatlerin değerlendirilmesi gerektiği açıktır⁹²¹.

Tokios Tokelés v. Ukraine uyuşmazlığındakine çok benzer bir şekilde, Çekya ile yerel uyuşmazlıklar yaşayan bir Çek vatandaşına ait iki Çek şirketine ilişkin *Phoenix v. Czech Republic* uyuşmazlığı⁹²² son derece önemlidir. Bu uyuşmazlıkta şirketlerin sahibi, şirketlerdeki hisselerini aile üyelerinin sahibi olduğu bir İsrail şirketi olan *Phoenix*’e devretmiş, bu yeniden yapılandırmadan yaklaşık iki ay sonra tahkim sürecini başlatmıştır. Davalı tarafından *Phoenix*’in *ex post facto* kurulmuş sahte bir İsrail şirketi olduğu, bu durumun apaçık bir şekilde anlaşma alışverişi (*treaty shopping*) teşkil ettiği ve bu nedenle hakkın kötüye kullanıldığı ileri sürülmüştür. Hakem heyeti, *Phoenix* tarafından yapılan yatırımın iyi niyetle yapılmadığı ve hakkın kötüye kullanıldığı kanaatine varmıştır. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin tarafların birbirlerine karşı dürüst ve adil bir şekilde davranmalarını, amaç ve saiklerini dürüst bir şekilde ortaya koymalarını, haksız menfaat sağlamaktan kaçınmalarını şart koştuğunu açıkça vurgulamıştır.

Burada, heyet tarafından ilkenin adaletsizliği gidermek için işleyebileceği kabul edilmiş ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde söz konusu olgular ve menfaatler arasında hassas bir dengeleme sürecine girilmiştir. Bu kapsamda taraflar

⁹²⁰ Benzer kararlar için bkz. *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. v. Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 204; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, **UNCITRAL, PCA** Case No. 2012-12, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 540.

⁹²¹ *Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 191.

⁹²² *Phoenix Action v. The Czech Republic*, **ICSID** Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award, para. 34.

arasında anlaşmazlıklar mevcutken⁹²³ yapılan yatırımın ve davanın zamanlaması, tüm transferlerin aile üyeleri arasında yapıldığını ortaya koyan işlem içeriği, devir işlemine ilişkin olarak hakikatte *Phoenix* tarafından hiçbir ekonomik faaliyetin gerçekleştirilmediğini veya planlanmadığını ortaya koyduğu dikkate alınmıştır. Bu değerlendirmeler, yatırımın asıl amacının iş yapmak yerine tamamen yerli uyuşmazlıklarda ikili yatırım anlaşmasının korumasından faydalanmak olduğu bulgusunu haklı çıkarmıştır⁹²⁴. Böylece hakem heyeti tarafından yatırımın ICSID'e erişmek için yasal bir kurgudan ibaret, kötü niyetle yapılmış ve hakkın kötüye kullanılması teşkil eden sahte bir işlem olduğu tespit edilmiş ve davacının tüm ICSID masraflarını üstlenmesine karar verilmiştir⁹²⁵.

Bu dava ve neticesinde tesis edilen karar, sadece hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulaması açısından değil, ilkenin uygulanmasının tahkim yargılamasının iyi yönetilmesini temin ettiğini ifade etmesi açısından da önem taşımaktadır. Tarafların, ICSID sisteminin yabancı yatırımcılar ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi için özel olarak tasarlandığına dair makul beklentisi vardır⁹²⁶. Bu nedenle, tahkim sisteminin suistimal teşkil eden davranışlarda bulunan taraflara koruma sağlaması adil olmaz ve tarafların makul beklentilerini ihlal eder. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi, bu makul beklentileri korumak ve sistemin bütünlüğünü sağlamak için işlevsel ve etkili bir şekilde uygulanabilmektedir.

Diğer taraftan, *Cementownia v. Türkiye* uyuşmazlığında⁹²⁷ da vatandaşlık planlaması tartışılmıştır. Burada davacı, Türkiye tarafından 12 Haziran 2003 tarihinde Türkiye'deki yatırımları hakkında tedbir uygulandığını ancak hisselerin 30 Mayıs 2003'te alındığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti tarafından hisselerin 30 Mayıs 2003'te alındığını davacı ispatlarsa bile davanın *treaty shopping*in kötü bir versiyonu olduğu, davacının çelişkili davranışları da göz önüne alınarak davacının uluslararası tahkim sistemini kötüye

⁹²³ Nisan 2001'de polis baskını dahi düzenlenmiş, hali hazırda cezai soruşturmalar da dahil yerel uyuşmazlıklar çoktan başlamıştır. **Ibid**, para. 22-33.

⁹²⁴ **Ibid**, para. 141.

⁹²⁵ **Ibid**, para. 143, 152.

⁹²⁶ Bkz. dn. 829 vd., 891 vd.

⁹²⁷ *Cementownia "Nowa Huta" S. A. v Türkiye Cumhuriyeti*, **ICSID** Case No. ARB(A)/06/2, 17 September 2009, Award, para. 156-159.

kullandığı tespit edilmiştir. *Phoenix* kararından farklı olarak burada yatırımın değil, dava açma hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna varılmıştır.

Bunun yanında, *Phoenix* ve atıfta bulunulan *Mobil v. Venezuela* kararlarındaki yaklaşımın, günümüzde hakkın kötüye kullanılması kavramından ziyade *ratione temporis* (zaman bakımından değerlendirme) kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır⁹²⁸. Zira *yerleşik uygulamayı* ifade eden *jurisprudence constante* çerçevesinde buradaki vatandaşlık planlamalarının, ikili yatırım anlaşmasıyla bahsedilen hukuki korumadan mahrum olduğu ve bu nedenle hakemlerin yargı yetkisi dışında kaldığı söylenebilir. Özellikle 2012-2015 arası görülen davalarda durum bu şekildedir⁹²⁹. Burada, korunacak bir hak bulunmadığı için hakkın kötüye kullanılmasından evleviyetle oluşmayacaktır. Yani aslında vatandaşlık planlamasının uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yapıldığı durumlarda, yatırımın (*Phoenix*) veya yatırım tahkimi sisteminin (*Cementownia v. Turkey*) kötüye kullanıldığından bahsedilemeyecek, hakkın bulunmaması çerçevesinde zararın yatırımdan kaynaklanmadığı tespit edilerek dava reddedilecektir. Yine de, emsal iki karar sayesinde tarafların suistimal teşkil eden uygulamalarına müsaade etmeme yetkisi tahkim mahkemelerine bahsedilmiş gözükmektedir.

Pac Rim Cayman v. El Salvador uyuşmazlığında⁹³⁰ tam olarak bu husus ele alınmış, vatandaşlık planlamasının hem hakkın kötüye kullanılması hem de *ratione temporis* özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer eylem, davranış veya ihmal, söz konusu anlaşmanın koruması taraf için hüküm ifade etmeye başladıktan sonra gerçekleşiyse yatırım tahkiminin yargı yetkisinden bahsedilemeyecektir⁹³¹. Bu tespit hakkın kötüye kullanılması ilkesinin özünü ifade etmektedir. Eğer taraf *ratione temporis*'i kanıtlayarak anlaşma korumasına sahip olduğunu ortaya koyamazsa, daha tanımı itibariyle hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez⁹³². Çünkü ortada bir hak yoktur.

⁹²⁸ Gaillard, s. 3.

⁹²⁹ Branson, s. 198.

⁹³⁰ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, **ICSID** Case No. ARB/09/12, 1 June 2012, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, para. 2.41.

⁹³¹ Branson, s. 198.

⁹³² *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, **ICSID** Case No. ARB/09/12, 1 June 2012, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, para. 2.99, 2.110.

Ayrıca hakem heyeti, yine tanım gereği, yargılamanın kötüye kullanılmasının tahkimde yargı yetkisine sahip olduğu anlamına geldiğini, ancak yasal bir hakkın kötüye kullanılması sonucunda yargılama yetkisini kullanmaması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur. Başka bir deyişle, sürecin kötüye kullanılması yargı yetkisi eksikliğine değil, kabul edilebilirlik şartının eksikliğine yol açmaktadır. Her hâlükârda, uyuşmazlık daha başlangıç aşamasında reddedilmektedir.

Bu yaklaşım, *Philip Morris v. Australia* uyuşmazlığında⁹³³ da yine benimsenmiş ve tasdik edilmiştir. Bu davada, davalı tarafından hakkın kötüye kullanılması ilkesinin davacının tahkim hakkını kullanmasını yasakladığı iddia edilmiştir. Hakem heyeti, davacının yatırımını yeniden yapılandırmasının uyuşmazlık öngörülebilir olduktan sonra tahkime erişim sağlamak amacıyla yapıldığından bahisle hakkın kötüye kullanıldığına karar vermiştir⁹³⁴. Özellikle, suistimalin objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği, uyuşmazlığın öngörülebilirliğinin buna göre belirleneceği ifade edilmiştir. Çoğu zaman *ratione temporis* çerçevesinde yargı yetkisi eksikliği söz konusu olacaksa da hakkın kötüye kullanılmasının gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Burada hakkın kötüye kullanılması altında *öngörülebilirlik* kavramı açıklanırken, kavramın anlaşma kapsamında bir talep/ihtilaf oluşacağına dair makul beklentiyi ifade ettiği belirtilmiştir. Ayrıca, yatırımın yeniden yapılandırılmasının gerekçesi ve amacının, bir iddiada bulunmak dışında başka nedenlere dayandığı durumların hakkın kötüye kullanımı teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, buradaki yeniden yapılandırmanın vergisel ve diğer ticari nedenlerden kaynaklanmadığı, esasen Hong Konglu bir teşekkül kullanılarak anlaşma korumasından faydalanmak için kurgulandığı tespit edilmiştir⁹³⁵. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yargılamanın adilliğini güvence altına almak için gerekli bir ilke olarak tasvir edildiği tartışmasızdır. Hakkın kötüye kullanılması, hakların kullanılmasının makul ve adil olmasını şart koşan bir ilke olarak ileri sürülmüş ve ilkenin

⁹³³ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility.

⁹³⁴ *Ibid.*, para. 584.

⁹³⁵ Somut olayda bütün ürünlerinin düz paketlenmesine ilişkin yasa çalışmaları devam ederken *Phillip Morris* tarafından buna itiraz edilmiş, yasanın çıkacağı büyük ölçüde netleştikten sonra *Phillip Morris Australia* varlıkları Hong Kong'daki *Phillip Morris Asia*'ya kaydırılmıştır. *Ibid.*, para. 585-588.

üstlenilen yükümlülükler kapsamında taraflardan birine haksız bir avantaj sağlanmasının engellenmesi suretiyle taraflar arasında adaletin ve hakkaniyeti sağladığı belirtilmiştir⁹³⁶. Hakem heyeti tarafından tahkimin başlatılmasının, ileri sürülen iddiaları kabul edilemez kılan bir şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar verilmiştir.

aaa

Bu konuda, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yalnızca adil yargılamanın bir gereği olması ötesinde, aynı zamanda yargı süreci gereklilikleri çerçevesinde zorunlu kılındığı görülmektedir⁹³⁷. Taraflara eşit muamele edilmesi yükümlülüğü uluslararası tahkimde kutsal⁹³⁸ ve hatta haklı olarak belirtildiği şekilde yargı sürecinin en temel kuralıdır. Bu husus tahkim hukuku ve kurum kurallarının birçoğunda açıkça ifade edilmektedir⁹³⁹.

Taraflardan birinin anlaşmazlığı öngörerek ev sahibi devlette, ev sahibi devlet bilmeden yalnızca tahkime başvurmak için yatırım yapması halinde, taraflar arasındaki eşitliğin bozulabileceği ileri sürülmektedir. Gerçekten bu durum yargılamanın adilliğine hanel getirmekte, taraflar arasındaki eşitliği ihlal etmekte ve tarafların makul beklentilerinin dahi karşılanamamasına yol açmaktadır. *Philip Morris* uyuşmazlığında heyet tarafından, mevcut veya gelecekteki belirli bir uyuşmazlık öngörülerek gerçekleştirilen kurumsal bir yeniden yapılandırma akabinde ikili yatırım anlaşması kapsamında önceden hesaplanmış bir iddianın ileri sürülmesi durumunun, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki pozisyon eşitliğini ortadan kaldırdığı, zira yatırımcı bir iddiada

⁹³⁶ **Ibid.**, para. 400.

⁹³⁷ Thomas W. Walde, “Equality of Arms” in *Investment Arbitration: Procedural Challenges*, ed. Katia Yannaca-Small, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 162.

⁹³⁸ Binder, s. 127 vd.; Kurkela/Turunen, s. 186-187.

⁹³⁹ Örneğin bkz. MTK madde 8/B; NYC madde V/1(b); 2010 UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 14/1, 14/2, 15/1, 22/1; UNCITRAL Model Kanunu madde 18.

bulunmak üzere yatırım yaparken ev sahibi devletin yatırımcının esas niyetini bilmeden yatırımı kabul etmesinin yatırımcı lehine haksız avantaj yarattığı belirtilmiştir⁹⁴⁰.

ConocoPhillips uyuşmazlığında⁹⁴¹ da bu görüş korunmuştur. Hatta, burada hakem heyeti tarafından yeniden yapılandırmanın uyuşmazlığın öngörülebilirliğinden daha önce gerçekleştiği kanaatine varılmıştır. Hakkın kötüye kullanılmadığı tespit edilmiş ve böylece davalının yetki itirazı reddedilmiştir. Buna rağmen, taraflar arasında eşitliği sağlamak için hakkın kötüye kullanılması ilkesinin salahiyyeti kabul edilmiştir. Tahkim kararında, tahkimin yalnızca uyuşmazlık taraflarının rızasına tabi olduğu ve yargı süreci boyunca taraflardan her birinin gerçekten yargı sürecinin gerekliliklerinin ve doğal adalet ilkelerinin gerektirdiği şekilde eşit zeminde muamele görüyorsa tahkimde yargılama yetkisinin bulunacağı açıkça vurgulanmıştır⁹⁴². Anlaşma metnindeki teknik tanıma uygun olsa bile uyuşmazlıkta pozisyon eşitliği sağlamanın yatırımcının kurumsal yapısına bazı sınırlamalar getiren kararları destekleyen ileri bir unsur olduğu belirtilmiştir. Burada hakem heyeti tarafından davacının vatandaşlık planlaması sonrasında kayda değer bir yatırım yaptığı da göz önünde bulundurulmuştur.

Ipek Investments v. Türkiye uyuşmazlığında da öngörülebilirlik hususu etraflıca değerlendirilerek ve yukarıda değerlendirdiğimiz kararların birçoğuna atıfta bulunularak şirket vatandaşlığının ICSID’e erişim amacıyla değiştirildiğine karar verilmiştir⁹⁴³. Davaya ilişkin tüm koşul ve vakıaların incelenmesi gerektiği hakem heyeti tarafından özellikle vurgulanmıştır. Burada davacı *Ipek Investment Limited* firmasının 26 Mayıs 2015 tarihinde kurulduğu, tek yönetim kurulu üyesinin aslında Türk vatandaşlığını haiz Koza İpek Holding A.Ş.’nin (“Koza”) de yönetim kurulu başkanı olduğu, pay sahiplerinin de İpek ailesi olduğu gözetilmiştir. Koza’nın kamulaştırıldığı iddiasıyla yabancı bir yatırımcı olarak ikili yatırım anlaşması kapsamında açılan bu davada davacının 6 milyar USD civarındaki talebi hakem heyeti tarafından reddedilerek Türkiye’de yapılmış gerçek

⁹⁴⁰ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, para. 443.

⁹⁴¹ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. and ConocoPhillips Company v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, Decision on Jurisdiction and the Merits, para. 279-280.

⁹⁴² *Ibid.*, para. 274.

⁹⁴³ *Ipek Investments Ltd v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/18/18, 8 December 2022, Award, para. 317 vd.

bir yatırım olmadığına ve ICSID tahkim sisteminin davacı tarafından kötüye kullanıldığına hükmedilmiştir. Cihan Medya Dağıtım A.Ş'nin haksız kamulaştırıldığı iddiasıyla başlatılan *Cascade v. Türkiye* uyuşmazlığında da paralel bir muhakeme yürütülmüştür⁹⁴⁴.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yalnızca yargılamanın adilliğini yeniden sağlamak ve sürecin bütünlüğünü korumak için değil, aynı zamanda yargı sürecinin bir gereği olarak da ele alınabileceği görülmektedir⁹⁴⁵. Haliyle, *Tokios Tokelés*'teki bölünmüş hakem heyetinden *Phillip Morris*'teki objektif ölçütün esas olduğuna ilişkin cesur ifadeler kadar gelen süreçte, hakkın kötüye kullanılması yasağı uluslararası tahkimde oldukça *canlı, coşkulu ve belirgin* bir şekilde tartışılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı vatandaşlık planlaması ile neredeyse eş anlamlı değerlendirilmekle birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağının kapsamının çok daha geniş olduğu belirtilmelidir.

Bu durum devletlerin haklarını, özellikle de suçları soruşturma konusundaki doğal haklarını silahların eşitliğini, yargılamanın adilliğini ve bütünlüğünü engelleyebilecek ve tahkim sürecini baltalayabilecek şekilde kullandıkları halleri ele alan davalarda da aynı şekilde göze çarpmaktadır⁹⁴⁶.

2- Devlet Manevraları

Tamamen teorik bir bakış açısıyla, devletler suçları soruşturma ve kovuşturma konusunda doğal bir hakka sahiptir⁹⁴⁷. Devletlerin bu hakkı ekonomik veya siyasi amaçlarla veya yatırımcıları korkutmak, kışkırtmak veya devam eden bir tahkime engel olmak için ya da kötüye kullanım teşkil edecek şekilde bir baskı aracı olarak kullandığı durumlar, yatırımcıların dile getirdiği endişeleri mantıklı kılmaktadır. Devletlerin bu

⁹⁴⁴ *Cascade Investments NV v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/18/4, 20 September 2021, Award, para. 325 vd.

⁹⁴⁵ Walde, *Equality*, s. 162.

⁹⁴⁶ *Ibid.*; Sébastien Besson, "Corruption and Arbitration", ed. Domitille Baizeau/ Richard H. Kreindler, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, s. 106.

⁹⁴⁷ Francisco Orrego Vicuña, "Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society", *International Law Forum du droit international*, 2003, Sayı 5, 188-197.

şekilde kötüye kullanım teşkil eden davranışları uyuşmazlığı derinleştirebilir, söz konusu ikili yatırım anlaşmasının amacını ihlal edebilir, yatırım tahkiminin amacına zarar verebilir, yargı sürecinin gerekliliklerine aykırı düşebilir ve uluslararası hukukun üstünlüğünü tehdit edebilir. ICSID tahkim davalarının birçoğunda bu hususun özellikle son zamanlarda daha çok ileri sürüldüğü görülmektedir⁹⁴⁸. Burada devletler özellikle yatırımın yapıldığı zamanda ceza hukukunu ihlal ettiğini belirterek hukuka aykırılık savunması çerçevesinde tahkimde yetkiye ve davanın kabul edilebilirliğine itiraz etmektedir⁹⁴⁹.

Teinver v. Argentine uyuşmazlığında, Arjantin tarafından yargıyı ve davalıyı aldatmak amacıyla finansman sözleşmesinin akdedildiği iddia edilerek davacılar ve dava finansörü hakkında cezai soruşturma başlatılmıştır⁹⁵⁰. *Italba v. Uruguay* uyuşmazlığında, tahkime sunulan evraklarda sahtecilik iddiasıyla davacının iki tanığı hakkında ceza davası açılmıştır⁹⁵¹. *Gavrilovic v. Croatia* uyuşmazlığında davalı devlet, davacının yatırımı devralmasına ilişkin olarak cezai soruşturma başlatmıştır⁹⁵². Bu uyuşmazlıklarda tahkim mahkemeleri tarafından davacıların ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin esaslı bir inceleme yapıldığı söylenebilir. Diğer taraftan, devlet tarafından yürütülen cezai soruşturmanın tahkime taşınan uyuşmazlık konusuyla ilgili olmadığı hallerde, hakem heyetlerinin bu husustaki talepleri reddetmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır⁹⁵³. Zaten hakemlerin de örneğin kara para aklama amacıyla kullanılan bir tahkim yargılamasında

⁹⁴⁸ ICSID tarafından 2014-2019 yılları arasında tesis edilen ihtiyati tedbir kararlarının yaklaşık %60'ı bu konuya ilişkindir. 2019 tarihli deneysel bir çalışmada da cezai soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin taleplerin %80'inin 2010 yılından sonra yapıldığı tespit edilmiştir. David Goldberg/ Yarik Kryvoind/ Ivan Philippov, "Empirical Study: Provisional Measures in Investor-State Arbitration", 2019; World Bank, "The ICSID Caseload – Statistics", 2019, Sayı 2019-1.

⁹⁴⁹ Thomas Obersteiner, "In Accordance with Domestic Law Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors", **Journal of International Arbitration**, 2014, Cilt 31 Sayı 2, 265–288.

⁹⁵⁰ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, 8 April 2016, Decision on Provisional Measures.

⁹⁵¹ *Italba v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/16/9, 15 February 2017, Decision on Claimant's Application for Provisional Measures and Temporary Relief.

⁹⁵² *Gavrilovic & Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, 30 April 2015, Decision on Claimants' Request for Provisional Measures.

⁹⁵³ *Nova Group Investments, B.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/16/19, 29 March 2017, Procedural Order No. 7 – Decision on Claimant's Request for Provisional Measures, para. 251; *Hydro S.r.l & others v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/15/28, 3 March 2016, Order on Provisional Measures.

tarafların isteklerini reddetme ve hatta konuya ilişkin soruşturma yapma konusunda doğal bir yetkiye sahip oldukları da belirtilmektedir⁹⁵⁴.

Bu itibarla, tahkim mahkemelerinin hangi taleplerin meşru olduğunu ve hangi taleplerin yatırımcıların meşru cezai soruşturmalardan sıyrılmak için yatırım tahkimini kullanma girişiminden ibaret olduğunun ayırt edilmesi amacıyla tetikte olması gerektiği haklı olarak vurgulanmaktadır⁹⁵⁵.

Usuli adillik kavramının yanı sıra, yargı süreci gerekliliklerinin hakemlerce gündeme getirildiği ve değerlendirildiği *Libananco Holdings v. Türkiye* uyuşmazlığında⁹⁵⁶, yukarıda ele alınan hususların bazıları açık bir şekilde ele alınmıştır. Davacı, kendisi hakkında cezai soruşturma başlatılmasının taraflar arasındaki silahların eşitliğine aykırı olduğunu ve davalı Türkiye'nin adil ve iyi niyetle tahkim yapma yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Davacı tarafından ayrıca avukatı ve tanıklar arasındaki hukuken gizli iletişimin cezai soruşturmalar sırasında gözetlendiği ve dinlendiği de ileri sürülmüştür. Hakem heyeti tarafından devletlerin doğal bir hakkı olarak cezai soruşturma yürütme hakkını tanınmakla birlikte, bu hakkın mutlak olmadığı, kötüye kullanılmaması gerektiği ve karşı tarafın hakları dikkate alınarak kullanılması gereği ifade edilmiştir. Ayrıca bu hakkın usuli adalet, tarafların eşitliği ve davalarını bilgilenmiş bir şekilde özgürce sunma hakkı gibi kutsal ilkeleri gündeme getirdiği belirtilmiştir⁹⁵⁷. Türkiye'nin avukatının soruşturma kapsamında elde edilen bilgilerin kendileriyle paylaşılmadığı ve huzurdaki tahkimde kullanılmadığına dair verdiği güvenceler sorgulanmamakla birlikte, kararda adaletin neticeten sağlanmasının yeterli olmadığı,

⁹⁵⁴ Redfern, **Redfern**, s. 333.

⁹⁵⁵ Konu hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Thomas Obersteiner, "Provisional Measures Under ICSID Rules: The Power of Tribunals to Interfere with Domestic Criminal Proceedings", **Journal of International Arbitration**, 2020, Cilt 37 Sayı 5, 607-634.

⁹⁵⁶ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, **ICSID** Case No. ARB/06/8, 23 June 2008, Decision on Preliminary Issues, para. 48, 72.

⁹⁵⁷ **Ibid.**, para. 78 vd.

bunun görünüşte ve açıkça sağlandığının ortaya konması gerektiği vurgulanmıştır⁹⁵⁸. Ardından, davalı devlete davanın hazırlanmasına müdahale edilmemesi emredilmiştir.

Quilborax v. Bolivia uyuşmazlığında⁹⁵⁹ davacılar, tahkimin boyutunu derinleştirdiği ve tahkim yargılamasının usuli bütünlüğünü tehlikeye attığı için, davalı tarafından yürütülen tahkimle ilgili cezai soruşturmanın tedbiren durdurulmasını hakem heyetinden talep etmiştir. Burada, Bolivya hükümeti tahkim sırasında davacıların Bolivya siciline kayıtlı şirket belgelerini inceleyerek bazı usulsüzlükler tespit etmiş ve belgelerde sahtecilik iddiasıyla cezai süreç başlatmıştır. Cezai soruşturmanın bir parçası olarak Bolivya hükümeti, şirket kayıtlarına da el koyarak eski hukuk danışmanları da dahil olmak üzere davacılarla ilgili kişileri sorguya çekmiştir. Bu nedenle davacılar, devletin esasa ilişkin tahkimden kaçınmak ve davacıları iddialarından vazgeçmeye zorlamak için taciz edici bir taktik olarak cezai soruşturma yürütme hakkını kötüye kullandığını iddia etmiştir. Hakem heyeti tarafından öncelikle davalı devletin cezai soruşturma yürütme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu hakkın mutlak olmadığı, kötüye kullanılamayacağı ve davacıların tahkimi takip etme ve iddialarının adil bir şekilde değerlendirilmesi haklarıyla dengelenmesi gereği vurgulanmıştır.

Kararda, hakkın kötüye kullanılmasına özellikle tahkimin usuli bütünlüğünü sağlamak ve sürdürmek amacıyla başvurulmuştur. Heyet, Bolivya'nın soruşturmayı sürdürme menfaati ile davacıların yargıya taşınmış ihtilaflarını çözme konusundaki temel menfaatleri yanında, delillere erişim hakları ve delillerin bütünlüğü arasında denge kurarak (cezai soruşturmanın olası tanıklar üzerinde önemli bir etkisi olmuştur), davacıların iddiasını haklı bulmuş ve ihtiyati tedbire hükmetmiştir⁹⁶⁰. Burada, davacıların davalarını etkili bir şekilde sunmaktan ve iddialarını kanıtlamaktan mahrum kalacağı

⁹⁵⁸ *Ibid.*, para. 79.

⁹⁵⁹ *Quilborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, 26 February 2010, Decision on Provisional Measures.*

⁹⁶⁰ *Ibid.*, para. 123, 139 vd.

gözetilerek, başka herhangi bir sonucun yargı süreci gerekliliklerinin tartışmalı bir şekilde ihlali teşkil edeceği dahi belirtilmiştir.

Özetle, devletlerin cezai soruşturma yapma hususunda egemen hakları bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu hak dahi makul bir şekilde kullanılmalıdır. Cezai soruşturmaların tedbiren durdurulmasında devletlerin egemenliği de gözetilerek hakem heyetleri tarafından yüksek bir eşik benimsenmekte, çatışan menfaatler dikkatlice değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, tahkimin bütünlüğünü sağlamak veya davacının usuli haklarını korumak için tahkim mahkemelerinin cezai soruşturmalara müdahale etmekten de kaçınmadığı görülmektedir⁹⁶¹. Ancak bu müdahalenin de en aza indirgenmesi için yaratıcı yöntemler bulunmaktadır. Örneğin atıfta bulunulan *Nova Group v. Romania* uyuşmazlığında heyet tarafından bir kişi hakkındaki tutuklama talebinin kaldırılmasına dair karar, seyahat kısıtlamalarına ilişkin adli kontrolle yumuşatılmıştır. Hakkın kötüye kullanılması yasağındaki madalyon örneği gibi⁹⁶², yukarıda açıklanan *Libananco Holdings v. Türkiye* uyuşmazlığında da belirtildiği şekilde “*The coin has two sides, and both must be respected and put in harmony with one another.*”⁹⁶³.

Yatırımın, hakkın kötüye kullanılması ilkesini ihlal etmesi veya yatırım tahkim sisteminin kötüye kullanılması durumunda korunmadığı yukarıda belirtilmiştir. Diğer taraftan, yatırımcının hukuka uygun bir şekilde yaptığı yatırımın varlığında, yatırım tahkiminin de yetkisi sağlanmış olmakla birlikte, yatırımcının söz konusu ekonomik faaliyetini kötüye kullandığı her zaman iddia edilebilir.

Devlet manevrası olarak ele alınabilecek bir diğer husus, yatırımcının bu şekildeki faaliyetine karşılık devletin de buna *yatırım uygulama* hakkıdır. Örneğin, bir ülkede gemilerle elektrik üretimi yapan bir yatırımcının sadece bir gemisinin zorunlu sigortasının bulunmadığının devlet tarafından tespit edilmesi neticesinde tüm gemilerin kamulaştırılmasına karar verildiği halde, yatırımcının hukuka aykırı davranışı karşısında

⁹⁶¹ Obersteiner, **Criminal**, s. 634.

⁹⁶² Bkz. dn. 580.

⁹⁶³ “*Madalyonun iki yüzü vardır, her ikisine riayet edilmeli ve birbiriyle uyumlu hale getirilmelidir.*” *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, **ICSID** Case No. ARB/06/8, 23 June 2008, Decision on Preliminary Issues, para. 79.

devletin yatırım tahkimi uyuşmazlığı doğuran yaptırımı arasında hiçbir bağ kurulamayacaktır. Çünkü devletin yaptırımı, yatırım hukukunu ihlal etmekte, hukuka aykırılık karşısında orantısız olmayı aşarak illiyet bağıını da kopartacak düzeydedir⁹⁶⁴. Haliyle böyle bir olayın vukuunda yatırımcının tazminat talebinin muhtemelen kabul edileceğini belirtmek gerekir.

Bu çerçevede, ev sahibi devlet yatırımcının ihlallerine karşı orantılı tedbirler uygulamakla yükümlüdür⁹⁶⁵. *Orantılılık* prensibi sayesinde devletin aldığı tedbir veya uyguladığı yaptırımların meşruiyeti sorgulanmakta, yatırımcının haklarına aşırı müdahale edilmemesi temin edilmektedir⁹⁶⁶. Vermiş olduğumuz örnekten hareketle, devlet aslında söz konusu gemi yönünden sadece idari para cezası kesmek, geminin varsa lisansını askıya almak veya iptal etmek gibi kısıtlı ve orantılı yaptırımlar uygulamalıdır. Bu durumda, devletin orantılı bir şekilde adil ve hakkaniyetli davrandığı kabul edilerek yatırımcının davası reddedilecektir. Zira, devletler yatırım hukuku yanında insan hakları hukukuna da riayet etmekle yükümlü olup mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı bu şekilde korunarak özellikle mülkiyet hakkına ilişkin AIHS 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesi hükmüne böylece riayet edilmiş olacaktır⁹⁶⁷.

Yatırımcının hukuka aykırı davranışı ile devletin yaptırımı arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunduğu, ancak devletin yaptırımının orantısız olduğu durumlarda da devletin orantılılık yükümlülüğünü ihlal ettiği ve devletin sebep olduğu zarardan yine sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, aslında devletin yaptırımı, yatırımcının hukuka aykırı davranışından kaynaklandığı için yatırımcının da sorumluluğu

⁹⁶⁴ Benzer bir örnek için bkz. Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos V Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 2015, Cilt 15 Sayı 3, s. 93.

⁹⁶⁵ Caroline Henckels, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2013, Cilt 4 Sayı 1, 197-215, s. 197.

⁹⁶⁶ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 201 vd.; Jasper Krommendijk/ John Morjin, “Proportional” by What Measure(s)?: Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2009, 421-455, s. 438; Christopher Dugan/ Don Wallace/ Noah Rubins/ Borzu Sabahi, **Investor-State Arbitration**, New York, Oxford University Press, 2011, s. 397 vd.

⁹⁶⁷ Burak Gemalmaz, “Başlangıç Notları - Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AIHM’e Götürülmesi”, **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, 55-97, s. 65.

söz konusu olacaktır. Böyle bir davayla karşılaşan hakem heyetinin şüphesiz kusur analizi yapması gerekecektir. Yine yukarıdaki örnekten hareketle, devletin tüm gemilerin lisansını 1 yıl süreyle iptal etmesi/yenilememesi durumunda böyle bir yaptırımın orantısız olduğu kabul edilebilir. Yatırımcının ortak kusuru bulunmakla beraber, devletin yaptırımının da orantısız zarara yol açmış olmasına istinaden, hakem heyeti tarafından kusur analizi yapılarak yatırımcı lehine hükmedilecek tazminatta indirimle gidilebilecektir.

Occidental v. Ecuador uyuşmazlığında bu durum gözlenmektedir. Davacı yatırımcı bakanlık izni alması gerekmesine rağmen, izin almaksızın birtakım haklarını üçüncü bir kişiye temlik etmiştir. Yatırımcının bu kusurlu davranışı sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği için ev sahibi devlet sözleşmeyi geçersiz addetmiştir. Hakem heyeti tarafından yatırımcının davranışının kötü niyetli veya kasten olmasa bile ağır ihmal teşkil ettiği tespit edilmiş, bununla birlikte devletin yaptırımının da orantısız olduğu belirlenmiştir. Buna göre, yatırımcının hukuka aykırı davranışının devletin egemenlik haklarını ihlal ettiği ve bu çerçevede yatırımcının kendi kendisini bu duruma soktuğu ifade edilmiştir. Neticeten hakem heyeti tarafından kusur analizi yapılarak, davacı yatırımcıya %25 kusur atfedilmiş ve böylece zararın %25'inden davacı sorumlu tutulmuştur⁹⁶⁸.

Devlet manevrası olarak değerlendirilebilecek başka bir uygulama da yatırımcının varsa lisansının veya tabi olduğu mevzuatın değiştirilerek *yatırımcının beklentilerinin ihlal edilmesi* veya *kazancını azaltan uygulamalardır*. LCIA nezdindeki *Occidental v. Ecuador* uyuşmazlığında⁹⁶⁹, davacı 1999 yılında akdetmiş olduğu sözleşme kapsamında 2001 yılına kadar yapmış olduğu alımlara ilişkin KDV iadesi aldığını, ancak 2001 yılında KDV iadesi talebinin reddedildiğini, böylece adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edildiğini iddia ederek UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre tahkim yargılaması başlatmıştır. Hakem heyeti tarafından sonuç olarak, devletin yatırımcıyla olan

⁹⁶⁸ *Occidental Petroleum Corporation v The Republic of Ecuador*, **ICSID** Case No. ARB/06/11, 5 October 2012, Award, para. 665; Tai-Heng Cheng/ Lucas Bento, "ICSID's Largest Award in History: An Overview of Occidental Petroleum Corporation v the Republic of Ecuador", 19.12.2012.

⁹⁶⁹ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, **LCIA** Case No. UN3467, 1 July 2004, Decision, para. 7-10.

ilişkinde uygulanan kuralları yatırımcı aleyhine değiştirmesinin adil ve eşit muamele standartlarına aykırı olduğu tespit edilmiştir⁹⁷⁰.

Benzer bir örnek olarak *PSEG v. Türkiye* uyuşmazlığı⁹⁷¹ da gösterilebilir. Burada yatırımcı tarafından Konya’da linyit santrali inşası için başvurulmuş, şirketin fizibilite çalışması bakanlık tarafından 1995 yılında onaylanmıştır. 1996 yılında *PSEG* ve Türkiye arasında Uzun Dönemli Elektrik Alım-Satım Anlaşması ve Uygulama Anlaşması imzalanmış ve hazine garantisine de yer verilmiştir. 1998 yılında Danıştay nezdindeki onay süreci tamamlanmış ve aynı yıl bakanlık ile imtiyaz sözleşmesi de imzalanmıştır. Bu süre zarfında *PSEG* tekrar fizibilite çalışması gerçekleştirerek maliyetlerinin önemli ölçüde arttığından bahisle sözleşme tadili için başvurmuşsa da müzakereler olumsuz sonuçlanmış, maden ve santral inşaatı yapılmamıştır. ICSID nezdinde görülen tahkim davasında Türkiye’nin yatırıma yönelik tavrının keyfi olduğu, meşru beklentileri zedelediği, adil ve hakkaniyete uygun muamele standardının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

Yatırımcı tarafından yap-işlet-devret mevzuatı değişikliğine istinaden projenin geliştirildiği, imzalanan belgelerin ve hazine garantisinin temin edilmesi karşısında beklentilerinin makul olduğu ifade edilmiştir. Santralin kapasite artışına bakanlık tarafından izin verilmemesinin, yatırımcının imtiyazının ihlali teşkil ettiği ve egemenlik haklarının kötüye kullanılması olduğu iddia edilmiştir. Bu çerçevede iyi niyet kurallarının da ihlal edildiği, *Tecmed*, *Maffezini*, *Metalclad* uyuşmazlıklarındaki⁹⁷² gibi devlet otoritesinin kötüye kullanılması nedeniyle projenin sonlandığı savunulmuştur. Bu iddialara Türkiye tarafından itiraz edilmişse de hakem heyeti yatırımcıyı haklı bulmuştur. Türkiye’nin kötü niyetinin bulunmadığı belirtilmiş ancak ihmalinin olduğuna dikkat çekilmiştir⁹⁷³. Ayrıca “rollar-coaster” olarak ifade edilen mevzuatın sürekli değişmesinin

⁹⁷⁰ Aynı şekilde bkz. *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07.

⁹⁷¹ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5.

⁹⁷² *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1; *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

⁹⁷³ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, 19 January 2007, Award, para. 245, 246.

de uygun olmadığı tespit edilmiştir⁹⁷⁴. Böylece hakem heyeti tarafından Türkiye'nin adil ve hakkaniyete uygun muamele standartlarını ihlal ettiği kanaatine varılmıştır⁹⁷⁵. Bu karar hakkın kötüye kullanılması ilkesi konusunda, özellikle kötü niyet veya kasıt şartlarının aranmaması bakımından da dikkat çekicidir.

Yine bu kapsamda değerlendirilebilecek başka bir devlet manevrası da *kamulaştırma* yaptırımıdır. Kamulaştırma (*expropriation*) bir devletin, özel mülkiyete *el koyması* veya özel mülkiyetin bahsettiği hakları *kısıtlaması* olarak tanımlanabilir⁹⁷⁶. Kamulaştırma, uluslararası hukukta *doğrudan ve kendiliğinden* ihlal teşkil etmemektedir⁹⁷⁷. Devletin egemenlik hakları çerçevesinde yabancı yatırımları kamulaştıracak kabul edilmekte, ancak bunun hukuka aykırı addedildiği durumlar da görülmektedir. Uluslararası anlaşmalardaki yatırım tanımları çerçevesinde kamulaştırma kavramının kapsamı da doğrudan kamulaştırma (*direct expropriation*) ve dolaylı kamulaştırma (*indirect expropriation*) kavramlarıyla genişletilmektedir. Böylece zamanla kamulaştırmanın tespitinde *önemli ölçüde mahrum kalma* (*substantial deprivation*) göstergesi tercih edilmiştir. EŞA'nın 13. maddesinde doğrudan ve dolaylı kamulaştırmanın yanında önemli ölçüde mahrum kalma esası da kabul edilmiştir. Kamu yararı söz konusu ise devletin kamulaştırma yapmasına da müsaade edilmiştir. Şüphesiz, buradaki tespit hakem heyetleri tarafından yapılacaktır. Bunun yanında, tazminat miktarının da hukuka uygun bir şekilde belirlenmesi gerektiği açıktır.

Yukarıda ele aldığımız PSEG uyuşmazlığında, *önemli ölçüde mahrum kalma* ölçütü uygulanmış ve bu kapsamda yatırımın kontrolü, işletmenin gündelik yönetimi, gelir ve kar idaresi, yönetici ve personel seçimi, şirket mallarına ilişkin haklardan mahrum bırakılması örnek verilmiştir⁹⁷⁸. Benzer şekilde CMS v. Argentina uyuşmazlığında da kamulaştırmanın hukuka uygunluğu tartışılmıştır. Burada davacıya 35 yıllık doğal gaz

⁹⁷⁴ **Ibid.**, para. 250.

⁹⁷⁵ **Ibid.**, para. 256.

⁹⁷⁶ **Black's Law Dictionary**.

⁹⁷⁷ Christoph Schreier, "The Concept of Expropriation Under the ETC and Other Investment Protection Treaties", 2005, 108-159, s. 109.

⁹⁷⁸ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, 19 January 2007, Award, para. 278 vd.

iletim lisansı bahşedilmiş, bu kapsamda yatırımcının ücretlerini ABD Doları olarak belirleyip Arjantin Pesosuna çevireceği, 6 ayda bir enflasyon farkını tarifeyle yansıtabileceği lisansta yer almıştır. Arjantin’de yaşanan ekonomik kriz ve devalüasyon neticesinde lisansta yer alan bu özel haklar ilga edilmiştir. Yatırımcı tarafından yatırım anlaşması çerçevesinde adil ve hakkaniyete uygun davranma, keyfi davranmama ve tazminatsız el atmanın yasak olmasına istinaden ICSID nezdinde tahkime başvurmuştur. ICSID heyeti tarafından davacı yatırımcının gelirinin %25’ine kadar düştüğü tespit edilmişse de kamulaştırmadan söz edilemeyeceğine, çünkü önemli ölçüde mahrum kalma ölçütünün sağlanmadığına kanaat getirilerek Arjantin’in savunmasına itibar edilmiştir⁹⁷⁹.

Kamulaştırma kavramı kapsamında *düzenleyici el atma (regulatory taking)* kavramının da ele alınması faydalı olacaktır. Özellikle çeşitli tarifelerde yabancı yatırımcı aleyhine yapılan değişikliklerin kamulaştırma teşkil edip etmediği tartışma konusu haline gelmiştir. Son zamanlarda yenilenebilir enerji sektöründeki ivme de göz önüne alındığında, söz gelimi sadece Çekya ve İspanya’nın 2010-2020 yılları arasında tarafı olduğu 50’den fazla tahkim uyuşmazlığı mevcuttur⁹⁸⁰ ve tartışma da hararetini korumaktadır. *Nykomb v. Latwia* uyuşmazlığında⁹⁸¹ İsveçli bir şirket olan davacı, Letonya’nın elektrik piyasası düzenlemelerindeki değişikliklerinin kamulaştırma teşkil ettiğini iddia ederek Stockholm Ticaret Odası tahkimi nezdinde dava başlatmıştır. Letonya, yabancı yatırımcıları ülkeye çekmek için elektrik santralleri tarafından üretilen elektriğin tarifenin iki katı fiyatından alınacağına dair bir kanun geçirmiş, bu çerçevede davacının tek hissedarı olduğu şirket ile kamu şirketi arasında bu kanuna atıfta bulunularak sözleşme akdedilmiştir. Akabinde dayanak mevzuat değişmiş ve kamu şirketi tarafından çift kat yerine %75 fazla ödemeyle yetinilmiştir. Hakem heyeti tarafından çift kat tarifenin değiştirilmesinin belli şartlar altında *regulatory taking* (düzenleyici el koyma) olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiş olmakla birlikte, söz konusu teşebbüsün mülkiyeti veya kontrolü değişmediğinden bahisle haksız kamulaştırmaya

⁹⁷⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 May 2005, Award, para. 259.

⁹⁸⁰ Investor-State Dispute Settlement Cases (<https://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

⁹⁸¹ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. The Republic of Latwia*, SCC, 16 December 2003, Award.

ilişkin davacı iddiaları reddedilmiştir. Bununla birlikte, yabancı yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edildiği tespit edilmiştir.

Hakem heyetinin kamulaştırma bulunmadığı yönündeki kararı, eksik ve yetersiz bulunarak öğretilde eleştirilmektedir⁹⁸². Burada, hakkın kötüye kullanılması ilkesine açıkça atıfta bulunulmamıştır. Yine de kararda *unreasonable exercise* (makul olmayan kullanım) kavramına dayanıldığı, yani aslında hakkın kötüye kullanılması yasağından faydalandığı iddia edilebilir⁹⁸³. *Tza Yap Shum v. Peru* uyuşmazlığında hakem heyeti tarafından yetki hususunda yapılan inceleme neticesinde, yatırımcının vergiye ilişkin talepleri kapsamındaki olgu kamulaştırma olarak nitelendirilerek devletin yetki itirazı reddedilmiştir⁹⁸⁴.

Bu çerçevede, devlet manevraları özelinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin veya en azından ilkeye ilişkin ölçütlerin taraflarca ileri sürüldüğü, hakem heyetlerinin de gerçekten orantılılık/ölçülülük bağlamında bu iddiaları değerlendirdiği görülmektedir. Bu bakımdan, hakkın kötüye kullanılmasının en esaslı ölçütü olarak *makullük* ve *dengeleme faktörünün* aslında her türlü kötüye kullanımla başa çıkmakta yeterli olduğu kabulü önerdiğimiz üzere geçerliliğini korumaktadır.

B- PARALEL YARGILAMALAR

1- Genel Bakış

Uluslararası tahkim yargılaması, globalleşme eğilimlerinden kaçınılmaz bir şekilde etkilenmektedir. Karmaşık tahkimlere artık daha da sık rastlanılmakta olduğundan, bu zorluk artık uluslararası tahkimin adeta bir özelliği haline gelmiştir. Uluslararası

⁹⁸² Thomas Walde/ Kaj Hober, “The First Energy Charter Treaty Arbitral Award”, **Journal of International Arbitration**, 2005, Cilt 22 Sayı 2, 83-104.

⁹⁸³ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. The Republic of Latvia*, SCC, 16 December 2003, Award, s. 33 vd.

⁹⁸⁴ *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6; *Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467.

uyuşmazlıkların ve tahkim yargılamalarının artan karmaşıklığı, gerçekten küresel bir paradoks haline gelen paralel ve örtüşen yargılamalar meselesini ortaya çıkarmıştır⁹⁸⁵.

Devletler arası yatırımların teşviki, kaynak aktarımı ve bunların korunmasına ilişkin olarak akdedilen ikili yatırım anlaşmalarında şüphesiz uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Bu hükümlerde genellikle öncelikle *dostane çözüm* yöntemlerinin esas olduğu gösterilmekte, ancak uyuşmazlığın bu şekilde çözülememesi halinde tarafların devlet mahkemelerine veya tahkime başvurabilecekleri kabul edilmektedir⁹⁸⁶. Bu türden düzenlemeler öğretide “*çok katmanlı kayıt*” olarak değerlendirilmektedir⁹⁸⁷. Dostane çözüm hükmü çerçevesinde herhangi bir uyuşmazlık vukuunda öncelikle taraflar arasında karşılıklı başvuru ve müzakere süreci öngörülmekte, uyuşmazlığın bu şekilde çözümüne de genellikle bir süre sınırı getirilmektedir.

Uyuşmazlığın yargıya taşınması üzerine dostane çözüm hükmünün *emredici* olup olmadığı yargı makamı tarafından değerlendirilerek eğer söz konusu hüküm emredici nitelikte bulunursa yargı makamının yetkisizlik çerçevesinde davayı reddetmesi gerekmektedir. Ancak hakem heyetleri tarafından bu hükmün farklı yorumlandığı da görülmektedir. Örneğin, çok katmanlı kayıt içeren bir yatırım anlaşmasına ilişkin *SGS v. Pakistan* uyuşmazlığında, yatırım anlaşması on iki aylık müzakere süresi öngörmesine rağmen uyuşmazlığın davacı tarafından davalıya bildirilmesinden hemen iki gün sonra ICSID’e başvurulmuş, haliyle davalı Pakistan yetki itirazında bulunmuştur. Hakem heyeti tarafından yetki itirazı reddedilerek söz konusu sürenin yetkiyi etkilemediği belirtilmiştir⁹⁸⁸. Aynı şekilde, *Bayındır v. Pakistan* uyuşmazlığında da hakem heyeti

⁹⁸⁵ Emmanuel Gaillard/ Philippe Pinsolle, “Advocacy in Practice: The Use of Parallel Proceedings”, ed. Doak Bishop/ Edward G. Kehoe, **The Art of Advocacy in International Arbitration**, 2. Baskı, Juris, 2010, s. 174. Örneğin 2008 Türkiye ve Almanya Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması madde 10.

⁹⁸⁶ Örneğin bkz. 2008 Türkiye ve Almanya Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması madde 10; UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 5; ICSID Sözleşmesi madde 26/1; UNCITRAL Model Kanunu madde 25; CPTPP madde 9.21 ve 9.22.

⁹⁸⁷ Bilgin Tiryakioğlu, “Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik”, ed. Hatice Özdemir Kocasakal/ Süheyla Balkar, **Tahkim Anlaşması**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 90 vd.

⁹⁸⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 August 2003, Decision of Jurisdiction.

bekleme süresine itibar etmenin tarafların menfaatine olmadığı kanaatiyle yetki itirazını reddetmiştir⁹⁸⁹.

Buna karşılık, *Kılıç v. Turkmenistan* uyuşmazlığında⁹⁹⁰ önce devlet mahkemelerine başvurulmasını öngören kayıt⁹⁹¹ zorunlu bir aşama olarak değerlendirilmiş, buna istinaden hakem heyeti tarafından yetkisizlik kararı tesis edilmiştir. Çelişki arz edecek biçimde, yine aynı hükmün yorumlandığı *Muhammet Çap v. Turkmenistan* uyuşmazlığında seçimlik hak olarak görülmüş ve hakem heyeti tarafından davalının yetki itirazı reddedilmiştir⁹⁹². Yine farklı bir yorumla, bu sefer *İçkale v. Turkmenistan* uyuşmazlığında⁹⁹³ hakem heyeti anılan hükmün yetkiye ilişkin bir ön koşul teşkil etmediği, ancak usuli bir şart olduğu kanaatiyle yetki itirazını reddetmiştir.

Şüphesiz aynı hükmün üç farklı kararda üç değişik şekilde yorumlanması hukuki belirsizlik doğuracak niteliktedir. Gerçekten, yatırımcı doğrudan tahkime giderse *Kılıç*'taki gibi yetkisizlik kararıyla karşılaşabilecek, devlet mahkemesine başvurur da bu sefer uyuşmazlık mahkeme tarafından 1 yıl içerisinde çözümlenir ve bu karar da kesinleşirse bu sefer kesin hüküm (*res judicata*) nedeniyle tahkime hiç başvuramayacaktır.

Bunun yanında, bazı hükümlerde taraflara bu iki yola başvurma hususunda seçimlik hak dahi bahsedilmekte veya söz konusu hüküm yargı makamları tarafından bu şekilde değerlendirilmektedir⁹⁹⁴. Bu tür kayıtlar “*fork in the road*” (yoldaki çatal) olarak ifade edilmekte, buna göre bir uyuşmazlık ya devlet mahkemeleri ya da tahkim nezdinde dermeyer edilebilmektedir. Bu nedenle, sonradan ikame edilen başvurunun *yetkisizlik*

⁹⁸⁹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, 14 November 2005.

⁹⁹⁰ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1.

⁹⁹¹ Türkiye - Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması madde 7/2.

⁹⁹² *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6.

⁹⁹³ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, 8 March 2016.

⁹⁹⁴ Christoph Schreuer, “Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, Cilt 5 Sayı 231, s. 239.

nedeniyle reddedilmesi gerekmektedir⁹⁹⁵. Yine aykırı bir şekilde, hakem heyetleri tarafından *çatal* hükmüne rağmen yetki itirazının reddedilebildiği, zira burada uyuşmazlıkların hukuki niteliklerinin farklı olduğu, birinin yatırım anlaşmasına diğerinin ise sözleşmesel ilişkiye dayandığı belirtilmektedir⁹⁹⁶.

Buradaki dayanak hükmün kapsamına göre, tahkime ilişkin rızanın bazen de sadece belirli uyuşmazlıklara hasredilmiş olduğu görülmektedir. Söz gelimi, NAFTA⁹⁹⁷ kapsamında sadece 11. bölümündeki, EŞA'da 26. maddenin atfıyla sadece 3. bölümündeki, Rusya Federasyonu ile Birleşik Krallık arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'nın 8. maddesindeki uyuşmazlıklar ve Çin ile Peru arasındaki ikili yatırım anlaşması uyarınca sadece kamulaştırma ve diğer zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime rıza gösterilmiştir. Hakem heyetlerinin böyle kayıtların varlığında, kapsam dışına düşen uyuşmazlıklar bakımından yetkisizlik kararı tesis etmesi gerekmekte ise de farklı sonuçlara varıldığına da rastlanmaktadır. Örneğin, *Tza Yap Shum v. Peru* ve *Occidental Exploration v. Ecuador* uyuşmazlıklarında⁹⁹⁸ bu şekilde bir yaklaşım benimsenmiş ve hakem heyetleri vergisel hususlarda da yetkili olduğuna kanaat getirmiştir.

Bunların yanı sıra, tarafların farklı anlaşma ve sözleşmelerde yer alan farklı tahkim kayıtlarına dayanarak çeşitli tahkim mahkemeleri nezdinde aynı anda davalar başlatıldığı da görülmektedir. Söz konusu uyuşmazlık aynı vakadan doğmakta, aynı hukuki yollar izlenmekte ancak esasa etkili olmayacak şekilde farklı bir taraf, paravan şirket gibi yollara başvurulmaktadır⁹⁹⁹. Taraflar, proje bazlı sözleşme, ikili yatırım anlaşmaları veya çok

⁹⁹⁵ Örneğin bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma madde 6; Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma madde 7; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma madde 10.

⁹⁹⁶ *Tota Costruzioni Generali SpA v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12.

⁹⁹⁷ NAFTA yürürlükten kalkmıştır. Bunun yerine ABD, Meksika ve Kanada arasında 2018 yılında imzalanmış USMCA yürürlüğe girmiştir. Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının büyük ölçüde ICSID'de değerlendirildiği NAFTA yatırım tahkimi, USMCA ile ABD ve Kanada için tamamen, Meksika için büyük ölçüde kaldırılmıştır. Bu bakımdan artık yatırım sözleşmelerindeki uyuşmazlık çözüm maddeleri ile UNCITRAL'ın daha etkili olacağı söylenebilir.

⁹⁹⁸ *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6; *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467.

⁹⁹⁹ Eric De Brabandere/ Tarcisio Gazzini, **Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests**, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, s. 164.

tarafli yatırım anlaşmalarında (NAFTA, EŞA, CPTPP gibi) yer alan farklı hükümlere dayanarak ayrı ayrı uluslararası tahkime gitmektedir.

Böylece paralel yargılamalar sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰⁰. Paralel yargılama genellikle, tarafların görülmekte olan bir uyuşmazlıkla aynı veya ilgili yargılamayı farklı tahkim/mahkemeler önünde başlattığı durumu ifade etmektedir¹⁰⁰¹. Hukuk düzenleri veya ilgili anlaşmalar çerçevesinde farklılık göstermesi nedeniyle paralel yargılamanın tek bir tanımı bulunmamaktadır. ILA tarafından benimsendiği şekilde *paralel yargılama*, taraflarının ve bir veya daha fazla konunun aynı veya önemli ölçüde benzer olduğu bir uyuşmazlığın birden fazla hakem/mahkeme önünde derdest olmasıdır¹⁰⁰².

Bu bahisle, tahkim yargılamalarından biri derdestlik (*lis pendens*) veya sonuçlanmış ise kesin hüküm (*res judicata*) teşkil etmesine rağmen tarafları, konusu ve dayanağı aynı olan farklı yargılamalar söz konusudur. Şüphesiz bu durumda çelişkili karar riski, masraf ve kaynak harcamasının ikiye katlanması, yargılamaların taciz teşkil etmesi gibi endişeler doğmaktadır¹⁰⁰³. *Derdestlik* ve *kesin hüküm* prensipleri uluslararası hukuk çerçevesinde genel hukuk ilkesi teşkil etse de paralel yargılamalara uygulanmaları bakımından yetersiz görünmektedir¹⁰⁰⁴. Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde genel olarak benimsenen *üçlü kimlik testi* çerçevesinde söz konusu ilkelere çok katı bir şekilde yaklaşılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise farklı bir algı (hissedarlık, grup şirketleri, mirasçılık gibi) benimsenmektedir. Bu durum uygulamayı belirsiz kılmasının yanında, esaslı bir boşluk da teşkil etmektedir. Dolayısıyla, uluslararası tahkimde paralel yargılamalar meselesi, tahkim uygulamasında yargılamanın iyi yönetilmesi ve hakkın kötüye

¹⁰⁰⁰ İnci Ataman-Figenmeşe, “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion Arbitration Without Privity”, *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul*, 2011, Cilt 43, s. 188; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara, Yetkin, 2022, s. 194.

¹⁰⁰¹ Erk, s. 16.

¹⁰⁰² *Ibid.*; ILA, *Report*, para. 5.6, 5.13; Lew/Mistelis/Kröll, s. 343.

¹⁰⁰³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, “How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions”, *Disp. Resol. Int’l*, 2008, Sayı 2, 110-113, s. 111.

¹⁰⁰⁴ *Derdestlik* hakkında detaylı tartışmalar için bkz. İlyas Gölcüklü, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları*, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 117 vd.

kullanılması ilkesinin yargılamanın bunu sağlamasındaki rolüne ilişkin açıklanması gereken sorunları gündeme getiren başka bir alandır.

Paralel yargılamalar kapsamında hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yargılamanın ve adaletin iyi idaresini nasıl sağladığını göstermek için, öncelikle paralel ve örtüşen yargılamalara yönelik hukuki ve stratejik mülahazaları değerlendirmek gerekli ve önemlidir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yalnızca adaletin tecellisini sağlamakla kalmayıp aynı zamanda tahkim yargılamasının iyi yönetilmesinin çatışan çıkarlarını (adillik, yargı süreci ve verimlilik) dengelediği öne sürüldüğünden, bu önermenin yeterliliğini ortaya koymak için paralel yargılamaların sebep olabileceği devasa riskler kapsamında çatışan çıkarların vurgulanması amacıyla kısa ve öz bir inceleme yapılması gerekmektedir. Daha sonra, hakkın kötüye kullanılmasının adaletin işleyişini güçlendirmeye yönelik işleyişi ve çatışan çıkarları dengeleyen bir mekanizma olarak rolü, konuyla ilgili çeşitli uyuşmazlıklar incelenip analiz edilerek tartışılacaktır.

2- Rakip Çıkarlar

Daha önce de belirtildiği üzere, hak, hukuken tanınan ve korunan bir menfaattir¹⁰⁰⁵. Uluslararası tahkimde her bir tarafın kendi menfaatlerini gözettiği kabul edilmektedir. Herhangi bir uyuşmazlıkta, tarafların birbiriyle çatışan farklı menfaatleri olduğu ve bu tür bir ihtilafı çözmenin karar vericinin görevi olduğu da aynı şekilde kabul edilmektedir¹⁰⁰⁶. Paralel yargılamaların çelişkili sorunu da bunun istisnası değildir. Zira burada, paralel yargılamayı başlatan tarafça gözetilen menfaatler ile paralel yargılamayla bağlantılı riskler ve usuli tehlikeler muvacehesinde, buna karşı çıkan taraf(lar)ın çıkarlarını içerecek şekilde menfaat çokluğu ve çeşitliliği mevcuttur. Bu çatışan menfaatler genellikle yargılamanın yönetilmesi kapsamında ele alınmaktadır. Yani buradaki menfaat çatışması, yargı süreci mülahazalarının bir parçası olan, sürecin bütünlüğünü sağlayan, tarafların

¹⁰⁰⁵ Cueto-Rua, s. 995-996; Jenkins, s. 172. Ayrıca bkz. dn. 352. Hakkın bu tanımı şekilde *menfaati* de esas unsur olarak benimsemiş olması karşısında, hakkın amacının da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. dn. 353.

¹⁰⁰⁶ Gebhard Bücheler, **Proportionality in Investor-State Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2015, s. 28.

makul beklentilerini koruyan ve yargılamanın etkinliğini ve adaletini etkileyen menfaatlere ilişkindir.

Çatışan menfaatler en basit şekliyle, davacının genellikle uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesini istemesine karşılık, davalının da yargılamayı geciktirmeye veya kesintiye uğratmaya çalışması olarak görünmektedir¹⁰⁰⁷. Bu çerçevede, devlet mahkemeleri veya tahkim nezdinde paralel yargılama, öncelikle bir geciktirme taktiği olarak başlatılabilir¹⁰⁰⁸.

Örneğin *An Indian Cement Company v. a Pakistani Bank* uyuşmazlığında¹⁰⁰⁹, ICC tahkiminden önce tahkim şartının varlığına rağmen davalı banka tarafından Pakistan devlet mahkemesinde dava ikame edilmiş, hatta devlet mahkemesinde *anti-arbitration injunction* (tahkimde dava açma yasağı tedbiri) talebinde dahi bulunulmuştur. Tek hakemle yürütülen tahkim yargılamasında hakem tarafından *pacta sunt servanda* ilkesi gözetilerek, tahkim anlaşmasına rağmen devlet mahkemesinde açılan dava oyalamaya, tahkimin etkisini azaltmaya ve zaman kazanmaya yönelik bir taktik olarak değerlendirilmiştir. Böylece tahkim anlaşması ile devlet yetkisinin bertaraf edildiğinden bahisle tahkim yargılamasına devam etmiştir.

Benzer şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlık, bir bilim insanının İsviçreli bir ilaç şirketi (A Şirketi) ile ICC tahkim klotunu havi *know-how* lisans sözleşmesine ilişkin olup bilim insanı sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerini başka bir şirkete (B Şirketi) devretmiştir. Telif ücretlerinin ödenmesiyle ilgili olarak A Şirketi ile B Şirketi arasında uyuşmazlığın ortaya çıkması üzerine hakem heyeti, B Şirketinin telif ücretlerini alma hakkını tanıyan kısmi bir karar tesis ederek bunun meblağının hesaplanması sorununu sonraki bir aşamaya ertelemiştir. A Şirketi, söz konusu sözleşmenin geçersiz olduğunun tespitini talep eden başka bir paralel tahkim süreci başlatmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, tesis edilmiş bu kısmi kararın esasının

¹⁰⁰⁷ Pfeiffer/Wilske, s. 3.

¹⁰⁰⁸ Gaillard/Pinsolle, s. 174.

¹⁰⁰⁹ *An Indian cement Company v a Pakistani bank*, ICC Case No. 1512, 1971, Preliminary Award, ed. Pieter Sanders, **Yearbook Commercial Arbitration, Volume 5**, Kluwer Law International, 1980, para. 170.

değerlendirilmesini gerektirmesi bakımından paralel yargılamanın taktiksel bir amaçla başlatıldığını belirtmiştir. Derdest bir davanın sorumluluk ilkesi çerçevesinde davacı tarafından kaybedilerek yalnızca buradaki tazminat ödemesinin geciktirilmesine yönelik tespit amaçlı bir talep söz konusu olduğunda, bir iddianın haklı olduğundan bahsetmenin şüpheli olduğuna hükmetmiştir¹⁰¹⁰.

Öte yandan, karşı tarafın farklı yerlerde bulunan mal varlığına erişilmesi veya tahsilat şansının artırılması amacıyla da paralel yargılamalar başlatılabilmektedir¹⁰¹¹.

Paralel tahkim yargılamaları, maliyetleri kaçınılmaz olarak arttırmakta ve böylece yargılamanın iyi yönetilmesine halel getirebilmektedir¹⁰¹². Dolayısıyla tarafların, karşı taraf üzerinde ekonomik baskı uygulama aracı olarak paralel yargılamalar başlatmak suretiyle tahkim sistemini kötüye kullandığı görülmektedir¹⁰¹³.

Bu konuda, paralel yargılama ile ilgili temel saik ve sebeplerden birinin *anlaşma/yetkili mahkeme alışverişi* olduğu söylenebilir. *Anlaşma/yetkili mahkeme alışverişinin* mümkün olduğu her durumda, uygun usulü, tahkim yerini, usul ve esasa ilişkin uygulanacak hukuk kurallarını seçme konusunda bir menfaatin söz konusu olduğu açıktır¹⁰¹⁴. Bu durum özellikle tahkim anlaşmasının tahkim yerini belirtmediği ve çok sözleşmeli veya çok taraflı uyuşmazlıklarda karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹⁵.

İfade edilen husus, hukukçular tarafından genel olarak ifade edilen ve savunulan çatışan menfaatleri yansıtsa da konuyla ilgili başka çıkarlar da söz konusudur. Bu kapsamda, mutlaka kötü niyet veya suistimal anlamına gelmeyen başka senaryolar öngörülmektedir. Çeşitli tahkim düzenlemelerinde, davalının belirli bir süre içinde hakem tayin etmemesi durumunda, tahkim kurumu veya başka bir merciin davalı adına hakem

¹⁰¹⁰ X. SA v. Y. Limited, 1st Civil Law Court, 4A_210/2008, 29 October 2008, **ASA Bulletin**, 2009, Sayı 27, 309, 319, çev. Gaillard/Pinsolle, s. 179 vd.

¹⁰¹¹ Erk, s. 11.

¹⁰¹² *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, **ICSID** Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction, para. 313.

¹⁰¹³ Erk, s. 11.

¹⁰¹⁴ Kreindler, **Forum**, s. 176 vd.; Bernardo M. Cremades/ Ignacio Madalena, "Parallel Proceedings in International Arbitration", **Arbitration International**, 2008, Cilt 24 Sayı 4, 507-540, s. 508.

¹⁰¹⁵ Kreindler, **Forum**, s. 154.

atayabileceği yaygın olarak kabul edilmektedir¹⁰¹⁶. Ayrıca çok taraflı veya çok sözleşmeli uyuşmazlıklarda, davacı(lar) ve davalı(lar)'ın çatışan menfaatleri nedeniyle farklı hakemlerin atanmasına gereksinim duyulabilmektedir¹⁰¹⁷. Hakemlerin taraflarca atanmasının genellikle kutsal bir hak olarak kabul edildiği¹⁰¹⁸ gözetildiğinde, bu örneklerde tarafların paralel tahkim yargılamaları başlatması taktiksel nedenlerle değil, hakem atama hakkını korumak amacıyla yapılmaktadır¹⁰¹⁹.

Tarafların uyuşmazlığın sadece bir kısmını yargılamaya intikal ettirmesi durumunda da çeşitli çıkar çatışmaları mevcuttur. Şöyle ki, aslında daha kapsamlı bir uyuşmazlık teşkil etmesine rağmen taraflardan biri uyuşmazlığın sadece bir kısmını tahkime götürerek hakem heyetinin yaklaşımını tartmaktadır. Tatmin olduğu ölçüde, diğer uyuşmazlık konuları ve talepleri için de aynı hakem heyetine başvurabilmektedir. “*Testing waters*” olarak anılan bu yöntemde şüphesiz uyuşmazlık bölünmekte, böylece gecikme veya ek masraflar gibi problemler doğmaktadır. Bu durum, yargılamanın iyi yönetilmesini ihlal etmekte ve karşı tarafın meşru beklentileriyle de çatışmaktadır¹⁰²⁰. Özellikle *çok katmanlı kayıtlara* yer verilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın uygulanacak hukuk veya yetkili yargı makamı bakımından çeşitlendirildiği görülmektedir¹⁰²¹. Uyuşmazlığın böyle bölünmesi aslında *legitimate manipulation of the parties' arbitration agreement*¹⁰²² olduğundan, aynı uyuşmazlığın bir kısmının veya farklı bir boyutunun çeşitli yargı makamları nezdinde görülmesi söz konusudur¹⁰²³. Böyle bir

¹⁰¹⁶ Örneğin bkz. MTK madde 7/B/3; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 14; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 12/3; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 5/5; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 6/3; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 17; 2021 HKIAC Tahkim Kuralları madde 7/3; UNCITRAL Model Kanun madde 11/3.

¹⁰¹⁷ Eric A. Schwartz, “Multi-Party Arbitration and the ICC”, **Journal of International Arbitration**, 1993, Sayı 10, 5, s. 9 vd.; Hanotiau, **Complex**, para. 443 vd.

¹⁰¹⁸ Charles N. Brower/ Charles B. Rosenberg, “Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded”, **Arbitration International**, 2013, Cilt 29 Sayı 1, 7-44; Jan Paulsson, **The Idea of Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 276-283; Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, **Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Resiman**, Brill Nijhoff, 2011, 821-843.

¹⁰¹⁹ Hanotiau, **Complex**, para. 381-384, 443-445.

¹⁰²⁰ Gaillard, s. 7.

¹⁰²¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 267; Çelikel/Erdem, s. 370-371; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 93; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 491.

¹⁰²² Tahkim anlaşmasının meşru bir şekilde manipüle edilmesi.

¹⁰²³ Gaillard, s. 7. Cremades/Madalena, s. 515; **CRCICA** Case No 896/2013, 7 August 2015, Partial Award; **CRCICA** Case No 899/2013, 7 August 2015, Partial Award.

durum hukuka *doğrudan* aykırılık teşkil etmemektedir, hakem heyeti çatışan menfaatleri dengelemelidir. Özellikle bu halde yargıya taşınan uyuşmazlık konuları ve talep sonuçları da şeklen farklı olup *derdestlik* ve *kesin hüküm* prensiplerinin uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılacağından¹⁰²⁴, dava açma yasağı tedbirine hükmedilmesi veya davaların birleştirilmesi için daha geniş kapsamlı ve esnek bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurulması kaçınılmaz olacaktır.

Yine, bir tahkim şartının tahkim yerini göstermediği ve hakemlerin de duruşma veya tahkim yerini başka bir ülke olarak belirlediği durumlar paralel yargılamaları gündeme getirebilmektedir¹⁰²⁵. Bu kapsamda, taraflardan biri yalnızca ekonomik nedenlere dayanarak yurtdışında yürütülecek tahkim yargılamasına paralel bir yargılamayı kendi ülkesinde ikame edebilecektir. Başka bir deyişle, yurtdışında yürütülen tahkime ilişkin masrafları karşılayamayacağını dermeyan edebilecektir¹⁰²⁶.

Öte yandan, paralel yargılama durumlarında ortaya çıkabilecek çeşitli riskler, usuli belirsizlikler ve çatışan menfaatler söz konusudur. Özellikle usuli etkililik, maliyet verimliliği, tarafların ortak niyetinin desteklenmesi, çelişkili kararlardan kaçınma gibi mülahazalar bunlardan bazılarıdır. Bu tür önemli menfaatlerin göz ardı edilmesi, tahkim sisteminin istikrar ve bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdit teşkil etmekte olup yargılamanın ve adaletin iyi yönetimini ihlal edebilecek niteliktedir¹⁰²⁷.

Kötüye kullanım teşkil eden paralel yargılamaların engellenmemesi, maliyetlerin artmasına ve kaynak israfına yol açabilir¹⁰²⁸. Tarafların, uyuşmazlığın etkili ve verimli bir şekilde çözülmesinde haklı bir menfaat ve beklentileri vardır. Örneğin, SGS uyuşmazlığında hakem heyeti tarafından tarafların daha başlangıçta hatırı sayılır

¹⁰²⁴ Cremades/Madalena, s. 509 vd.; Gaillard, s. 11 vd.

¹⁰²⁵ Örneğin bkz. 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 23; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 18; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 16/2; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 14/3; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 25; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 20; UNCITRAL Model Kanun madde 20.

¹⁰²⁶ Kreindler, *Forum*, s. 178.

¹⁰²⁷ August Reinisch, "International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdictions", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, para. 16.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, s. 1; Stephen Bond, "Dépeçage or Consolidation of the Disputes Resulting from Connected Agreements: The Role of the Arbitrator", ed. Bernard Hanotiau/ Eric A. Schwartz, *Multiparty Arbitration*, ICC Publications, 2010, s. 4.

masraflara katlandığı göz önüne alınarak, bir mahkemenin yargı yetkisinin belirlenmesi beklenirken aynı veya büyük ölçüde benzer konuyla ilgili iki davanın ayrı ayrı açılmasının kaynak israfı olacağı belirtilmiştir¹⁰²⁹.

Ayrıca, paralel yargılamanın devamı söz konusu olduğunda tutarsız ve çelişkili kararların doğma riski yüksektir. Bu riskin gerçekleşmesi, tahkim sisteminde bir çatlak teşkil edecek ve pratik hukuki sonuçları olan bir kriz doğuracaktır¹⁰³⁰. Böylelikle, birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıklarda çelişkili kararlar tesis edilmesinin adaletin tecellisini gerçekten engelleyebileceğinden, karmaşık uyuşmazlıkların bölünmesinin tutarsız, çelişkili kararlara ve adaletsizliğe yol açabileceğinden haklı olarak endişe edilmektedir¹⁰³¹.

Usulü yeknesaklaştırma ihtiyacı, yalnızca çelişkili kararları önlemek için değil, aynı zamanda tarafların beklentileriyle doğrudan bağlantılı olduğu için de zorunlu gözükmektedir¹⁰³². Taraflar, uluslararası tahkime, uyuşmazlıklarının beklentileri ile örtüşecek şekilde nihai ve bağlayıcı olarak karara bağlanması için yetkili bir mekanizma olarak güvenmektedir¹⁰³³. Tarafların meşru beklentileri, tahkim kararlarının başka bir kararla çelişmesi veya ilk tahkimde çözülen konuların sonraki yargılamalarda yeniden açılması halinde engellenecektir. *Premium Nafta Products v. Fili Shipping Company* uyuşmazlığında tahkim şartının ticari amacının sağlanması gerektiği, bu amacın da çoğu zaman tüm uyuşmazlıkların tek bir mahkemeye havale edilerek paralel yargılamalar

¹⁰²⁹ Laurent Levy, “Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators”, **IAI International Arbitration**, 2003, Sayı 2, s. 122; *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, **ICSID** Case No. ARB/01/13, 16 October 2002, Procedural Order No. 2, para. 304.

¹⁰³⁰ Sheppard, s. 237; Charles N. Brower/ Charles H. Brower/ Jeremy K. Sharpe, “The Coming Crisis in the Global Adjudication System”, **Arbitration International**, 2003, Sayı 4, 415-440, s. 424.

¹⁰³¹ Leboulanger, s. 63.

¹⁰³² Born, **Arbitration**, s. 1076.

¹⁰³³ Stavros Brekoulakis, “Res Judicata and Third Parties”, **The American Review of International Arbitration**, 2005, Cilt 16 Sayı 1, 177, 179 vd.

nedeniyle tekrarlanan çaba, masraf ve çelişkili kararlar olasılığını önlemek olduğu vurgulanmıştır¹⁰³⁴.

Paralel tahkim yargılamalarının başlatılması, yargılamaların adillliğini ihlal edebilir ve yargı süreci gerekliliklerine aykırı düşebilir. Özellikle farklı mahkemeler önüne getirilen karmaşık uyuşmazlıklarda bu durum tespit edilmektedir. Böyle hallerde, taraflardan biri davasını mahkeme önünde tam olarak sunma hakkından mahrum kalabilmektedir. Buna örnek olarak, ödemezlik define ilişkin bir uyuşmazlıkta, yalnızca diğer tarafın aynı sözleşme grubundaki diğer bir sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle, taraflardan birinin sözleşmeden doğan haklarını savunmak için diğer sözleşme uyarınca borçlu olduğu meblağları alıkoyarak yerine getirmemesi hali verilebilir. Burada, paralel yargılamalar arasında bağlantı kurulmaması adil yargılanma hakkının temel koşullarının ihlali teşkil edecektir. Şöyle ki, eğer iki sözleşmeye ilişkin tahkim yaklaşımı bölünürse, davalı ödemezlik define ilişkin itirazını ileri süremeyebilir ve sonuç olarak davacıyla eşit bir şekilde davasını sunma hakkından mahrum kalabilir. Tahkim mahkemelerinin böyle durumlara özellikle dikkat etmesi ve yargılamanın iyi yönetilmesi kavramına aykırı olacak sonuçları göz önünde bulundurması gerekmektedir. Hiçbir halükârda adil yargılanma kavramı göz ardı edilemez¹⁰³⁵.

Paralel tahkim yargılamaları taraflar arasında eşitsizliğe yol açarak yargı sürecini tehdit edebilir. Buna özellikle bir yatırımcının, yerel bir şirket veya doğrudan ve dolaylı hissedarlar aracılığıyla bir devlete karşı birden fazla tahkim davası başlattığı durumda rastlanmaktadır. ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerine ilişkin Türkiye'nin elektrik üretim ve dağıtım imtiyazını kaldırması da buna örnek teşkil etmektedir. Aynı hukuki nedenlere dayanarak yatırım tahkimi imkânı kötüye kullanılmış ve aslında aynı uyuşmazlığın birden fazla merci tarafından incelenmesine sebep olunmuştur: **(i)** “*Nowa Huta*” SA v. *Türkiye*, **(ii)** *Europe Cement Investment and Trade SA v. Türkiye*, **(iii)** *Libananco Holding Co Ltd v. Türkiye*, **(iv)** *Cem Uzan v. Türkiye*. Burada uyuşmazlıklar yetki aşamasında reddedilmiş

¹⁰³⁴ Nathalie Voser, “The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: ‘Traditional Approach with a Twist Regarding Abuse of Rights’ or ‘Consent Theory Plus’”, ed. Stavros Brekoulakis/ Julian D.M. Lew et al., **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, para. 9.21; *Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others*, [2007] UKHL 40, para. 13.

¹⁰³⁵ Leboulanger, s. 90-91.

ise de yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanıldığı açık bir şekilde görülmektedir¹⁰³⁶. Farklı yargılamalarda farklı tahkim mahkemeleri oluşturulursa yatırımcının davayı kazanması için tek bir mahkemeyi ikna etmesi yeterliyken, devlet tüm mahkemeler önünde iddiaları çürütmek ve tüm farklı mahkemeler önünde kazanmak zorunda kalacaktır¹⁰³⁷.

Bu inceleme ve değerlendirmeler, burada çatışan menfaatlerin hakkın kötüye kullanılmasına başvurularak etkili bir şekilde dengelenebileceğini ortaya koymaktadır. Taraflar tahkim anlaşması çerçevesinde tahkim yargılaması başlatma hakkına sahip olmakla birlikte, bu hakkın makul bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasında *püf nokta* olarak görülen *makullük* ölçütü, yargılamanın iyi yönetilmesini teminen paralel yargılamalarda ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesinde hakem heyetlerine yardımcı olabilir. Gerçekten tahkim kurumları ve hakemler, taraflarca dürüstlük kuralına uyulmasını ve iyi niyetli davranılmasını sağlamak için karşılıklı bir yükümlülüğe sahiptir. Bu sebeple, tahkim kurumları ve hakemler kendi kuralları veya yetkileri dahilinde, bir tarafın hakkını kötüye kullanarak tek bir yargılama yürütülmesine veya paralel yargılamaların birleştirilmesine haksız bir şekilde itiraz etmek suretiyle diğer tarafın davasının tehlikeye atılmasını kesinlikle imkânsız kılmalıdır. Ancak, taraflar arasındaki anlaşmanın çok önemli olduğu göz ardı edilmemelidir. Söz konusu tahkim anlaşması ile tarafların iyi niyetli davranma ödevi ve adil yargılanma hakkı arasında dengenin sağlanmasının hakemlerin ve tahkim kurumlarının karşılaştıkları en zor durumlardan biri olduğu, bunun da mevcut tüm araçlarla en iyi şekilde çözümlenmesinin hakemlerin ve tahkim kurumlarının görevi olduğu belirtilmelidir¹⁰³⁸.

3- İlkenin Önemi

İlk olarak, *CME* ve *Lauder* uyuşmazlıklarında¹⁰³⁹ tahkim sisteminin, yatırımcının aynı ihtilafla ilgili olarak aynı devlete karşı yalnızca farklı ikili yatırım anlaşmalarına

¹⁰³⁶ *Uzan ailesi v. Türkiye* olarak ifade edilebilecek bu uyuşmazlıkların özlü bir incelemesi için bkz. Yılmaz, **Faydaların Reddi**, s. 69 vd.

¹⁰³⁷ Gaillard, s. 24-25.

¹⁰³⁸ Hanotiau, **Complex**, para. 235.

¹⁰³⁹ Pelin Akın, “Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık”, **Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt 18 Sayı 3-4, s. 313.

dayanmak suretiyle iki ayrı tahkim davası başlatmasına olanak sağladığı görülmektedir. Her iki uyuşmazlık da Çekya hükümeti tarafından yabancı bir yatırımcıya tanınan televizyon yayın haklarına müdahaleye ilişkindir. ABD vatandaşı olan *Ronald Lauder*, çoğunluk hissedarı olduğu Hollandalı şirket *CME* tarafından kontrol edilen *Central European Television* şirketi aracılığıyla televizyon yayıncısına yatırım yapmıştır. Akabinde kamulaştırma, adil ve eşit muamele yükümlülüğünün ihlali ve diğer iddialara dayanılarak tahkim süreci başlatılmıştır. Şöyle ki, *Lauder* tarafından ABD vatandaşlığına dayanılarak ABD-Çekya ikili yatırım anlaşması çerçevesinde Çekya aleyhine Londra’da tahkim davası ikame edilmiştir¹⁰⁴⁰. Sonrasında, *CME* tarafından Hollanda vatandaşlığına dayanılarak Hollanda-Çekya ikili yatırım anlaşması çerçevesinde Çekya aleyhine Stockholm’de tahkime başvurulmuştur¹⁰⁴¹. Her iki dava da aynı uyuşmazlıkla ilgili olup Çekya’nın hukuki sorumluluğuna ilişkin aynı hukuki meseleler ileri sürülmüştür¹⁰⁴².

Londra’da kurulan tahkim mahkemesi, yatırımcının iddialarını kanıtlayamadığı sonucuna vararak iddiaları reddetmiştir. Stockholm’de teşekkül eden hakem heyeti ise tamamen çelişkili bir kararla Çekya’nın sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Lauder/CME sorunsalı, adaletin sağlanmasında paralel yargılamaların potansiyel zararlı etkilerinin yalnızca önemli bir teorik gözlemden ibaret olmadığını, aynı zamanda ciddi hukuki sonuçlar doğurabildiğini ortaya koymaktadır. Aynı hukuki mesele hakkında çelişkili kararlara varılması hukukun üstünlüğüne aykırı olduğu, yargı sürecine, hukuki belirliliğe, verimliliğe hanel getirdiği ve böylece yargılamanın fiilen atıl kalmasına yol açtığı için adaletin işleyişinin ve yargılamanın iyi yönetiminin zedelenmesine sebep olmuştur¹⁰⁴³. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim adaletinin sağlanması ve yargılamanın iyi yönetilmesi gereklerini gözeterek paralel yargılama başlatma hakkını ölçülü hale getirip sınırlamak için işleyebileceği, böylece çelişkili karar riskinin bertaraf

¹⁰⁴⁰ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award, para. 74-75.

¹⁰⁴¹ *CME Czech Republic B. V. vs. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 14 March 2003, Final Award, para. 1-33

¹⁰⁴² Yuval Shany, “Similarity in the Eye of the Beholder: Revisiting the Application of Rules Governing Jurisdictional Conflicts in the *Lauder/CME* Cases”, ed. Arthur W. Rovine, **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation**, Martinus Nijhoff, 2007, s. 123.

¹⁰⁴³ Leboulanger, s. 62 vd.

edilebileceği gündeme getirilmiştir¹⁰⁴⁴. Hakem heyetleri tarafından kararların çelişme olasılığı kabul edilmesine rağmen dava nedenlerinin ve tarafların aynı olmadığı gerekçesiyle hakkın kötüye kullanılması ilkesi uygulanmamıştır¹⁰⁴⁵. Bu çerçevede bu uyuşmazlık, hakkın kötüye kullanılmasının adaletin ve yargılamanın iyi yönetiminin nasıl sağladığının ve uygulanmamasının (veya yanlış uygulanmasının) yargılamanın itibarını nasıl zedeleyebileceğinin açık bir örneğidir. Zaten öğretide de buradaki meseleye ilişkin tesis edilen kararlar, “*yatırım tahkiminin en büyük fiyaskosu*” şeklinde değerlendirilmektedir¹⁰⁴⁶.

Buradaki tahkim kararlarının, paralel yargılamalarda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin reddi olarak değerlendirilmemesi gerektiğini özellikle belirtmek gerekir. Aksine, her iki kararda da ilke incelenmiş, ancak uygulanması için olmazsa olmaz koşulların karşılanmadığı belirtilmiştir. Ayrıca heyet, yargılamanın iyi idaresine ilişkin çatışan ilkeleri/çıkarları da gözetmiştir. Dolayısıyla, paralel yargılamanın devam etmesiyle bağlantılı olarak maliyetlerin, verimliliğin ve çelişkili kararların haksızlık yaratma olasılığının arttığı kabul edilirken¹⁰⁴⁷, davalı tarafından yargılamanın birleştirilmesine izin verilmiş olsaydı bu tür çıkarların eşit şekilde korunabileceğine karar vermiştir.

Her iki hakem heyeti de hakkın kötüye kullanılmadığını tespitte, davalının yargılamaları birleştirmeyi birkaç kez reddettiğini ve paralel yargılamalarda aynı hakemleri atamayı reddettiğini vurgulamıştır¹⁰⁴⁸. Bu, hakkın kötüye kullanılmasına dayalı olarak ortaya atılabilecek iddiaların, mağdurun makul davranışına bağlı olduğuna delalet etmektedir¹⁰⁴⁹. Paralel yargılamaların birleştirilmesinin veya her iki yargılamada aynı

¹⁰⁴⁴ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award, para. 169.

¹⁰⁴⁵ *CME Czech Republic B. V. vs. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 13 March 2001, Partial Award, para. 412; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award, para. 174 vd.

¹⁰⁴⁶ Reinisch, **Reflections**, s. 116.

¹⁰⁴⁷ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award, para. 178.

¹⁰⁴⁸ *CME Czech Republic B. V. vs. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 13 March 2001, Partial Award, para. 412; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award, para. 173 vd.

¹⁰⁴⁹ Brower/Sharpe, s. 216; Mariel Dimsey, **The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions**, Eleven International Publishing, 2008, s. 94.

hakemlerin seçilmesinin adaletin sağlanmasında ve yargılamanın iyi yönetilmesinde etkili olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁰.

Bununla birlikte, hakemler tarafından hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanması için *derdestlik* ve *kesin hüküm* (üçlü kimlik testi) prensiplerinin aynı koşullarının benimsenmesi doğru olmamıştır¹⁰⁵¹. Çeşitli kararlarda tarafların ve dava nedenlerinin her iki davada aynı olmamasından bahisle, hakkın kötüye kullanılmadığına dikkat çekilmiştir. Bu koşullar, *derdestlik* ve *kesin hüküm* prensipleri özelinde ilgilidir¹⁰⁵². Ancak, hakkın kötüye kullanılması tespitinde olmazsa olmaz bir koşul teşkil etmemelidir¹⁰⁵³. Aksine, hakkın kötüye kullanılması ilkesi, tarafların ve dava nedenlerinin aynı olmadığı ancak benzer olduğu yargılamalarda daha büyük bir önem taşımaktadır. Gerçekten, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin *üçlü kimlik testi* tatmin edilmediği sürece uygulanamayan *derdestlik* ve *kesin hüküm* prensipleriyle eş değer tutulması, tahkim sisteminin kötüye kullanılmasını özendirebilecektir. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması ilkesi katı bir kurala dayalı olarak değil, ilgili tüm menfaatler göz önünde bulundurularak uygulanmalıdır¹⁰⁵⁴. *Derdestlik* ve *kesin hüküm* prensiplerinin katı koşulları ve esnek olmayan tabiatı çerçevesinde bu prensiplerin uygulanmasından kolaylıkla kaçınılabileceği belirtilerek ilkelerin uygulama kapsamı daha geniş bir şekilde ele

¹⁰⁵⁰ *Canfor Corporation, Tembec et al, Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, , **UNCITRAL**, 7 September 2005, Order of the Consolidation Tribunal, para. 131.

¹⁰⁵¹ *CMS* kararında da davalının *derdestlik* itirazı, diğer davadaki tarafın *CMS* değil, *CMS*'nin %25 hissedarı olduğu *TGN Arjantin* şirketi olduğundan bahisle reddedilmiştir. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, **ICSID** Case No. ARB/01/8.

¹⁰⁵² *ILA* tarafından da belirtildiği üzere *derdestlik* ve *kesin hüküm* bağlamlarında dahi üçlü kimlik testinin bu kadar katı yorumlanmaması, daha liberal bir şekilde yaklaşılması gerektiği görüşü ivme kazanmaktadır. *ILA, Report*, para. 5.6.

¹⁰⁵³ Carlos S. Anzorena, "Multiplicity of Claims under BITs and the Argentine Case", **Transnational Dispute Management**, 2005, Cilt 2 Sayı 2, 25; Filip De Ly/ Audley Sheppard, "ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration", **Arbitration International**, 2009, Cilt 25 Sayı 1, 3-34.

¹⁰⁵⁴ *Tidewater Inc. et al v. the Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/10/5, 8 February 2013, Decision on Jurisdiction, para. 147.

alınmaya çalışılsa da¹⁰⁵⁵, bu tartışmanın hala hararetini koruduğu ve bu prensiplerin hala dar bir şekilde uygulandığı görülmektedir¹⁰⁵⁶.

Buna göre, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucunda *CME/Lauder* uyuşmazlıklarında adillik standartları, yargı sürecinin gereklilikleri ve daha geniş yargılamanın iyi yönetilmesi kavramı önünde maddi bir engel oluşmuştur. Öğreti ve uygulamada da haklı olarak kabul edildiği gibi, çelişkili kararlardan kaçınmak adillik, yargı süreci ve verimliliğin bir gereğidir ve bu tür bir riskin gerçekleşmesi adaletin idaresini ciddi bir şekilde ihlal edecek niteliktedir¹⁰⁵⁷.

Uluslararası tahkimde *derdestlik* ve *kesin hüküm* prensiplerinin hakkın kötüye kullanılması ile ilişkisinin ele alındığı *Grynberg v. Grenada* uyuşmazlığı¹⁰⁵⁸ özellikle dikkat çekicidir. Bu uyuşmazlıkta ICSID heyeti, davacıların hükümete karşı aynı olgusal hususlardan ve mali çıkarlardan kaynaklanan çeşitli sözleşmesel iddialar ileri sürüp kaybetmesinin ardından yatırım anlaşmasına dayanan iddialarıyla karşı karşıya kalmıştır. Burada, davacılar ve davalı arasında, petrol arama ruhsatı için başvurulması ve alınması için belirli haklar sağlayan bir sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşme, biraz benzersiz bir şekilde, sözleşmeden doğan ihtilafların ICSID'e havale edeceğini içeren bir uyuşmazlık çözüm maddesi içeriyordu. Bu çerçevede, *RSM v. Grenada* görünümündeki ilk uyuşmazlık yalnızca sözleşmesel iddialara ilişkin olarak ICSID nezdinde görülmüş ve dava, davalıların sözleşmesel bir ihlali olmadığından bahisle reddedilmiştir¹⁰⁵⁹.

Bu karar akabinde, *RSM* ve üç hissedarı (*Rachel*, *Stephen* ve *Miriam Grynberg*) tarafından ABD-Grenada arasındaki ikili yatırım anlaşması uyarınca ICSID nezdinde yeni bir dava ikame edilmiş, davalının yatırım anlaşması hükümlerini ihlal ettiği iddia

¹⁰⁵⁵ *Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, 25 August 2014, Award, para. 7.14; *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z Grynberg, & RSM Production Corp. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, 10 December 2010, Award, para. 7.1.2.

¹⁰⁵⁶ *Petrobart Ltd. v. Kyrgyzstan*, SCC Case No. 126/2003, 184 I.I.C. (2005), 29 March 2005, Award, para. 297; *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, 21 April 2015, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, para. 166-174.

¹⁰⁵⁷ Bkz. dn. 1028 vd.

¹⁰⁵⁸ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z Grynberg, & RSM Production Corp. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, 10 Dec. 2010, Award, para. 7.1.2.

¹⁰⁵⁹ *RSM Production Corp. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, 13 March 2009 Award, para. 503, atf. *Ibid*, para. 1.4.4.

edilmiştir. Burada *res judicata* ilkesinin uygulanması oldukça şüpheliydi. Çünkü davaların tarafları ve hukuki dayanakları farklı olduğundan, *üçlü kimlik testi* karşılanmamaktaydı. Dolayısıyla taraflar ve hukuki sebep anlamında ayniyet bulunmamaktaydı.

Buna cevaben *Grenada*, ICSID heyetinin iddiaları *çelişkili davranış yasağı* veya alternatif olarak *sürecin kötüye kullanılması* temelinde reddetmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Grenada* tarafından sürecin kötüye kullanılması temelinde iddiaları reddetme yetkisinin yargı makamının sürecin bütünlüğünün korunması hususundaki ‘doğal gücünden’ kaynaklandığını belirtilmiştir. Hiçbir yatırım tahkiminde, müteakip talepler bakımından bu doğal yetki henüz kullanılmamış olsa da *Grenada* tarafından, öğretilde *res judicata* gereklilikleri karşılanmasa bile hakkın kötüye kullanılması kapsamında müteakip davaların reddedilmesi gerektiğinin ifade edildiğine çekilmiştir.

Nihayetinde *Grynberg v. Grenada* heyeti, *çelişkili davranış yasağı*nın özellikle uluslararası yargılamalarda geçerli olan genel bir hukuk ilkesi olarak artık iyice yerleştiği sonucuna varmış ve *çelişkili davranış yasağı* temelinde davacıların iddialarını tamamen reddetmiştir. Bu karar, yatırım tahkiminde *çelişkili davranış yasağı* uygulamasına ilişkin süregelen tartışmalarda etkili olmaktadır¹⁰⁶⁰. Bununla birlikte, *çelişkili davranış yasağı* kararının ardından heyet, incelemesine hakkın kötüye kullanılması bakımından devam etmiştir. Hakemler tarafından ICSID Sözleşmesi’nin yatırım tahkimi kararlarının bağlayıcılığı hakkındaki 53. maddesine atıfta bulunularak, maddede “*kötüye kullanma*” ibaresi açıkça yer almamasına rağmen müteakip davaların 53. madde kapsamında belirlenen temel prensipleri aşmaya yönelik uygunsuz bir girişim olduğu belirtilmiştir. Böylece yatırım anlaşmasına yönelik iddialar ilk davada ileri sürülmemiş olsa bile ikinci tahkim yargılamasının ICSID kararlarının bağlayıcı doğasına aykırı olacak şekilde kötüye kullanım teşkil ettiği vurgulanmıştır. *Grynberg v. Grenada* uyuşmazlığında sınırlı olarak

¹⁰⁶⁰ Giovanni Zarra, **Parallel Proceedings in Investment Arbitration**, Eleven International Publishing, 2017, s. 130.

ele alındığı şekilde hakkın kötüye kullanılması uygulamasının, sürecin kötüye kullanılması boyutuyla yatırım tahkimi sistemine sirayet ettiği artık açıklığa kavuşmuştur.

Ampal v. Egypt uyuşmazlığı da tahkim yargılamasının iyi yönetiminin bir gereği olarak ilkenin önemini ortaya koymaktadır¹⁰⁶¹. Mısır’da 2011’de meydana gelen devrimin ardından terörist faaliyetler nedeniyle gaz arzında birçok kesinti yaşanması üzerine, gaz arzı satın alma sözleşmesinin feshine ilişkin olarak ortaya çıkan bu uyuşmazlık, en azından dört ticari ve iki yatırım paralel tahkim yargılaması olmak üzere altı farklı yargılamaya yol açmıştır.

New York kanunlarına göre kurulmuş *Ampal Corporation*, Alman vatandaşı *David Fisher* ve diğer yatırımcılar, doğrudan veya dolaylı olarak Mısır’da kurulmuş bir şirket olan *East Mediterranean Gas* şirketinin (“*EMG*”) sahibidir. ICSID davası, davacıların *EMG*’deki yatırımlarına ilişkindir. Bu ICSID davası dışında, uyuşmazlık 3 dava daha doğurmuştur: **(i)** Cenevre’de *EMG* tarafından *Egyptian General Petroleum Corporation* (“*EGPC*”) ve *Egyptian Natural Gas Holding Company* (“*EGAS*”) aleyhinde ikame edilmiş ICC tahkimi¹⁰⁶², **(ii)** *EGPC* ve *EGAS* tarafından *EMG*’ye karşı ikame edilmiş CRCICA himayesinde Kahire’de görülen tahkim davası¹⁰⁶³, **(iii)** Polonya-İsrail vatandaşı *Yosef Maiman* tarafından *Ampal*’ın bağlı kuruluşu *Merhav Ampal Group Ltd.* ve başka üç şirket aleyhinde UNCITRAL Kurallarına tabi başka bir yatırım anlaşması paralel tahkimi¹⁰⁶⁴.

Tahkimlerde Mısır Devleti’ni temsil eden *Gaillard*, birden fazla ayrı tahkimin başlatılmasının “*kötü niyetli usuli davranışın özü*” olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁶⁵. Bu kapsamda, ICSID davasında Mısır devleti tarafından davacıların iddialarının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ve bu nedenle kabul edilemez olduğu ileri sürülmüştür.

¹⁰⁶¹ *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction.

¹⁰⁶² Gaillard, s. 17; Douglas Thomson, “Israel Wins Gas Supply Claim Against Egypt”, **Global Arbitration Review**, 7 Aralık 2015, 1, s. 1.

¹⁰⁶³ CRCICA Case No. 829/2012 (unpublished), atf. Gaillard, **Abuse**, s. 17.

¹⁰⁶⁴ *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction, para. 10-15.

¹⁰⁶⁵ Thomson, s. 3.

Mısır tarafından ayrıca davayı kazanma şansının artırılması amacıyla paralel davaların açıldığı, davacıların iddialarının kısmen *Ampal*'ın bağlı kuruluşu *Merhav-Ampal*'ın paralel yargılamada talep ettiği *EMG*'deki aynı %12,5'lik dolaylı hisseyle ilgili olduğu ve Mısır'ın birden fazla yargılamaya tabi tutulmasına rıza göstermediği dermeyeran edilmiştir¹⁰⁶⁶. Diğer taraftan davacılar, Mısır'ın paralel yargılamaların birleştirilmesini reddettiğine atıfta bulunarak hakkın kötüye kullanılmadığını savunmuştur¹⁰⁶⁷.

Hakem heyeti önce hakların kötüye kullanılması ilkesini kabul ederek aynı maddi vakıalara dayanan, aynı tanıkları içeren ve benzer iddiaların ileri sürüldüğü dört paralel tahkim yargılamasının varlığının kötüye kullanım teşkil edebileceğini belirtmiştir¹⁰⁶⁸. Daha sonra, farklı yatırımcıların çeşitli mahkemeler nezdinde aynı olgulara dayansa da farklı iddialarda bulunabileceğini, bu durumun kendiliğinden kötüye kullanım teşkil etmediğini kabul etmiştir. Akabinde, istenmeyen bir durum olmakla birlikte paralel tahkim yargılamalarının özellikle davalının, davacıların yargılamayı birleştirme teklifini reddettiği durumlarda kötüye kullanma olarak nitelendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır¹⁰⁶⁹.

Ancak heyet çelişkili karar riskini azaltmak ve adaletin iyi bir şekilde işlemesini sağlamak amacıyla, davacıların iddialarının bir kısmıyla ilgili olarak hakkın kötüye kullanıldığına karar vermiştir. Heyet, *Yosef Maiman* tarafından kontrol edilen davacı *Ampal*'ın, *Ampal*'ın bağlı kuruluşlarının paralel tahkim yargılamasında talep ettiği aynı %12,5'lik dolaylı *EMG* hissesiyle ilgili iddialarını öne sürdüğünü tespit etmiştir. Bu itibarla, menfaat sahibi tarafın her bir mahkemenin yargı yetkisinin belirsiz olduğu durumda iki tahkimde de korumaya çalışmasını makul bulunmakla birlikte, yargı yetkisi bir şekilde onaylandıktan sonra özünde aynı olan iddianın iki mahkeme önünde esasa müteallik şekilde ileri sürülmesinin usulün kötüye kullanılması teşkil ettiği ortaya koyulmuştur¹⁰⁷⁰. İki hakem heyetinin de iddianın bu kısmıyla ilgili olarak yargı yetkisine sahip olduğuna karar verdiği göz önüne alındığında, adaletin ihlal edilmesi riskinin

¹⁰⁶⁶ *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction, para. 313.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, para. 321.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, para. 328.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, para. 329.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, para. 331.

bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Çifte tazminat veya çelişkili karar riskinin bertaraf edilmesi için ICSID heyeti tarafından *Ampal*'a bu iddiayı yalnızca bir yargılamada takip ederek kötüye kullanımı gidermesi ve diğer paralel yargılamadan iddiasını geri çekmesi emredilmiştir¹⁰⁷¹.

Burada, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin çatışan menfaatleri dengelemedeki rolü yargılamanın iyi yönetimine dair boyutuyla doğrulanmıştır. Hakem heyeti tarafından bir kişinin ilgili ikili yatırım anlaşması kapsamında paralel tahkim yargılaması başlatma ve yetkili tahkim makamı önünde yargılanma hakkı tanınmıştır. Ancak bu menfaatler, karşı tarafın artan masrafları engellemeye ilişkin menfaati ve verimliliğin sağlanması ile sürecin adilliği ve adaletin sağlanmasını büyük ölçüde etkileyen çelişkili kararlar alma riskine karşı dengelenmiştir¹⁰⁷².

Daha önce bahsedildiği gibi, yargılamanın iyi yönetilmesinin bir parçası olarak adillik kavramı, makul usuli davranış standartlarına atıfta bulunmaktadır¹⁰⁷³. Bununla birlikte, hakemlerin hakkın kötüye kullanılması ilkesinin aşırı derecede dar bir uygulamasını benimsediği ifade edilebilir¹⁰⁷⁴. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasının davanın sadece bir kısmına hasredilmemesi gerektiği, davacıların aslında örtüşen iddialarını bölerek farklı mahkemeler önünde dermeyan etmesini engelleyecek şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Çünkü böyle bir davranış davacıların olumlu bir sonuç elde etme ihtimallerini en üst düzeye çıkarmakla birlikte, karşı tarafı dezavantajlı ve eşitsiz konuma sürüklemektedir. Davalının makul olmayan davranışı göz önüne alındığında, kötüye kullanımın yalnızca kısmen tespit edildiği ve böylece diğer iddialarla ilgili olarak paralel yargılamanın başlatılmasını engellemediği anlaşılmaktadır. Hakem heyeti özellikle, davalı Mısır hükümetinin iki ticari ve iki yatırım tahkiminin birleştirilmesi talebini reddinde, paralel yargılamalarda aynı hakemin atanmasına itirazında, Kahire'de paralel yargılama başlatmasında makul davranmadığını göz önünde bulundurmıştır. Davalının makul olmayan davranışı nedeniyle, heyet paralel

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, para. 333 vd.

¹⁰⁷² *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction, para. 321, 328-339.

¹⁰⁷³ De Ly, *Changes*, s. 37.

¹⁰⁷⁴ Gaillard, 25-26.

yargılamalarla ilişkili risklerin ciddiyetini tespit edememiştir¹⁰⁷⁵. Özellikle Mısır tarafından aynı hakemin atanmamasının, tahkim yargılamasının iyi yönetimini ihlal edecek nitelikte olduğundan, *hakkın kötüye kullanılması* teşkil edebileceği ileri sürülmektedir.

Öğretide de tüm hakların kötüye kullanıma açık olduğu, bu bakımdan hakem tayin etme hakkının da kötüye kullanılabileceği kabul edilmektedir. Paralel tahkim yargılamalarında aynı hakemi tayin etmeyi reddeden tarafın tutumunun, tahkim klotundan doğan taahhütlerini iyi niyetle yerine getirme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebileceği belirtilmektedir¹⁰⁷⁶. Ayrıca, davaların birleştirilmesi hususunun da bu gibi durumlar için etkili bir çözüm olmadığı, tarafların kabulüne tabi bir hususun hakemlerce taraflara dayatılamayacağı, bunun yanında hangi tahkimde hangi hakemlerin yargılamaya devam edeceği hususları tartışmalı kalmaktadır¹⁰⁷⁷.

Tam da bu hususta, *CME/Lauder* kararlarında tahkim mahkemeleri tarafından, hakkın kötüye kullanılması iddiasının değerlendirilmesinde mağdur tarafın davranışının önemi eşit derecede gözetilirken, ilkenin uygulanmasında bunun bir koşul teşkil ettiğine değinilmediği görülmektedir. Mısır'ın yargılamaların birleştirilmesi taleplerini reddetmesine rağmen, hakem heyetinin iddianın bir kısmının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini tespit etmesi gerçeğiyle de bu çıkarım teyit edilmektedir. *Ampal* kararına göre, paralel yargılamalardaki iddiaların tamamen veya kısmen aynı olması durumunda karşı tarafın davranışı ne olursa olsun yargılamanın iyi yönetimi gereklilikleri, hakkın kötüye kullanımı tespitini zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, dermeyan edilen iddia ve meseleler sadece benzer ise mağdur tarafın davranışı önem kazanacak ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespitte tesir gösterecektir.

Yakın tarihli *Orascom v. Algeria* emsal uyuşmazlığı¹⁰⁷⁸, hakkın kötüye kullanılmasının uygulanması ve yargılamanın iyi yönetimindeki proaktif rolü/işlevi daha

¹⁰⁷⁵ *Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction, para. 329.

¹⁰⁷⁶ Leboulanger, s. 92; Gaillard, s. 6-7; Gölcüklü, s. 166.

¹⁰⁷⁷ Gaillard, s. 6; Gölcüklü, s. 167.

¹⁰⁷⁸ *Orascom TMT Investments S.à.r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35, 31 May 2017, Award.

belirgin ve açıklayıcıdır. Bu uyuşmazlıkta, *Orascom TMT Investments S.ar.l'*ın (“*Orascom*”) Cezayir için bir mobil telekom ağı kurmaya yönelik yatırımından doğan uyuşmazlık söz konusudur. Burada *Orascom*, *Orascom*’un maliki olduğu *Orascom Telecom Holdings S.A.E.* (“*OTH*”) ve *OTH*’nin iştiraki *Orascom Telecom Algeria S.P.A.* (“*OTA*”) arasında dikey bir ilişki olduğu ve *Orascom*’un nihai hissedar olduğu hususu tartışmalı da değildir. *Orascom* tahkiminde, yabancı yatırıma karşı bir politika değişikliğinin sonucu olarak ve davacının Mısırlı hakim hissedarına karşı siyasi bir husumet nedeniyle, Cezayir’in özellikle vergisel yeniden düzenlemeler yoluyla *OTA*’ya karşı tedbirler aldığı ve davacı *Orascom*’un ticari beklentilerinin ciddi ölçüde zedelendiği iddia edilmiştir.

Orascom tahkim uyuşmazlığından evvel, **(i)** *Orascom* tarafından Belçika-Lüksemburg-Cezayir yatırım anlaşması kapsamında¹⁰⁷⁹, **(ii)** *OTH* tarafından Mısır-Cezayir ikili yatırım anlaşması kapsamında¹⁰⁸⁰ ve **(iii)** *OTH* iştiraki *Weather Investments I* tarafından olmak üzere Cezayir’e üç adet uyuşmazlık bildirimi yapılmış, bunların sadece ilk ikisi bakımından paralel tahkim yargılamaları doğmuştur¹⁰⁸¹. Böylece üç farklı uyuşmazlık hakkında ilk tahkim *OTH* tarafından PCA nezdinde, ikinci tahkim *Orascom* tarafından ICSID nezdinde ikame edilmiştir. Davalara ilişkin vakıalar farklı olmakla birlikte, *OTH* tahkimi 18 Nisan 2014 tarihinde anlaşmayla sonuçlanmış ve bu anlaşma PCA’nın 15 Mart 2015 tarihli kararıyla tasdik edilmiştir¹⁰⁸². Anlaşmaya rağmen, *Orascom* uyuşmazlığı görülmeye devam ederek 31 Mayıs 2017 tarihinde sonuçlanmıştır.

Orascom uyuşmazlığında davalı Cezayir, davacı tarafından ileri sürülen iddiaların hakkın kötüye kullanılmasıyla eş değer olması nedeniyle kabul edilemez olduğunu iddia etmiştir. Davacının nihai hissedarı *Sawiris*’in farklı ikili yatırım anlaşmaları ve kurumsal yapısındaki farklı şirketler aracılığıyla davalı aleyhine birden fazla tahkim yargılaması başlattığını, davacının başarı şansını en yüksek düzeye çıkarmayı amaçlayan bu türden davranışın haksız olduğunu ve yabancı yatırımcılara sunulan korumanın kötüye kullanıldığı ileri sürülmüştür. Davalı Cezayir tarafından hakkın kötüye kullanılması

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, para. 16 vd.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, para. 485/c, 485/f.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, para. 485/d.

¹⁰⁸² *Ibid.*, para. 485/i, 485/j.

ilkesinin aynı grup kapsamında birden fazla pay sahibinin dava açma hakkını sınırlayacak şekilde işlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Davacı, ilkenin paralel tahkim yargılamalarını sınırlayacak şekilde genişletilemeyeceğini beyan etmiştir. Bu çerçevede, buradaki prosedürel güçlük kapsamında *kesin hüküm* veya *çelişkili davranış yasağı* çok geniş bir şekilde yorumlansa dahi davaların taraflarının aynı olmadığı (zira ilk uyuşmazlıkta Cezayir taraf değildir), nihai karar değil anlaşmanın tasdiki kararı verildiği ve böylece kesin hüküm etkisinin ileri sürülemeyeceği de gözetilerek davanın yetki veya kabul edilebilirlik yönünden reddedilemeyeceği savunulmuştur¹⁰⁸³.

Hakem heyeti, davacının iddialarının kabul edilemez olduğuna ve yargılamanın başlatılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir. Heyet, ilkenin öncelikle bir yatırımın yeniden yapılandırılması durumlarında tahkime erişim sağlamak için uygulandığını kabul etmiştir¹⁰⁸⁴. Ancak hukukun genel bir ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılmasının¹⁰⁸⁵, paralel yargılamalar da dahil olmak üzere tahkim hukukunun diğer alanlarında da eşit şekilde uygulanabileceğini kaydetmiştir¹⁰⁸⁶. Paralel yargılamalarda ilkenin uygulanmasını tasvirinde karar, birkaç şirketi kontrol eden bir yatırımcının, farklı ikili yatırım anlaşmalarına dayandığı ve ev sahibi devleti grubun farklı seviyelerinde doğmuş aynı zarar için sorumlu tutmaya çalıştığı durumlarda hakkın amacına aykırı kullanımının oluştuğunu belirtmiştir¹⁰⁸⁷. Heyet tarafından, bir yatırımın tüzel kişilik boyutunda yapılandırılmasının bir hak olduğu ve meşru amaçlar doğrultusunda kullanılabileceği kabul edilmekle beraber bu hak, yargılamanın iyi yönetimiyle amaçlanan güçlü menfaatlere, yani adillik, kaynak israfı, birden fazla tazminat ve çelişkili kararlar ihtimali gözetilerek dengelenmiştir.

Hakemlerin, yukarıda belirtilen *CME/Lauder* kararlarını açıkça değerlendirdiğini ve bu davalarda hakkın kötüye kullanılmasının uygulanmamasının çelişkili kararların verilmesine yol açtığını kabul etmesi özellikle ilgi çekicidir¹⁰⁸⁸. Ayrıca, yukarıda incelenen davalardan farklı olarak, bu davada yargılamanın birleştirilmesi yönünde herhangi bir

¹⁰⁸³ *Ibid.*, para. 454.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, para. 543.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, para. 541.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, para. 540 vd. Burada *Grynberg* uyuşmazlığına da atıfta bulunulmuştur.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, para. 542, 543.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, para. 547.

teklifin ve bu nedenle davalının söz gelimi davaların birleştirilmesi talebinin reddi gibi¹⁰⁸⁹ herhangi bir suistimali bulunmadığı için hakkın kötüye kullanılmasının daha aleni olduğu sonucuna varılabileceği belirtilmelidir¹⁰⁹⁰.

Grynberg v. Grenada ve Ampal v. Egypt kararlarında paralel ve/veya müteakip yargılamaların uluslararası hukuk kapsamında hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ortaya konmuştur. Akabinde, *Pac Rim Cayman v. El Salvador* kararına benzer şekilde *Orascom* kararı sayesinde vatandaşlık planlaması nedeniyle gerçekleştirilen paralel yargılamalarda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulaması iyice geliştirilmiştir.

Orascom'daki yaklaşımı teyit etmekle birlikte zıt şekilde, Eylül 2020 tarihli kararıyla *Eskosol v. Italy* uyuşmazlığında¹⁰⁹¹ aynı yatırımın farklı hissedarları tarafından ayrı yargılamalar başlatılmıştır. Davalı devlet tarafından ikinci tahkimin, aynı yatırım kapsamında birden çok tahkime sebep olmasının usulün kötüye kullanılması olduğu belirtilmiştir. Burada hakem heyeti usulün kötüye kullanılması ilkesinin *kesin hüküm* ve *çelişkili davranış yasağı* prensipleri ile ilgisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak hemen akabinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulaması, davacıların (aynı yatırımın farklı hissedarları) şeklen veya fiilen aynı olmadığı gerçeğiyle reddedilmiştir¹⁰⁹². Bu kararda hakem heyeti, davaya ilişkin vakıaların *Orascom*'dan ayrıştığı noktaları vurgulayarak farklı davacıların davalarını ileri sürmekte müstakil haklara sahip olduğunu, davacılar tarafından kasten böyle bir manevra yapılmadığı gibi mükerrer tazminata da yol açmayacağını kabul etmiştir¹⁰⁹³.

Yukarıdaki kararlara dayanarak, paralel yargılamalar kapsamında her biri içsel dezavantajlar barındıran çeşitli uygulamalar benimsendiği görülmektedir. *Derdestlik* veya *kesin hüküm* uygulamaları, davaların birleştirilmesi gibi çeşitli çözümlerle buradaki belirsizlik giderilmeye çalışılmıştır. Benzer şekilde, aynı hakem heyetlerinin atanması

¹⁰⁸⁹ *Ampal* uyuşmazlığında davalı Mısır'ın davaların birleştirilmesini reddetmesi gibi bir durum, *Orascom* uyuşmazlığında bulunmamaktadır.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, **ICSID** Case No. ARB/15/50, 4 September 2020, Award.

¹⁰⁹² *Ibid.*, para. 264.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, para. 265.

suretiyle paralel yargılamalarda yeknesak uygulamaların temin edilebileceği ve çelişkili karar riskinin de bertaraf edilebileceği ileri sürülmüştür¹⁰⁹⁴. Ancak bu durumda da yargılama masraflarının ikiye katlanması nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlali gündeme gelmektedir¹⁰⁹⁵. Yine, dava açma yasağına yönelik tedbirler (*anti-suit* veya *anti-arbitral injunctions*) de bu kapsamda kullanılmaktadır¹⁰⁹⁶.

Şüphesiz, söz konusu uygulamaların tamamında tahkim adaletinin sağlanması ve yargılamanın iyi yönetimi için hakkın kötüye kullanılması ilkesinin zımnen veya açık bir şekilde uygulandığı veya uygulanması gerektiği görülmektedir. Burada ele alınan uyuşmazlıklar sayesinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin işleyişinin, yargı sürecinin gerekliliklerini korurken yargılamanın adillliğini ve verimliliğini etkili bir şekilde nasıl sağlayabileceği açıkça gösterilmektedir. Bunun yanında, hakkın kötüye kullanılmasının esas unsuru olarak ifade edilen *makullük* ölçütü ve *dengeleme faktörünün*, her bir tedbir veya uygulama bakımından da aynı şekilde işlevselliğini koruduğu görülmektedir.

C- TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ

1- Genel Bakış

Tahkim genellikle rıza temelli ve muhtariyet odaklıdır. Bir tahkim anlaşmasının akdedilmiş olması, bir tarafın tahkim sürecine katılma hakkına sahip olması ve/veya buna mecbur tutulması için olmazsa olmaz bir koşuldur¹⁰⁹⁷. Buna göre, bir tahkim anlaşması ve buna istinaden tesis edilen hakem kararları sözleşmelerin nispiliği ilkesine uygun olarak

¹⁰⁹⁴ Louise Ellen Teitz, “Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation”, **Roger Williams University School of Law Review**, 2004, Cilt 10 Sayı 1, 24; *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6; *Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Fas*, ICSID Case No. ARB/00/4.

¹⁰⁹⁵ August Reinsich, “The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions”, **The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality**, Kluwer Law International, 2010, 113-126, s. 114.

¹⁰⁹⁶ Konu hakkında detaylı inceleme için bkz. Gölcüklü, Birinci Bölüm.

¹⁰⁹⁷ Çelikel/Erdem, s. 671; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98; Stavros Brekoulakis, **Third Parties in International Commercial Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2010, para. 1.09; Cemal Şanlı, “Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **Ergin Nomer’e Armağan**, 2002, s. 773-789; Murat Karkın, “Tahkim Şartının Üçüncü Kişilere Etkisi”, **ICC XII. Milletlerarası Tahkim Semineri**, İstanbul, 27.12.2014, s. 79-93; Yargıtay 11. HD. 1990/2931 E. 1991/6828 K. 07.11.1989 T.

genellikle sadece tarafları bağlamaktadır¹⁰⁹⁸. Birtakım istisnalar¹⁰⁹⁹ haricinde, hakemlerce tahkim anlaşması tarafı olmayan kişiler hakkında tesis edilecek bir karar yetkisiz bir şekilde verilmiş olacağından, söz konusu karar iptal yaptırımıyla karşılaşacaktır¹¹⁰⁰. Bu çerçevede, kural olarak tahkim anlaşması ve yargılaması tarafları, uygulanacak hukuk cevaz vermedikçe, üçüncü kişiler bakımından sonuç doğuran kararlar tesis edilmesini isteyemez¹¹⁰¹. Ayrıca, üçüncü kişilerin tahkim duruşmalarına dahi katılmalarını sağlayamazlar ya da uyuşmazlığa ilişkin bir delili tahkime ibraz etmelerini de isteyemezler. Hatta taraflar ve hakemler, üçüncü kişileri tanık olarak dinlemek için icbar edemezler¹¹⁰². Bu bakımdan üçüncü kişilerin katılması ancak devlet mahkemeleri yardımıyla sağlanabilecek, üçüncü kişilerin elindeki delillere de ancak devlet

¹⁰⁹⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 414; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 295; Yargıtay 19. HD. 2003/2654 E. 2004/2603 K. 11.03.2004 T.; Yargıtay 11. HD. 2014/9538 E. 2015/8707 K. 25.06.2015 T.; Yargıtay 11. HD. 2004/189 E. 2004/9234 K. 04.10.2004 T.

¹⁰⁹⁹ Halefiyet nispiliğinin bir istisnası olarak kabul edilmekle birlikte, sözleşmede aksi belirtilmediği süre garantör ve kefiller bakımından tahkim şartı geçerli değildir. Karkın, s. 84. Ayrıca tahkim anlaşmasının nispiliğinin yasal istisnaları da mevcuttur. Örneğin bkz. MTK madde 4/2; 1996 İngiltere Tahkim Kanunu madde 82/2 “... *kapsamında veya vasıtasıyla* ...”; Singapur hukukundaki aynı düzenleme hakkında bkz. Joannes Landbrecht, “Singapore International Commercial Arbitration Court (SICC) – An Alternative to International Arbitration”, **ASA Bulletin**, 2016, Sayı 34, 112, s. 112 vd. Başka bir istisna olarak zorunlu dava arkadaşlığı gösterilmektedir. Bu çerçevede örneğin adi ortaklıklar özelinde bkz. Abdürrahim Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 311 vd.; Baki Kuru/ Ramazan Aslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku-Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara, Yetkin, Ankara 2014, s. 474 vd; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1996, s. 204. Nispiliğin şirketler hukukuna yansımaları için bkz. Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 30 vd.

¹¹⁰⁰ Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri”, **ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri**, 14 Nisan 2014, Ankara, 37-84, s. 68.

¹¹⁰¹ Dursun, s. 182; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 198; Waincymer, **Procedure**, s. 53; Redfern, **Redfern**, s. 358.

¹¹⁰² Sunday A. Fagbemi, “The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality?”, **The Journal of Sustainable Development Law and Policy**, 2015, Cilt 6 Sayı 1, 222-246, s. 242.

mahkemelerinin celbi sayesinde ulaşılabilecektir¹¹⁰³. Tahkim yargılamasının süresinin uzatılması için yine devlet mahkemelerine başvurulacaktır¹¹⁰⁴.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin tartışmanın önemi ve tahkim anlaşmasına ilişkin rıza ve yazılılık koşulu, ABD’de görülen *GE Energy v. Outokumpu* uyuşmazlığında eksik ve tartışmalı bir şekilde de olsa özellikle dikkat çekicidir. NYC madde 2’de gösterilen yazılılık koşulunun değerlendirildiği bu uyuşmazlığın karmaşık olgusal ve yargısal koşullarını ortaya koymak şüphesiz konunun önemini altını çizecektir. Burada, *ThyssenKrupp Stainless USA LLC* (“*Thyssen*”), Amerikan şirketi *Fives* ile Calvert/Alabama’daki çelik imalat fabrikasında üç tane soğuk hadde üretimi için üç farklı sözleşme (“*CRM Sözleşmeleri*”) akdetmiş, üç sözleşmede de uyuşmazlıkların ICC himayesinde Düsseldorf/Almanya’da yapılacak tahkimle çözümleneceğine dair hükme¹¹⁰⁵ yer verilmiştir. Sözleşmelerde *Fives* ‘satıcı’, *Thyssen* ‘alıcı’ sıfatıyla anılmıştır. ‘Satıcı’ sıfatının tüm alt yüklenicileri kapsadığı belirtilmiştir. Fransız *GE Energy Power Convention SAS* (“*GE Energy*”) de tercih edilen alt yüklenici olarak belirtilmiştir¹¹⁰⁶. *Fives* ile *GE Energy* arasında bir alt sözleşme imzalanarak *GE Energy*’den soğuk haddeleri çalıştırması için 9 tane motor siparişi de verilmiştir. Bu alt sözleşmeye üçüncü bir firma da dahil edilmiş ve sözleşme konsorsiyum sözleşmesi olarak anılmıştır. Ayrıca, alt sözleşmede *CRM Sözleşmeleri*’nin tüm hükümlerinin aynen geçerli olduğu düzenlenmiştir¹¹⁰⁷. Bu alt sözleşmede *Fives*’a, *Thyssen* ile görülecek tahkim yargılamalarına *GE Energy*’yi de dahil etme imkânı tanınmıştır. Konsorsiyum sözleşmesinde müstakil bir tahkim hükmüne de yer verilmiş ve ICC Paris tahkimi yetkili kılınmıştır.

Soğuk hadde makinelerinin imalatının tamamlanmasından kısa bir süre sonra *Outokumpu Stainless USA LLC* (“*Outokumpu*”), *Thyssen*’in Alabama’daki fabrikasını

¹¹⁰³ Örneğin bkz. MTK madde 12/B.

¹¹⁰⁴ Dursun, s. 184; Park, **Procedural Integrity**, s. 671; Werner, s. 116; Lew/Mistelis/Kröll, s. 368 vd.; Redfern, **Redfern**, s. 421 vd.; Yeşilırmak, s. 136-137; MTK madde 10/B; *Mexican Company v. Mexican Citizen*, ICC No. 12761, 6 June 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure**, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004), **ICC Bulletin**, Paris, ICC Publication, 2011, 72-75, s. 73.

¹¹⁰⁵ *Outokumpu Stainless USA, LLC v. Converteam SAS*, 902 F. 3d 1316, 1320 ff. (11th Cir. 2018).

¹¹⁰⁶ **Ibid.**

¹¹⁰⁷ **Ibid.**

devralmıştır. İddiaya göre, soğuk hadde makinelerini çalıştıran 9 motorun yaklaşık iki yıl sonra bozulması üzerine, *Outokumpu* tarafından *GE Energy*'e karşı ABD mahkemesinde tazminat davası açılmıştır. *GE Energy* tarafından tahkim klozlarına dayanılarak davalara itiraz edilmiştir.

ABD Temyiz Mahkemesi 11. Dairesi tarafından NYC'deki yazılılık koşulunun sağlanmadığından bahisle *GE Energy*'nin itirazı reddedilmiştir¹¹⁰⁸. Aynı sonuca ABD Temyiz Mahkemesi 5. Dairesi tarafından yine *GE Energy*'nin CRM Sözleşmeleri'nin tarafı olmadığından bahisle varılmıştır¹¹⁰⁹. Burada *GE Energy*'nin dolaylı olarak sözleşme tarafı olduğu itirazıyla dahi mahkeme ikna edilememiştir. Ayrıca ABD Temyiz Mahkemesi 5. Dairesi tarafından *çelişkili davranış yasağı* müessesesi ile NYC'deki yazılılık koşulu karşılaştırılmış, *çelişkili davranış yasağı*nın yazılılık koşulu ile çeliştiği kanaati kurulmuştur. Bunun yanında konsorsiyum sözleşmesindeki tahkim klozu da değerlendirilmiş, ancak *Outokumpu*'nun uyuşmazlık çıkmadan evvel bu sözleşmeyi bilmediği kanaatiyle *GE Energy*'nin NYC madde 2/3'e dayanan tahkim itirazı reddedilmiştir. Temyiz Daireleri arasındaki görüş farklılıkları¹¹¹⁰ neticesinde, *GE Energy v. Outokumpu* uyuşmazlığı ABD Yüksek Mahkemesine taşınmıştır.

1 Haziran 2020 tarihli kararı ile ABD Yüksek Mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının NYC çerçevesinde veya yerel hukuk¹¹¹¹ uyarınca temlik, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, ikinci kişilik, atıf, üçüncü kişi yararına sözleşmeler, feragat ve *estoppel* (çelişkili davranış yasağı) gibi kurumlar aracılığıyla teşmil edilebileceği kabul edilmiştir¹¹¹². Akabinde tekrardan tahkim anlaşmasının teşmilinde uluslararası boyut ele alınmıştır. Burada, NYC'nin 2. maddesinin 7. maddesi ile birlikte okunması gerektiğine ilişkin UNCITRAL tavsiyesine atıfta bulunularak tahkim anlaşmalarının geniş

¹¹⁰⁸ *Outokumpu Stainless USA, LLC v. Converteam SAS*, 902 F. 3d 1316 (11th Cir. 2018).

¹¹⁰⁹ *Ibid.* 1326.

¹¹¹⁰ Örneğin ABD Temyiz Mahkemesi 4. Daire tarafından sadece bağlı şirketin akdetmiş olduğu bir tahkim anlaşmasının ana şirkete de sirayet edebileceği kabul edilmektedir. *J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.*, 863 F.2d 315, 320 ff. (4th Cir. 1988). ABD Temyiz Mahkemesi 3. Daire tarafından da aynı sonuca *çelişkili davranış yasağı* müessesesi ile varılmıştır. *Sourcing Unlimited, Inc. v. Asimco Intern., Inc.*, 526 F.3d 38 (1st Cir. 2008).

¹¹¹¹ Federal Tahkim Kanunu Bölüm 1.

¹¹¹² *GE Energy Power Conversion France SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC*, 140 S.Ct. 1637 (2020).

yorumlanması gerektiği kanaatine varılmıştır¹¹¹³. Neticeten Yüksek Mahkeme tarafından NYC'nin *çelişkili davranış yasağı* gibi yerel kavramlarla çelişmeyeceği belirtilmiş, ancak *çelişkili davranış yasağı* hususu hiç değerlendirilmeksizin *GE Energy*'nin tahkim itirazında haklı olduğuna karar verilmiştir¹¹¹⁴.

Görüldüğü üzere, tahkim anlaşmalarının geçerli olabilmesi için birtakım maddi ve şekli unsurlar aranmaktadır. Bu tür gerekliliklerin (nispilik, yazınlık gibi) katılık derecesi hukuk düzenlerinde farklılık göstermektedir¹¹¹⁵. Tahkime izin vermenin birtakım ön koşullara tabi tutulması, tahkimin uyuşmazlıkların yetkili devlet mahkemesinde sunulmasına yönelik kutsal hakkın ve devletlerin yargı erkinin bir istisnası olarak görülmesi gerçeğinden doğmuştur¹¹¹⁶. Ancak uluslararası iş dünyasında bir hakemin tartışmalı bir şekilde “*doğal yargıç*” ve tahkimin de sınır ötesi uyuşmazlıklarda olağan ve tipik uyuşmazlık çözüm mekanizması haline gelmesi nedeniyle nispilik, yazınlık gibi koşulların artık haksız görünebileceği çoğu zaman göz ardı edilmektedir¹¹¹⁷.

Tüm bunlara rağmen, adaletin sağlanması ve yargılamanın iyi yönetiminin gereklilikleri, bazı durumlarda başka sözleşmelerin ve tahkim sözleşmesinde imzası bulunmayan kişilerin de kapsanması için kanun koyuculara, mahkemelere ve hakem heyetlerine farklı görüşlere ve/veya ilkelere dayanarak “*taraf*” tanımını, bir “*sözleşmenin*” kapsamını genişletmeyi ve tahkim anlaşmasının etkisini artırmayı emretmektedir¹¹¹⁸. Her ne kadar tahkim yargılamalarının aslında *erga omnes* (herkese karşı etkili) değil *inter*

¹¹¹³ **Ibid.** para. 1646, atf. Born, **Arbitration**, s. 1418 vd.; UNCITRAL, “Recommendation Regarding the Interpretation of Art. II (2) and Art. VII (1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, **UN Doc. A/61/17 Annex II**, 7 July 2006.

¹¹¹⁴ Kararın esaslı bir eleştirisi için bkz. Gerhard Wagner/ Jan Philipp Koester, “Originalism Meets International Arbitration: The US Supreme Court’s Interpretation of the New York Convention”, **Journal of International Arbitration**, 2021, Cilt 38 Sayı 2, 163-186.

¹¹¹⁵ Esen, **Teşmil**, s. 17; Özel, s. 63-64, 79. Lew/Mistelis/Kröll, s. 131; Şanlı, **Devir**, s. 787; Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, ed. Hatice Özdemir Kocasakal/ Süheyla Balkar, **Tahkim Anlaşması**, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 26 vd.; Bernard Hanotiau, “Non-signatories, Groups of Companies and Groups of Contracts in Selected Asian Countries: A Case Law Analysis”, **Journal of International Arbitration**, 2015, Cilt 32 Sayı 6, s. 349; Hüseyin Afşın İlhan, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 137 vd.; NYC madde 2; MTK madde 4/2.

¹¹¹⁶ Yargıtay 19. HD. 2003/2654 E. 2004/2603 K. 11.3.2004 T.

¹¹¹⁷ Paulsson, **Not Arbitration**, s. 2.

¹¹¹⁸ Brekoulakis, s. 153 vd.; Karim Youssef, “The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-signatories in Group of Companies”, ed. Bernard Hanotiau/ Eric A. Schwartz, **Multiparty Arbitration**, ICC Publications, 2010, s. 90.

partes (taraflar arasında) olarak ele alınması gerekse de¹¹¹⁹, şüphesiz tahkim yargılamalarındaki çeşitli unsurlar toplumsal etki doğurabileceği (mesela tahkime elverişlilik) gibi üçüncü kişiler nezdinde de münferit sonuçlara da sebep olabilir. Ayrıca burada tahkim anlaşmasının görünürdeki tarafının değil, gerçek tarafının araştırılması söz konusudur¹¹²⁰.

Böylece sözleşmelerin nispileği prensibi tahkim anlaşması özelinde dar yorumlanarak tahkim anlaşması üçüncü kişilere teşmil edilmektedir. Bu durumda üçüncü kişiler tahkim yargılamasına davacı veya davalı sıfatıyla ya da onların yardımcısı olarak iştirak etmekte, bunun yanında hakem kararından da etkilenmektedir¹¹²¹. Tahkim anlaşmasının teşmilinin gerektiği durumlarla da artık çok daha sık karşılaşılmaktadır. Bu yaklaşımın ardında da çoğu zaman karşı tarafın farklı bir tüzel kişilik bünyesinde olan veya sonradan aktarılan *malvarlığına* erişerek tahsilat aşamasında elverişli bir durum yaratma çabası yatmaktadır. Şüphesiz bununla çakışacak veya çakışmayacak şekilde *ortaklık içi ilişkiler, grup şirketleri doktrini, halefiyet, garanti sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşmeler, temsil yanında devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak akdettiği tahkim şartını havi sözleşmeler* özelinde teşmil hususu sık sık tartışılmaktadır¹¹²². Bunların

¹¹¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 802; Kurkela/Turunen, s. 24.

¹¹²⁰ Hanotiau, **Non-signatories**, s. 343; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 27; Bernard Hanotiau, “Groups of Companies in International Arbitration”, ed. Julian Lew/ Loukas Mistelis, **Pervasive Problems in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2006, s. 281;

¹¹²¹ Born, **Arbitration**, s. 1405; Esen, **Teşmil**, s. 12; Çelikel/Erdem, s. 671 vd. Örneğin *Electrabel S.A v. Hungary* uyuşmazlığında, AB uyuşmazlığın tarafı olmayıp sadece *amicus curiae* sıfatıyla davaya katılmıştır. Hakem heyeti tarafından Avrupa Topluluğu’nun üye devletlerden ayrı olarak EŞA tarafı olmasından bahisle artık söz konusu uyuşmazlıkta CJEU’nun yetkili olmadığı belirtilmiştir. Şüphesiz bu, teşmil uygulamasından başka bir şey değildir. *Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19. Mahkeme dostu anlamına gelen *amicus curiae* ile özellikle Anglo-Sakson hukuku sistemlerinde kullanılmakta olup uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişiler yargılamaya müdahale edebilmektedir. Örneğin 2022 ICSID Tahkim Kuralları’nın 38 ve 39 maddesinde de bu müesseseye yer verilmiştir. Ayrıca ICSID kurallarının gelişimi hakkında inceleme için bkz. İlhan Yılmaz, “ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, 455-519. *Amicus curiae* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. E. Levine, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, **Berkeley Journal of International Law**, 2011, Cilt 29, 200-224.

¹¹²² Born, **Arbitration**, s. 1418 vd.; Waincymer, **Procedure**, s. 513 vd.; Esen, **Teşmil**, s. 14 vd.; Serpil Işık, **MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 191 vd.; Zeynep Derya Tarman, “Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2009, Sayı 40, 121; Nuray Ekşi, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Ocak, 91-115.

yanında, çok taraflı tahkime yol açan *iş sahibi – alt yüklenici sözleşmeleri, zincirleme satım sözleşmeleri, denizcilik charter sözleşmelerinde* teşmil gündeme gelmektedir¹¹²³.

Ayrıca uzun vadeli uluslararası yatırım sözleşmelerinde *debt financing* (borç finansmanı) halinde de taraflar dışında üçüncü kişi konumundaki kredi kuruluşları gibi finansman sağlayıcılarının da esas yatırım anlaşması ve proje bazlı sözleşme ile bağlı bulunduğu kabul edilerek, varsa tahkim şartı bunlara da teşmil edilmektedir¹¹²⁴. Yine, *transit geçişe* ilişkin olarak da tahkim şartının, sözleşme tarafı olmayan kişilere sirayet ettiği söylenebilir¹¹²⁵. Devamla, uluslararası tahkim yargılamasında gittikçe daha çok karşılaşılan ve “*üçüncü kişi finansmanı*” olarak anılan, tahkim yargılamasında oldukça yüksek olan masrafların üçüncü kişilerce karşılanarak tahkim neticesinde elde edilecek telafi/tazminattan pay alınmasını öngören sistemde de tahkim kararının dava finansman şirketlerini etkilediği görülmektedir¹¹²⁶. Şüphesiz, *sigorta şirketlerinin* tarafı olduğu uyuşmazlıklarda da teşmil göze çarpmaktadır¹¹²⁷.

Bunların yanı sıra, teşmil müessesesi ile tartışmalı bir şekilde *yetkisiz temsilcinin* akdettiği tahkim anlaşmasında karşılaşılmaktadır¹¹²⁸. Burada, temsilci yetkisiz de olsa, temsil olunanın sözleşmeyi kabule veya ifaya yönelik hareketlerde bulunması ya da tahkim yargılaması sırasında bu itirazı öne sürmemiş olması tahkim anlaşmasına örtülü

¹¹²³ Leyla Keser Berber, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s. 11 vd.

¹¹²⁴ Peter D. Cameron, “Stability of Contract in the International Energy Industry”, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 2009, Cilt 27 Sayı 3, 305-332.

¹¹²⁵ Carlo Cambini/ Alessandro Rubino, “Legal Issues Relating Cross-Border Gas Pipeline Projects”, **Regional Energy Initiatives – Medreg and Energy Community**, Routledge, 2014, 192-208.

¹¹²⁶ 2022 ICSID Tahkim Kuralları madde 14, 53; Esen, **Teşmil**, s. 12; Yusuf Çalışkan, “Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, Cilt 22 Sayı 3, 645-658, s. 648; *Ata Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia*, ICSID Cases No. ARB/05/18, ARB/07/15, 3 March 2010; *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/07/13.

¹¹²⁷ *Shipowners’ Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v. Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret AS*, [2015] EWHC 258 (Comm).

¹¹²⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 391. Ayrıca bkz; Fatih Işık, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2015; Gülören Tekinalp/ Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları**, İstanbul, Vedat, 2016, s. 103; Burak Huysal, **Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 105. Temsilcinin yetkisiz olduğundan bahisle tenfiz taleplerinin reddine dair bkz. Yargıtay 19. HD. 2007/380 E. 2007/5114 K. 21.05.2007 T.; Yargıtay 11. HD., 2008/5901 E. 2010/3203 K. 23.03.2010 T.; Yargıtay 19. HD. 2002/3763 E. 2003/4764 K. 01.05.2003 T.

rıza olarak kabul edilmektedir. Böylece, tahkim anlaşması imzası bulunmamasına rağmen temsil olunanı da bağlamaktadır¹¹²⁹.

Yukarıda bahsedilen hallerin birçoğuna hâlâ kuşkuyla yaklaşılmakta olduğundan, tahkim anlaşmasının teşmilinin genel olarak kabul edildiğini söylemek zordur. Bu nedenle, tahkim kurullarının uluslararası tahkimde imza sahibi olmayanları dahil etmesine yardımcı olan hukuki mekanizma ve ilkelerin, tahkim sürecinin etkinliğini ve adillliğini arttırdığı görüşü yerleşmiş bulunmaktadır¹¹³⁰. Geleneksel olarak tahkim mahkemeleri, yargılamaya üçüncü kişilerin dahil edilmesi konusunda kısıtlayıcıdır. Çok sözleşmeli veya çok taraflı tahkimde verimliliğin sağlanması ve ilgili tüm taraf ve olguların yargılamaya dahil edilmesi, böylece yargı sürecinin iyileşmesi, nihayetinde tahkim yargılamasının daha iyi yönetilmesi ve adaletin düzgün bir şekilde tecelli etmesi teşmil müessesesi sayesinde mümkün olmaktadır¹¹³¹.

Diğer taraftan, tahkim klotunun üçüncü kişilere teşmilini reddeden görüş ve ilkeler ya *rızaya* ya da *hakkaniyet* mülâhazalarına dayanmaktadır¹¹³². Eski görüşlerde rızaya dayanma hususu birçok durumda büyük ölçüde yanıltıcıdır ve gerçekten yakın zamandaki görüş ve uygulamalarda *rıza* kavramına başvurulmadığı görülmektedir. Buna göre, yalnızca rıza kavramının teşmili açıklamaya ve haklı çıkarmaya yeterli olmadığı, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi ve tahkim adaletinin sağlanması için karar vericilere imza sahibi olmayanların da yargılamaya dahil edilmesinde daha iyi yardımcı olacak hukuki bir ilkeye ciddi ihtiyaç olduğu belirtilmektedir¹¹³³. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hakemler tarafından imza sahibi olmama meselesine uygulanmasının *adillik*, *verimlilik* ve

¹¹²⁹ Born, **Arbitration**, s. 734; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394; Karkın, s. 81 vd.; Yargıtay 11. HD. 2000/9903 E. 2001/1170 K. 13.02.2001 T.; Yargıtay 11. HD. 2003/6774 E. 2004/3751 K. 09.04.2004 T.

¹¹³⁰ Far, s. 170.

¹¹³¹ Japaridze, s. 1432.

¹¹³² Born, **Arbitration**, s. 1433.

¹¹³³ Stavros Brekoulakis, "Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality", ed. Stavros Brekoulakis/ Julian D.M. Lew et al., **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, para. 8.10 vd.

yargı süreci gibi çatışan çıkarların dengelenmesinde ve yargılamanın iyi yönetilmesinde yardımcı ve etkili bir girişim olduğu ileri sürülmektedir.

Tahkim klotunun genişletilmesinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanması, ilkenin buradaki rolüne ilişkin önemli bir soruyu ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ele alınan uygulamaların çoğunda ilke, halihazırda var olan hukuki veya sözleşmesel hakkın katılığını ve sertliğini iyileştirmek için uygulanmıştır. Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi, hakkın kötüye kullanılması ilkesinden, haksız veya adaletsiz bir sonucu önlemek için yeni bir sözleşmesel hak veya yükümlülük oluşturmak için de faydalanılabilmektedir¹¹³⁴. Böyle hallerde ilke, en geniş kapsamıyla ortaya çıkmakta ve kalkandan çok kılıç işlevi üstlenmektedir. İlkenin bir tahkim klotunun teşmilinde işleyişinin imza sahibi olmayanlar üzerinde de yargı yetkisi tesis etmeye çalıştığı için bu işlevin somut bir örneğini oluşturduğu ileri sürülmektedir.

Aşağıda ele alınacağı üzere, teşmilde hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurulması tahkim uygulamasına yabancı da değildir. İlke, bazı durumlarda tahkim klotunun teşmili için hukuki dayanak olarak açıkça uygulanmıştır ve atıfta bulunulmamakla birlikte diğer durumlarda hakkın kötüye kullanılmasının özü tarafların makul beklentilerinin korunması, adilliliğin ve verimliliğin sağlanması gibi esas olarak başvurulduğu yerlerde göze çarpmaktadır. Aslında ilkeye atıfta bulunan davaların çoğu, tüzel kişilik veya ikinci kişilik perdesinin kaldırılması teorisiyle ilgilidir. Burada başka örneklerden de faydalanılarak hakkın kötüye kullanılmasının her türlü teşmil vakalarına uygulanabilirliği ana hatlarıyla vurgulanacaktır. Ancak, tahkim yargılamanın teşmili meselesi çerçevesinde yargılamanın iyi yönetilmesini sağlamak için hakkın kötüye kullanılması ilkesinin nasıl işlediğini değerlendirmeden evvel, bir tarafın imza sahibi olmayan birine teşmil talep ettiğinde ortaya çıkan ilgili çatışan menfaatlerin kısaca incelenmesi, ilkenin işlev ve öneminin değerlendirilmesi bakımından zorunludur. Genel

¹¹³⁴ Mahkeme tarafından, sözleşmede münhasırlık hükmü bulunmamasına rağmen tarafların böyle bir yükümlülüğü olduğu kabulü hakkında bkz. Jukier, s. 235; *Larese v. Creamland Dairies, Inc.*, 767 F.2d 716, 718 (10 Cir. 1985).

hatlarıyla buradaki menfaatlerin, paralel tahkim yargılamaları bahsinde ele alınan menfaatlerle benzerlik arz ettiği söylenebilir.

2- Rakip Çıkarlar

Tahkim şartının imza sahibi olmayanları da kapsayacak şekilde genişletilmesinde, tarafların çeşitli çatışan çıkarları söz konusudur. Gerçekten, teşmil talep eden taraf ve teşmile itiraz eden tarafın çıkarlarına dayanan birçok menfaat bulunmaktadır. Bu çıkarlar genellikle yargılama yönetimi kapsamına girmektedir. Yani, yargı sürecinin bir parçası olan menfaatlere¹¹³⁵, tarafların makul beklentilerini korumaya ve yargılamanın usuli verimliliği ve adilliğine ilişkin menfaatlere ilişkindir¹¹³⁶. Bu nedenle, üçüncü kişiye teşmil mekanizmalarının, tahkim yargılamasının usuli uyumunu ve verimliliğini artırmak üzere tasarlandığı kabul edilmektedir. Çünkü tahkim yargılamasının ikiye bölünmesi, hukuki ve mali kaynakların ziyanına yol açmaktadır¹¹³⁷. Ayrıca, aynı uyuşmazlıkta farklı yargılamaların bulunması, birbiriyle ilişkili taraflar arasında aynı veya iç içe geçmiş konularda tutarsız veya çelişkili kararlara yol açabilmekte ve bu da istenmeyen bir durum olduğundan sürecin adilliğini etkileyebilmektedir.

Rızanın genellikle ve hâlâ bir tahkim şartının teşmilinde önemli bir gereklilik olmaya devam ettiği göz önüne alındığında adalet, hakkaniyet ve verimlilik mülahazalarının sıklıkla rıza ile yarıştığı ve çatıştığının kabul edilmesi gerekmektedir. Gerçekten de hakemler bir tahkim şartının teşmili meselesini değerlendirirken, genellikle

¹¹³⁵ Yaroslau Kryvoi, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration”, **Global Business Law Review**, 2011, Sayı 1, 169, s. 176.

¹¹³⁶ *Grigson v. Creative Artists Agency LLC*, 219 F.3d 524, 528 (Fifth Circuit 2000).

¹¹³⁷ Bond, s. 36.

yargılamanın iyi yönetimi ilkesine ve bunun vazgeçilmez unsurları olan adalet, hakkaniyet ve usuli verimlilik kavramlarına dayanmaktadır¹¹³⁸.

Öte yandan, tahkim şartının teşmili ve çok taraflı/sözleşmeli tahkime ilişkin problemler, özellikle hakem heyetinin atanmasında taraflar arasındaki eşitlik bakımından soru işaretleri doğurabilir. Örneğin AİHM'e intikal etmiş bir olayda, hisselerin satımına ilişkin uyuşmazlık halinde tahkime gidileceğini düzenleyen İsveç Şirketler Kanunu'nun atfıyla İsveç Tahkim Kanunu (MTK madde 7 ile paralel şekilde tarafların birer hakem seçmesi, hakemlerin de üçüncü hakemi seçmesi) çerçevesinde hissedarlar tarafından ortak bir hakem üzerinde mutabık kalınamamıştır. Diğer tarafın başvurusu üzerine birden fazla kişiden müteşekkil bu tarafın tek hakemini devlet mahkemesi belirlemiş ve uyuşmazlık karara bağlanmıştır. Akabinde, hissedarlar tarafından hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasıyla AİHM'e başvurulmuştur. AİHM, hakemlerin taraflı olduğuna ilişkin somut bir delil bulunmadığını kabul etmekle birlikte, diğer tarafın kendince uygun bir hakem atayabildiğini, hakem kararına karşı başvuru yollarının İsveç hukukunda çok kısıtlı hallerde mümkün olduğunu, bu nedenle taraflar arasındaki eşitliğin ihlal edildiği kanaatiyle hakem heyeti kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹¹³⁹.

Hakem seçimine ilişkin vazgeçilmez menfaat, meşhur *Dutco* uyuşmazlığında ele alınmıştır¹¹⁴⁰. Üç tarafı ilgilendiren bu davaya konu sözleşme üç hakemli bir ICC tahkimi öngörmekteydi. Davalılardan *Dutco* hakemini tayin etmiş, ancak diğer iki davalı menfaatlerinin örtüşmemesi nedeniyle bir hakem üzerinde anlaşamamalarına rağmen ICC tarafından hakem atanmasını önlemek için ve atamaya itiraz haklarını saklı tutarak ortaklaşa bir hakem tayin etmişlerdir. Davalılar daha sonra tahkim kararına Fransız mahkemeleri önünde itiraz etmişlerdir. Fransa Yüksek Mahkemesi, taraflar arasında eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle kararı iptal etmiştir. *Dutco* kararı yaygın bir şekilde eleştirilmiş ve karar hakkında çeşitli endişeler ileri sürülmüş olmasına rağmen, birçok

¹¹³⁸ Hanotiau, **Complex**, s. 47; John M. Townsend, "Non-Signatories and Arbitration", **ADR Currents**, 1998, Cilt 3 Sayı 3, 23; *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization, et al*, Interim Award, ICC Case No. 3879 of 1984, **XI Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, 127, s. 132.

¹¹³⁹ *Lars Bramelid and Anne-Marie Malmström v. Sweden*, Application No: 8588/79 and 8589/79.

¹¹⁴⁰ *Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Construction Co.*, 7 January 1992, Bull. Civ. 1, no. 2, atf. Hanotiau, **Complex**, para. 443 vd.

tahkim kurumunun Fransa Yüksek Mahkemesi tarafından belirlenen ilkelere uymak için kurallarını değiştirdiği belirtilmelidir¹¹⁴¹.

Ayrıca, tahkim şartının teşmili meselesi, yargı sürecindeki diğer sorunları ortaya çıkarabilmektedir. Özellikle bir tahkim şartının imzası bulunmayan bir kişiyi kapsayacak şekilde genişletilmesine dair bir kararın, ikinci kişinin yargı nezdinde *herkeşe bilinen gőnőnő* kaybetmesine (imzası bulunmayan kişinin yargıya erişimden mahrum bırakılmasına) yol aıtığının gőrőldőęő durumlarda bu mesele daha belirgindir¹¹⁴². Dolayısıyla, bir karar ile tahkim klozunu genişletmek veya tahkim için açık ve net rızası olmamasına rağmen imza sahibi olmayan bir tarafı dahil etmek, yargı süreci ve adil yargılanma gereklilikleri konusunda çeşitli řőpheler doęurmaktadır¹¹⁴³.

Bu bağlamda, *sőre uzatımı* meselesi öncelikle ve kaçınılmaz bir şekilde tarafların makul beklentilerini etkilemektedir. řőphesiz, tarafların makul beklentilerinin korunması adaletin sağlanması vazgeçilmez bir unsurdur¹¹⁴⁴. Davaya ilişkin vakıalar göz őnőne alınarak, bir süre uzatımı talebinin kabulő veya reddi gibi durumlarda tarafların makul beklentilerinin ihlali söz konusu olabilir. Tarafların, uyuşmazlığın verimli bir şekilde özölmesinde meşru ve makul beklentileri vardır¹¹⁴⁵. Bunun yanında, tahkim yargılamalarının uyumlu hale getirilmesi ve çelişkili kararlara yol amaması yönőnde de eşit derecede makul menfaatler bulunmaktadır¹¹⁴⁶. Gerçekten tarafların, belirli bir anlaşmazlığa etkili bir şekilde son verebilen bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak uluslararası tahkime güvendiği yaygın bir şekilde gőrőlmekte ve kabul edilmektedir. Bu beklentinin ise hakemlerce karara bağlanmış bir konunun imza sahibi olmayan birisi

¹¹⁴¹ Schwartz, s. 16.

¹¹⁴² Leboulanger, s. 67 vd.

¹¹⁴³ Tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsız ele alınması gerektiği, tahkim sözleşmesinin usule ilişkin bir sözleşme olduğu, bu bakımdan maddi hukuka mőteallik birtakım sözleşmesel yükümlölüklerin yerine getirilmesinin tahkim şartına rıza gösterildiği şeklinde değerlendirilemeyeceğine ilişkin bkz. Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 39; şanlı, **Ticari Akitler**, s. 462 vd.; Esen, **Teşmil**, s. 33-34, 236 vd.; Yargıtay 19. HD. 1995/9108 E. 9685 K. 15.11.1995 T.

¹¹⁴⁴ De Ly, **Changes**, s. 37.

¹¹⁴⁵ Pryles/Waincymer, s. 56.

¹¹⁴⁶ Born, **Forum**, s. 1074.

tarafından başka bir makam nezdinde dava konusu edilmesi halinde zedeleneyeceği ve hatta hiç karşılanmayacağı açıktır¹¹⁴⁷.

Tahkim şartının genişletilmesinde dikkate değer olan ve tarafların makul beklentileriyle eşit derecede ilişkili olan başka bir önemli çıkar, bir tarafın tutarsız davranışının diğer tarafın aleyhine engellenmesi gerekliliğidir. Bu tür bir engelleme, aslında yargılamanın adil olmasını ve yargılamanın iyi yönetimini sağlar¹¹⁴⁸. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından haklı olarak belirtildiği üzere *çelişkili davranış yasağı* prensibinin altında yatan hukuki ilke basit bir önermeye dayanmaktadır: Bir tarafın bir sözleşmeye lehine olduğunda dayanması ve aleyhine olduğunda sözleşmeyi inkâr etmesi adil değildir¹¹⁴⁹.

Ayrıca, hakemler şirketler grubu gibi başka gerekçelerle kararlarını temellendirmesine rağmen, aslında *tarafların makul beklentilerinin korunmasının* tahkimin genişletilmesine ilişkin birçok tahkim kararının ana gerekçesini oluşturduğu ileri sürülmektedir.

Bu nedenle, bir tarafın belirli olguları veya davranış tarzını reddetmesinin ya da iddia etmesinin o tarafın önceki davranışı çerçevesinde engellenmesi -ki bu yerleşik *çelişkili davranış yasağı* prensibi kapsamındadır- adaletin temel bir gereğidir ve hukukun genel bir hukuk ilkesi olarak yargı makamları tarafından uygulanmaktadır¹¹⁵⁰. Burada genellikle daha geniş iyi niyet ilkesine dayanılmakla birlikte¹¹⁵¹, hakkın kötüye kullanılması ilkesi eski davranışlara aykırı hiçbir davranışın hukuk düzeni tarafından

¹¹⁴⁷ Brekoulakis, **Third Parties**, s. 14.

¹¹⁴⁸ **Ibid.**

¹¹⁴⁹ *Wachovia Bank, National Association v. Schmidt*, 445 F.3d 762, 769 (Fourth Circuit 2006); *American Bankers Insurance Group v. Richard F. Long and Lillie M. Long*, 453 F.3d 623, 627 (Fourth Circuit 2006).

¹¹⁵⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 462; Arnaldez/Derains/Hascher, s. 811; Yargıtay 19. HD. 1995/9108 E. 9685 K. 15.11.1995 T.; Yargıtay 11.HD. 2000/9903 E. 2001/1170 K. 13.02.2001 T.

¹¹⁵¹ Cheng, s. 141-142.

korunmamasını temin etmektedir¹¹⁵². Hiçbir sistem veya mahkeme, muhafaza edileni inkâr etmeye teşebbüs eden kişinin engellenmesi ve durdurulması prensibine dayanarak bu türden davranışlara müsamaha göstermemelidir¹¹⁵³.

Aşağıda da ele alınacağı üzere, hakkın kötüye kullanılması ilkesi, hakemlerin söz konusu menfaatlerin korunmasında, menfaatler arasında gerekli dengenin kurulmasında ve yargılamanın iyi yönetiminin sağlanmasında başvurduğu oldukça etkili bir araçtır. İlke, belirli durumlarda maddi hileleri veya adaletsizliği önlemekte, diğer istisnai durumlarda yargılamanın usule ilişkin verimliliğini ve tarafların makul beklentilerini korumak için uygulanmaktadır.

3- İlkenin İşlevi

Öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması ilkesi özellikle *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi* uygulanarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde ve böylece tahkim kapsamının genişletilmesinde sıklıkla kullanılmaktadır. Ayrıca, başka davalarda tarafların makul beklentilerinin korunması, yargılamada adilliğin sağlanması, usuli verimliliğin temin edilmesi gibi amaçlarla teşmili sağlamak üzere ilkenin uygulandığı görülmektedir.

Şirketler, kurucularından, ortaklarından veya yöneticilerinden ayrı, müstakil tüzel kişiliği haiz, bu çerçevede hukuken bunlardan ayrı olacak şekilde hak ve fiil ehliyetine sahip hukuki varlıklardır¹¹⁵⁴. Şirket tüzel kişiliğinin malvarlığı kendisine aittir¹¹⁵⁵. Kural olarak sermaye şirketi ortakları, şirket borçlarından sadece şirkete koydukları (veya

¹¹⁵² Alman hukuku hakkında bkz. Bolgar, s. 1027; İsviçre hukuku hakkında bkz. Bolgar, s. 1033; Born, **Arbitration**, s. 1472-1473; Zimmermann/Verse, s. 515; Storme, s. 520; Edward Baldwin/ Mark Kantor/ Michael Nolan, “Limits of Enforcement of ICSID Awards”, **Journal of International Arbitration**, 2006, Sayı 23, 1, s. 18-19; Talya Uçaryılmaz, “Equitable Estoppel and CISG”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt 3 Sayı 2, 161-178; ICC Case No. 7421 of 2010, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 2010, Sayı 21, 64; ICC Case No. 12456 of 2004, Arnaldez/Derains/Hascher, s. 826.

¹¹⁵³ *Tahkim lehine yorumun esas alınması gerektiğine ilişkin bkz. Özdemir Kocasakal, Teşmil*, s. 46; Lew/Mistelis/Kröll, s. 150 vd.

¹¹⁵⁴ Esen, **Teşmil**, s. 241; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Baskı, İstanbul, Vedat, 2019, s. 108.

¹¹⁵⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 108.

koymayı taahhüt ettikleri) sermaye ile sorumludur¹¹⁵⁶. Diğer taraftan, şirket ortakları ve/veya yöneticilerinin sırf sorumluluktan kaçmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına sığındıkları hallerde, şirket alacaklılarının *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi* sayesinde bunların malvarlığına gidebileceği de kabul edilmektedir¹¹⁵⁷. Bu kapsama tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle hissedarların yanında, aynı gruba bağlı başka şirketler de (asıl kontrol eden şirket, sözleşme görüşmelerini yürüten ancak imza sahibi olmayan grup şirketi gibi) dahildir. Ancak, şirketlerin müstakil tüzel kişiliği ve ortakların sınırlı sorumluluğu şeklindeki iki temel prensip çerçevesinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ancak tüzel kişiliğin hukuku dolanmak veya üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanıldığı ya da hakkaniyetin gerektirdiği çok istisnai hallerde uygulanabilecektir¹¹⁵⁸.

Hali hazırda istisnai bir karaktere sahip olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin daha ayrık çeşitli durumlarda, bir şirketin ayrı tüzel kişiliğini göz ardı etmek için hakkın kötüye kullanılması ilkesine tahkimde dayanılabileceği ve *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi* veya *ikinci kişilik teorisi* uyarınca tahkim şartını genişletilebileceği de yaygın olarak kabul edilmektedir¹¹⁵⁹. Bu kabule rağmen, pratikte de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin çok istisnai olarak uygulandığı hallerde dahi, aslında yetkisiz temsil veya başka müesseselerden faydalandığı görülmektedir¹¹⁶⁰.

Bir tahkim şartının kurumsal perdenin kaldırılması suretiyle genişletilmesi, yargılamanın iyi yönetimi kavramıyla doğrudan bağlantılıdır. Gerçekten kurumsal

¹¹⁵⁶ Pietro Ferrario, “The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, 2009, Cilt 26 Sayı 5, 647-673, s. 653.

¹¹⁵⁷ Besson, s. 148; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 471; Şanlı, **Devir**, s. 786; Esen, **Teşmil**, s. 241.

¹¹⁵⁸ Besson, s. 147; Born, **Arbitration**, s. 101; Ferrario, s. 670; Esen, **Teşmil**, s. 241; İlhan, s. 138; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 110; Yargıtay 11. HD. 2014/8411 E. 2014/13676 K. 12.09.2014 T.

¹¹⁵⁹ Born, **Arbitration**, s. 1433; Albert Badia, **Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2014, s. 49-50; Sébastien Besson, “Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track”, ed. Bernard Hanotiau/ Eric A. Schwartz, **Multiparty Arbitration**, ICC Publications, 2010, s. 149.

¹¹⁶⁰ Hanotiau, **Non-Signatories**, s. 345; Lew/Mistelis/Kröll, s. 146; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 471; Şanlı, **Devir**, s. 787; Esen, **Teşmil**, s. 254; Yargıtay 19. HD. 2002/7495 E. 2002/6932 K. 24.10.2002 T.

perdenin kaldırılması teorisinin varoluş nedeni hakkaniyet ve adillik mülâhazalarıdır¹¹⁶¹. Perdeyi kaldırma teorisinin gizemi giderilirken, hakkın kötüye kullanılması temelinde iyi niyetin kurumsal düzlemde sağlanmasının hedef alındığı belirtilmektedir. Kurumsal perdenin kaldırıldığı kararlar, makul ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşılmasında ve adaletin sağlanmasında yargılamanın iyi yönetimini temin etmeye yönelik şiddetli ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır¹¹⁶².

Bu doğrultuda, kurumsal perdenin kaldırılmasında tahkim şartının genişletilmesinin hukuki dayanağını, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin oluşturduğu görüşü yerleşmiştir¹¹⁶³. Uluslararası hukukta da hakim olan yaklaşım budur¹¹⁶⁴. ICJ de bu görüşü benimsemektedir. Ufuk açıcı *Barcelona Traction* davasında¹¹⁶⁵ ICJ tarafından, tüzel kişiliğin başlangıçta hizmet etmesi beklenen ve hedeflenen amaçtan başka bir amaç için kullanılması durumunda kurumsal perdenin kaldırılabilceği, adillik ve hakkaniyet gerekliliklerinin bunu zorunlu kıldığı belirtilmiştir. Ayrıca ICJ, dolandırıcılık, görevi kötüye kullanma gibi hususların söz konusu olduğu davalarda, tüzel kişilik ayrıcalıklarının kötüye kullanılmasının önlenmesi ve tüzel kişilikle iş yapanların korunması amacıyla kurumsal perdenin kaldırılmasının garanti altına alındığını vurgulamıştır.

Ulusal hukuklar düzeyinde, hakkın kötüye kullanılması ilkesi bu açıdan büyük önem taşımaktadır. İlke İsviçre’de hukukun tüm alanlarda uygulanmakta ve İsviçre hukuk geleneğine nüfuz etmektedir¹¹⁶⁶. Dolayısıyla, aslında İsviçre hukuku ‘şirketler grubu’ kavramını genel olarak benimsememesine ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu kurumu

¹¹⁶¹ Özdemir Kocasakal, *Teşmil*, s. 60; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 111; Richard Ramberg, “Piercing the Corporate Veil: Comparing the United States with Sweden”, *New England Journal of International and Comparative Law*, 2011, Sayı 17, 159, s. 160; *Trustees of the National Elevator Industry Pension v. Andrew Lutyk*, 332 F.3d 188, 198 (3d Cir. 2003); *Bridas S.A.P.I.C., et al. V. Turkmenistan*, 447 F.3d 411, 420 (5th Cir. 2006); Yargıtay 23. HD. 2013/4903 E. 2013/6314 K. 11.10.2013 T.; Yargıtay 9. HD. 2015/2147 E. 2016/11690 K. 10.05.2016 T.

¹¹⁶² *N. C. Ratiu et al. V. D. P. Conway* [2005] EWCA Civ. 1302, para. 75.

¹¹⁶³ Özdemir Kocasakal, *Teşmil*, s. 60.

¹¹⁶⁴ ICC Case No. 8163 of 1996, *ICC Bulletin*, 2005, Cilt 16 Sayı 2, s. 78; *Prest v. Petrodel Resources Ltd.*, [2013] 2 A.C. 415 17-18

¹¹⁶⁵ *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, 1970 I.C.J. 39, 5 February 1970, Judgment.

¹¹⁶⁶ Tobias Zuberbühler, “Non-signatories and the Consensus to Arbitrate”, *ASA Bulletin*, 2008, Sayı 26, 18, s. 30-31.

açıkça kabul veya reddetmemesine rağmen¹¹⁶⁷, İsviçre hukukunda farklı tüzel kişiliklerin bağımsız hukuk sükeleri olduğuna dair köklü bir kabulün bulunduğu gözetildiğinde, hakkın kötüye kullanılması durumlarında kurumsal perdeyi kaldırma teorisi (*Theorie des Durchgriffs*) mahkemelere ve tahkime, ayrı tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması imkânını bahşetmektedir¹¹⁶⁸. ICC nezdinde görülen ve İsviçre hukukunun uygulandığı bir davada, hakem heyeti tarafından uluslararası hukuk ilkelerine benzer olarak hakkaniyetin, tüzel kişiliğin kötüye kullanılarak üçüncü kişilerin zararına olduğu durumlarda kurumsal perdenin kaldırılmasını sağladığı ifade edilmiştir¹¹⁶⁹.

Aynı şekilde, *Alpha S.A. v. Beta* davasında¹¹⁷⁰ da şirketler topluluğu ve kurumsal perdenin kaldırılması teorisi tartışılmıştır. Hakem heyeti tarafından şirketler topluluğu kavramının İsviçre hukuku kapsamında tanınmadığı¹¹⁷¹, ancak **(i)** yetersiz sermaye kullanımı, idare ve yönetimde karışıklık ve malvarlığı karışması gibi deliller muvacehesinde bir hissedarın bir kuruluş üzerinde tam kontrole sahip olduğu ve **(ii)** olguların tamamının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumda kurumsal perdenin kaldırılabilceğini belirterek, tahkim anlaşmasının imza sahibi olmayan hakim şirkete teşmilinde kurumsal perdenin kaldırılmasına karar vermiştir.

İsviçre kararlarının tümünde, kurumsal perdenin kaldırılmasıyla ilgili olarak hakkın kötüye kullanılması kavramına dayanıldığı görülmektedir. İsviçre hukukunda şirketler topluluğu kavramı reddedilmekte, İsviçre hukukunun şirketin tek hissedarı olarak veya ana şirketin yan kuruluşu olarak hukuki bağımsızlığı ve ayrı kişiliği kararlılıkla benimsenmektedir. Ayrı tüzel kişilik esasının, yalnızca kişinin yükümlölüklerinden

¹¹⁶⁷ Gabrielle Kaufmann-Kohler/ Thomas Schultz, “The Group of Companies Doctrine in International Arbitration: A Comparative Analysis”, **Journal of International Arbitration**, 2021, Cilt 38 Sayı 6, 723-756, s. 732 vd.; Christian Häberli, “The Group of Companies Doctrine in Swiss Arbitration Law”, **Swiss Review of International Arbitration & Public International Law**, 2022, Cilt 13 Sayı 2, 197-216, s. 198 vd.; Martin Wiederkehr, “The Group of Companies Doctrine in International Arbitration: A Swiss Perspective”, **Swiss Arbitration Association Bulletin**, 2022, Cilt 1, 15-24, s. 15 vd.

¹¹⁶⁸ *F.R. German Engineering Company v. Polish buyer*, 9 September 1983, Ad-hoc Interim Award, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1987, Sayı 6.

¹¹⁶⁹ *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization, et al.*, Interim Award, ICC Case No. 3879 of 1984, **XI Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, 127, s. 132.

¹¹⁷⁰ *Alpha SA v. Beta and Co., State Company of Ruritania Law*, Ad hoc Award of 1991, 2 **ASA Bulletin** 202, atf. Brekoulakis, **Consent**, para. 8.99.

¹¹⁷¹ Zuberbühler, s. 25-26.

sıyrılmak için böyle bir yan kuruluşu başvurusunun hile veya hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği istisnai durumlarda terk edilebileceği belirtilmektedir¹¹⁷².

Burada ifade edilen durumun, diğer ulusal hukuklarda da geçerli olan ilkelerle tutarlı olduğu söylenebilir. Örneğin ICC nezdinde görülen başka bir davada¹¹⁷³ davacı, *ABD Ltd*'nin bir yan kuruluşu olduğunun iddia edildiği *Mısır Ltd* ile iki alt sözleşme akdetmiştir. Alt sözleşmeler, *ABD Ltd*'nin genel müdürü ve hissedarı *A kişisi* tarafından *Mısır Ltd* adına imzalanmıştır. Bir anlaşmazlık ortaya çıktığında, davacı davasını *ABD Ltd*, *Mısır Ltd* ve *A kişisine* karşı yöneltmiştir. *ABD Ltd* ve *A kişisi* tarafından hakem heyetinin yargı yetkisine itiraz edilmiştir. Hakem heyeti, *Mısır Ltd*'nin ayrı bir tüzel kişilik olmayıp sadece bir şubeden ibaret olduğu kanaatiyle, *ABD Ltd* üzerinde yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Ayrıca tahkim şartının *A kişisine* teşmili değerlendirilirken, maddi hukuk olarak Mısır hukuku ve *lex arbitri* olarak İsviçre hukuku çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması durumlarında kurumsal perdenin kaldırılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Yukarıda aktarılan kararların yanında, yine İsviçre hukukunun uygulandığı yakın tarihli tahkim kararlarıyla da çıkarımımız teyit edilmektedir. Gerçekten, çeşitli mahkeme ve hakem kararlarının değerlendirildiği *Azpetrol Oil Services v. Azerbaijan* tahkiminde hakem heyeti tarafından İsviçre hukukunda 'şirketler grubu' kavramının genel olarak kabul edilmediği, sadece bu kurumdan hareketle tahkim anlaşmasının teşmilinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca burada heyet, tahkim anlaşmasının imza sahibi olmayan üçüncü kişilere teşmilinde, tahkim anlaşması tarafı iradelerinin açık bir şekilde bu niyeti ortaya koymasının arandığını vurgulamıştır. Teşmil iradesinin kanıtlanmasında ise tahkim anlaşmasının, uyuşmazlık hakkındaki vakıaların ve/veya taraf davranışlarının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede genel olarak, tahkim anlaşmasının şirketler

¹¹⁷² Meier, s. 1330; **Ad-hoc Interim Award**, *F.R. German Engineering Company v. Polish buyer*, 9 September 1983, 12 **Yearbook Commercial Arbitration**, 1987, 63, 72; **Swiss Federal Tribunal**, 24 November 2006, 4C.327/2005; **Swiss Federal Tribunal**, 16 October 2003, 22 **ASA Bulletin**, 2004, 364.

¹¹⁷³ **ICC** Case No. 5721 of 1990, ed. Arnaldez/Jacques, **ICC Arbitral Awards 1986-1990**, Paris, ICC, 1994, s. 404-405.

topluluğu mensubu olmasına rağmen başka bir şirkete teşmil edilemeyeceği sonucuna varılmıştır¹¹⁷⁴.

Benzer şekilde, Almanya’da da temel suistimal ve görevi kötüye kullanma durumlarında kurumsal perdenin kaldırılması mümkündür¹¹⁷⁵. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu kuramın doktrinsel temelini “*ana şirketin kurumsal şekli kötüye kullanması*” olduğunu belirtmektedir¹¹⁷⁶. Aynı şekilde, Fransız hukukunda da kurumsal perdeyi kaldırmak için hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanılmaktadır¹¹⁷⁷. Türk hukukunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin normatif temelini hakkın kötüye kullanılması oluşturmakta, yani ayrı tüzel kişiliğin hukuken bağımsız olduğu iddiasının dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı hallerde teori uygulanmaktadır¹¹⁷⁸.

Başlangıçta da belirtildiği gibi, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin tahkim yargılamasının iyi yönetilmesini sağlamasındaki önemi, kurumsal perdenin kaldırılması davalarıyla sınırlı olmayıp aynı şekilde diğer teşmil davalarını da kapsamaktadır.

İlkenin özellikle *tarafların makul beklentilerini korumak* için işlediği durumlarda bu husus gözlemlenmektedir. Böyle vakalarda, hakem heyetlerinin bazen tahkim şartının imza sahibi olmayan bir kişiye teşmilinde açıkça hakların kötüye kullanılmasına atıfta

¹¹⁷⁴ *Azpetrol Oil Services Group BV v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/13/12. Aynı yönde örneğin bkz. *Vattenfall AB v. Czech Republic*, ICC, 2021; *EnBW Energie Baden-Württemberg AG v. Republic of Poland*, ICC, 2021; *Siemens Gamesa Renewable Energy S.A. v. Republic of Turkey*, ICC, 2021; *Siemens AG v. Argentina*, ICC, 2021; *Impregilo SpA v. Argentina*, ICC, 2021; *EDF International S.A. v. Republic of Chile*, ICC, 2022; *Transocean Ltd. v. Republic of Angola*, PCA, 2022.

¹¹⁷⁵ Klaus J. Hopt, “Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies”, ed. Clive M. Schmitthoff/ Frank Wooldridge, **Groups of Companies**, Sweet & Maxwell, 1991, 104; Mohamed S. Abdelwahab, “Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum”, ed. Franco Ferrari/ Stefan Kröll, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Sellier, 2010, 161.

¹¹⁷⁶ René Reich-Graefe, “Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany”, **Connecticut Law Review**, 2004, Sayı 37, 785, s. 802.

¹¹⁷⁷ William W. Park, “Non-Signatories and the New York Convention”, **Dispute Resolution International**, 2008, Sayı 2, 84, s. 100.

¹¹⁷⁸ Bkz. dn. 1199 vd.

bulunduğu, bazen de ilke açıkça anılmadan muhakeme ve kararın gerekçesinde başka herhangi bir ilke/doktrinden ziyade ilkenin zımnen uygulandığı görölmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karara bağlanan yakın tarihli bir davada¹¹⁷⁹, bir şirketler topluluğu mensubu *Taraf A* ile *Taraf B* arasında akdedilmiş üç sözleşmeden kaynaklanan bir anlaşmazlık ortaya çıkmıştır. *Taraf B*, *Taraf A*'ya karşı tahkim yargılaması başlatmıştır. *Taraf A*, *Taraf B*'ye ve topluluğun sözleşmelerde imzası bulunmayan başka bir mensubu *Taraf C*'ye 'karşı dava' ikame etmiştir. Hakem heyeti imza sahibi olmayan taraf üzerinde yargı yetkisi bulunmadığına karar vermiştir. Bu tahkim kararına İsviçre Federal Mahkemesi nezdinde yapılan itiraz üzerine, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karar kısmen iptal edilerek, hakem heyetinin imza sahibi olmayan *Taraf C* üzerinde yargı yetkisi bulunduğunu kabul etmesi gerektiği belirtilmiştir. Burada İsviçre Federal Mahkemesi, imza sahibi şirketin ve topluluğun imzası bulunmayan mensup şirketin faaliyetleri arasında karışma/benzerlik olması durumunda imzası bulunmayanın görüntüsüne güvenen ve imzası bulunmayanın da sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının bir tarafı olduğuna inanan üçüncü kişilerin makul beklentilerinin, kurumsal perdenin kaldırılması teorisine başvurulması gerekmeksizin korunacağını ve böylece farklı tüzel kişiliklerin hukuki bağımsızlıklarının göz ardı edilmesinin haklı kılınabileceğini vurgulamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi tahkim kararını kısmi iptalinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'nun 2. maddesine başvurmuştur. Topluluğun imzası bulunanın ve bulunmayan mensuplarının davranışları göz önüne alınarak, *Taraf A*'nın imza sahibi olmayan kişinin gerçek bir taraf olduğuna iyi niyetle güvenebileceği belirtilmiştir. İlaveten, topluluğun ilgili mensupları ve özellikle imza sahibi olmayan mensubunun, her türlü şüpheyi ortadan kaldırması ve anlaşmaya taraf olmak istemediğini açıkça belirtmesi gereği ifade edilmiştir. Aksine, imzası bulunmayan tarafın sözleşmenin ifasına müdahale ettiği ve böylece *Taraf A*'nın kafa karışıklığına katkıda bulunduğunu tespit etmiştir. Neticeten Federal Mahkeme, hakem

¹¹⁷⁹ Swiss Federal Tribunal, 7 April 2014, 4A_450/2013.

kurulunun tahkim anlaşmasını imzası olmayan kişiye teşmil etmesi gerektiğine karar vermiştir.

Burada hakkın kötüye kullanılması ilkesinin açık bir uygulaması görülmektedir¹¹⁸⁰. Devlet mahkemesi, imzası bulunmayan kişinin davranışı sonucunda bir tarafın oluşan meşru ve makul beklentilerini korunması için tahkim şartının teşmilinin temin edilmesi ve hukuk düzeninin imza sahibi olmayan kişinin karşı tarafın zararına olacak şekilde taciz edici tutarsız davranışını korumaması gereği ifade edilmiştir.

Bu dava, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir tahkim kararını *kısmen iptal* ettiği birkaç davadan biri olduğu için de özellikle önemlidir. Dava, kurumsal perdenin kaldırılmasıyla ilgili olmayan davalarda bir hakkın kötüye kullanılması analizi niteliğindedir. Öğretide de bu davanın, imza sahibi olmayanlarla ilgili olarak hakkın kötüye kullanılmasının yeni bir uygulamasını yansıttığı belirtilmektedir. Tam olarak, tahkim şartının teşmili sorunu ele alınırken, özellikle imzası olmayan kişinin sözleşmeyle bağlı olduğu izlenimi ve/veya bir ana şirket ile onun alt şirketleri arasında kafa karışıklığı oluşturması durumunda, diğer tarafın makul beklentilerini korumak için hakkın kötüye kullanılmasının tesis edilebileceği ileri sürülmektedir¹¹⁸¹.

Ayrıca, hakkın kötüye kullanılmasının özünün diğer teşmil davalarında zımnen uygulandığı varsayılmaktadır. Özellikle *şirketler topluluğu* doktrininin kapsamına giren davalarda bu durum tespit edilebilmektedir. Bu kavram tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile sıklıkla karıştırılmakta, haliyle kavramlar birbiri yerine kullanılabilir. Öğretide iki teori arasındaki farklılıklara ilişkin olarak *Ferrario* tarafından şirketler topluluğunda zarar ile nedensellik bağının aranmadığı, aktif rol üstlenmenin yeterli olduğu, *kontrol* kriterinin katı bir şekilde uygulanmadığı öne sürülmektedir. Diğer taraftan, *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* teorisinde *kontrolün* daha önemli olduğu, zarar ile kötüye kullanım arasında nedensellik arandığı vurgulanmaktadır¹¹⁸². Bununla birlikte *Besson*, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

¹¹⁸⁰ Voser, para. 9.73 vd.

¹¹⁸¹ Wilske/Shore/Ahrens, s. 3.

¹¹⁸² Ferrario, s. 669 vd.

teorisinin şirketler hukukuna ilişkin olduğunu, şirket yapısının kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçladığını, evrensel olarak şirketler topluluğu teorisinden daha geniş bir şekilde kabul edildiği, kanunlar ihtilafı çerçevesinde yerel hukuk düzenlerine göre uygulandığını; şirketler topluluğu teorisinin tahkime özgü olduğunu, ticari örf-adetten kaynaklandığını, sözleşmeler hukukuna dayandığını belirtmektedir¹¹⁸³.

Ticari hayatın her seviyesinde karşılaşılan şirketler topluluğu (veya şirketler grubu) ile aslında hukuki açıdan bağımsız ve ayrı tüzel kişilikleri bulunan, ancak ekonomik olarak ortak bir güce bağlı bulunan teşekküllerin oluşturduğu bir bütün ifade edilmektedir¹¹⁸⁴. Şirketler topluluğu doktrininin olmazsa olmaz koşulları ve hakemlerin bunu nasıl uyguladıkları incelendiğinde, teşmili haklı kılan asıl unsurun ‘zımni rıza’ değil, teşmil talep eden tarafta oluşan beklenti ve böyle bir beklentinin makullüğünün değerlendirilmesi olduğu görülmektedir. Şirketler topluluğuna mensup bir şirketin akdetmiş olduğu sözleşmeye bir şekilde katılan kardeş şirketlerin de tahkim anlaşmasının tarafı olacağı savunulmaktadır¹¹⁸⁵. Bu şekilde bir değerlendirme, yukarıda ele alınan İsviçre davasından da anlaşılacağı gibi, hakkın kötüye kullanılmasının özüne ve işlevine büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir. Bu itibarla, imza sahibi olmayan bir kişiyi itiraz ettiği veya rıza göstermediği için tahkime zorlamak, hukuki gerekçeden yoksunluktur ve ileri sürülmemesi gereken bir yanılgıdır, çünkü böyle bir yaklaşım yargılamanın iyi yönetimini veya adaletin sağlamaz¹¹⁸⁶.

Tahkimde ‘şirketler topluluğu’ kuramı, rızanın varlığını doğrulamak ve yargı yetkisini tesis etmek için uzun süredir dolaylı bir ölçüt olarak kullanılmıştır¹¹⁸⁷. Ancak kuramı oluşturan, kapsamı ve uygulaması için gerekli koşulları ele alan *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain* davasından¹¹⁸⁸ evvel böyle bir uygulama söz konusu değildi. Bu

¹¹⁸³ Besson, **Corporate**, s. 149 vd.

¹¹⁸⁴ Esen, **Teşmil**, s. 98; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 47 vd. Ayrıca TTK madde 195-210.

¹¹⁸⁵ Hanotiou, **Group**, s. 285; Ferrario, s. 651; Born, **Arbitration**, s. 101; Esen, **Teşmil**, s. 99; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 47 vd.

¹¹⁸⁶ Park, **Non-Signatories**, s. 86; Andrea M. Steingruber, **Consent in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2012, para. 9.40; Court of Cassation, *Alcatel Business Systems, Alcatel Micro Electronics and AGF v. Amkor Technology et al*, 11 JCP I 168, (2007), atf. Poudret/Besson, para. 256.

¹¹⁸⁷ Redfern, **Redfern**, s. 102; Born, **Arbitration**, s. 1431.

¹¹⁸⁸ ICC Case No. 4131 of 1982, Interim Award, *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, **IX Yearbook Commercial Arbitration**, 1984, 131.

uyuşmazlıkta davalı Fransız şirketi, *Dow* grubu ürünlerinin Fransa’da dağıtımını ve satımına ilişkin olarak daha sonradan *Dow Chemical AG*’ye devredilen *Dow Venezuela* ve *Dow Chemical AG*’nin yan şirketi *Dow Chemical Europe* ile iki sözleşme imzalamıştır. Sözleşmelere istinaden ICC nezdinde başlatılan tahkim yargılamasında davacı olarak sözleşmeler tarafı *Dow* şirketlerinin yanında, sözleşmelerde imzası bulunmayan *Dow Chemical France* ve *Dow Chemical Company*’nin de bulunmasına davalı tarafından itiraz edilmiştir. Hakem heyeti yapmış olduğu inceleme neticesinde davalının itirazını haksız bularak reddetmiştir. *Dow Chemical* kararı, şirketler topluluğu doktrininin teorik temelini *lex mercatoria* ve uluslararası ticaret adetlerine dayandığını göstermektedir¹¹⁸⁹. Ayrıca, doktrinin işleyişinin özellikle **(i)** imzası bulunan ve bulunmayanın tek bir ekonomik teşekkül oluşturduğu durumlarda (*une réalité économique unique*) aynı topluluğun parçaları olduğu¹¹⁹⁰, **(ii)** davaya ilişkin vakıaların sözleşmenin müzakeresinde, akdedilmesinde, ifasında ve/veya feshinde imza sahibi olmayan üçüncü kişinin aktif bir rol oynadığı¹¹⁹¹, **(iii)** tarafların ortak iradelerinin tahkim şartının teşmilini gerektirdiği¹¹⁹² davalarda temin edildiği görülmektedir¹¹⁹³. Bu karara karşı açılan iptal davası ise Paris Yüksek Mahkemesi tarafından hakem heyeti kararının yerinde olduğu ifade edilerek reddedilmiştir¹¹⁹⁴.

Şirketler topluluğunda tarafların varsayılan ortak niyeti ve imza sahibi olmayan kişinin rızası, iki temel unsurun mevcut olduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır: **(i)** toplulukla iş yapan tarafın imza sahibi olmayan şirketin sözleşmenin tarafı olduğuna dair samimi inancı (öznel unsur) ve **(ii)** bu inancın haklı ve makul olması. Buradaki ikinci unsur imza sahibi olmayanın sözleşmenin gerçek bir tarafı olarak görünmesiyle (nesnel unsur) ilgili olup bu unsur topluluğun kurumsal yapısı, imza sahibi olmayanla ilişkisi,

¹¹⁸⁹ Ferrario, s. 663.

¹¹⁹⁰ Born, **Arbitration**, 101; Ferrario, s. 651. Çeşitli ICC karar atıfları için bkz. Brekoulakis, **Third Parties**, s. 154 vd.; *Kis France SA, Kis Photo Industrie SA v. SA Société Générale, Sogelease Pacifique SA and others*, Cour d’ Appel, Paris, 31 October 1989, ed. Albert Jan van den Berg, **XVI Yearbook Commercial Arbitration**, 1991, 145.

¹¹⁹¹ Ferrario, s. 664 vd.; Hanotiau, **Group**, s. 282; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 286 vd.; Born, **Arbitration**, s. 101; Wilske/Shore/Ahrens, s. 74; Esen, **Teşmil**, s. 101; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 48; John Gaffney, “The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable To The Arbitration Agreement”, **Mealy’s International Arbitration Report**, 2004, Cilt 19 Sayı 6, 1, s. 2.

¹¹⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 283 vd.; Born, **Arbitration**, s. 1447; ICC Case No. 4131 of 1982, *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, (1984) **IX Yearbook Commercial Arbitration** 131, s. 136.

¹¹⁹³ Ferrario, s. 669.

¹¹⁹⁴ Ferrario, s. 667; Fouchard/Gaillard/Goldman, s. 287; Esen, **Teşmil**, s. 103.

imza sahibi olmayanın sözleşmenin müzakere, ifa ve/veya feshi süreçlerine aktif katılımı aracılığıyla kanıtlanmaktadır¹¹⁹⁵.

Bu nedenle yukarıdakilerden, imzası olmayanın rızasının varlığını veya tarafların ortak niyeti sonucunu çıkarmak olağan dışı görünmektedir. Gözlemlendiği üzere, tüm şartların, teşmil talep eden tarafın niyeti ve menfaatleri ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili olduğu açıktır. İlk bakışta topluluğa ve imza sahibi olmayan şirkete ait gibi görünen unsurlar aslında, toplulukla iş yapan tarafın, topluluğun imza sahibi olmayan mensubunun tahkim şartı dahil sözleşmenin bir tarafı olduğuna dair inancının makul olup olmadığını objektif olarak belirlemek için kullanılmaktadır.

ICC hakem kararları ve Fransız uygulamasına rağmen bu endişelerle, İngiltere ve Hollanda gibi ülkelerde şirketler topluluğu kuramı çerçevesinde tahkim anlaşmasının teşmilinin kural olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹¹⁹⁶. Ayrıca, İsviçre hukuku bakımından yukarıda da ele alındığı üzere, şirketler topluluğu doktrini açık bir şekilde kabul edilmemekle birlikte, hakkın kötüye kullanılması (*Durchgriff*) durumunun teşmil ‘yasağının’ istisnası teşkil ettiği kabul edilmektedir¹¹⁹⁷. Halihazırda, İsviçre’de konuya dair yaklaşımın zaten oldukça katı olduğu görülmektedir. Buna somut bir örnek göstermek gerekirse, 24 Eylül 2019 tarihli kararında İsviçre Yüksek Mahkemesi, bir kamu iştirakinin tarafı olduğu tahkim anlaşmasıyla söz konusu devletin bağlı olup olmadığını değerlendirmek zorunda kalmıştır¹¹⁹⁸.

Bu uyuşmazlık, iki Türk şirketi ve bunların ortak girişimi (*joint venture company*) (“*Davacılar*”) ile Libya kamu teşekkülü arasında boru hattı inşaatına ilişkindir. Libya’da 2011 yılında gerçekleşen toplumsal olayların ardından ortak girişim çalışmaları askıya alınmış, çalışmalara devam edilmesi için taraflar arasında anlaşma sağlanamamıştır. Haliyle, Davacılar tarafından Libya kamu iştiraki ve Libya devletine karşı tahkim süreci

¹¹⁹⁵ Youssef, s. 81; Brekoulakis, **Third Parties**, para. 5.47 vd.; Philipp Habegger, “Arbitration and Groups of Companies – The Swiss Practice”, **European Business Organization Law Review**, 2002, Cilt 3 Sayı 3, 517-551, s. 535; *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, **IX Yearbook Commercial Arbitration**, 1984, 131, s. 136.

¹¹⁹⁶ Born, **Arbitration**, s. 101.

¹¹⁹⁷ Bkz. dn. 191, 1179 vd.

¹¹⁹⁸ Swiss Federal Tribunal, 24 September 2019, 4A_636/2018.

başlatılmıştır. Hakem heyeti, yetki hakkındaki ara kararında Libya devleti hakkında yargılama yetkisinin olmadığını, çünkü Libya'nın sözleşmede imzasının bulunmadığına karar vermiştir. Davacılar tarafından bu karara karşı Yüksek Mahkeme nezdinde kanun yoluna başvurulmuştur. Burada davacılar, **(i)** Libya hukuku uyarınca devletin kamu iştirakleri üzerinde gözetim ve denetimi bulunması nedeniyle Libya devleti ile söz konusu iştirakin aslında tek bir teşekkül oluşturduğunu, **(ii)** tahkim anlaşmasının İsviçre hukuku uyarınca da teşmil edilmesi gerektiğini, çünkü Libya devletinin sözleşmenin ifasında rol üstlendiğini ileri sürmüştür.

Yüksek Mahkeme özellikle, **(i)** söz konusu kamu iştirakinin tamamen devlet tarafından finanse edilmediğini, **(ii)** Libya Su İşleri Bakanlığının dahiliyetinin sadece Davacı'nın makine ve teçhizatlarının 2011 ayaklanmalarında uğradığı zararın giderilmesine yönelik olduğunu, **(iii)** Libya idari sözleşmeler düzenlemelerinin somut sözleşmeye uygulanamayacağını ve devletin mali denetleme kurulunun (Sayıştay) sözleşme müzakerelerine katılmadığını, **(iv)** uyuşmazlık konusu sözleşmenin genel halk komitesi veya başbakan tarafından incelenmediği veya onaylanmadığı şeklindeki hakem heyeti bulgularıyla bağlı bulunduğunu kabul etmiştir. Libya hukukunun yanlış uygulandığı iddiasına ilişkin olarak, hakemlerin Libya maddi hukuku uyarınca kamu iştiraklerinin verdikleri zararlardan devletin sorumlu olacağına dair düzenlemenin ilgili sözleşmedeki tahkim anlaşmasına devlet tarafından rıza gösterildiği olarak yorumlanamayacağına dair çıkarımı da tasdik edilmiştir. Gerçekten, maddi hukuka ilişkin bir yükümlülüğün teşmilinin, hakemlerin yargılama yetkisi üzerinde etkisi bulunmadığı ve devlet mahkemelerinin yargı yetkisini tek başına bertaraf edemeyeceği Yüksek Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.

Tahkim anlaşmasının İsviçre hukuku uyarınca teşmilinin değerlendirilmesinde Yüksek Mahkeme, sözleşmelerin şahsiliği prensibi uyarınca teşmilin ancak çok istisnai hallerde kabul edildiğini belirtmiştir. Bunun için de ancak sözleşmenin ifasında devletin esaslı faaliyeti ve bu esaslı faaliyetin tahkim anlaşmasının kabulü şeklinde

yorumlanabilecek olması gerekmektedir. Bu karar, tahkim anlaşmasının teşmilinde uygulamanın geliştirilmesine dair *büyük bir fırsatın kaçırılması* olarak görülmektedir¹¹⁹⁹.

Türk hukukunda TTK madde 202 ve 206 hükümleri tahkim anlaşmasının teşmili için zaten uygulanmamaktadır¹²⁰⁰. Ancak İsviçre yaklaşımı kadar katı olmamakla birlikte, yine hakkın kötüye kullanılması ilkesinin teşmilde esas rolü üstlendiği belirtilmektedir¹²⁰¹. Gerçekten Yargıtay, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle başka bir grup şirketine

¹¹⁹⁹ Simon Bianchi, “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories in Switzerland: The Supreme Court Sticks to Her Guns”, Kluwer Arbitration Blog, 2020.

¹²⁰⁰ Esen, **Teşmil**, s. 256; İlhan, s. 140; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 55. Zaten hakim ortaklığın hakimiyetini kullanması nedeniyle doğan zararın tazmini gibi hususları düzenleyen TTK madde 202 vd. hükümleri şirketler hukukuna ilişkindir. Ancak bir uyuşmazlık çözümü için öngörülen tahkim klozu (esas sözleşmede öngörülse bile) bundan tamamen bağımsız karakterde olup alacaklıların da buna tabi kılınmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 11. HD. 2015/14625 E. 2016/248 K. 13.01.2016 T.: “Dava hakim şirket ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılmış sorumluluk davasıdır. ... Davacı davasını TTK’nın 202. Maddesine dayandırmaktadır. ... davalıların ... ile arasında bağitlanan teknik bilgi ve marka lisans anlaşmasının 13. maddesine dayanarak tahkim itirazında bulundukları görülmektedir. Oysa davacının TTK’nın 202. maddesine göre davaya açmış olduğu davanın sorumluluk davası olduğu gerçeği karşısında, davalıların tahkim itirazlarının dayanağı olan sözleşmenin ve bu sözleşmenin tahkimi düzenleyen 13. maddesinin bu somut olayda uygulanması olanağı yoktur. Başka bir anlatım ile sözleşmedeki tahkime ilişkin düzenlemenin, TTK’nın 202 maddesindeki sorumluluk davasını kapsamadığının açıkça anlaşılması karşısında davalıların tahkim itirazlarının reddi ile yargılamaya devam edilerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken tahkim itirazının kabulü ile davanın usulden reddi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.”.

¹²⁰¹ Esen, **Teşmil**, s. 132; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 55.

tahkim anlaşmasının teşmiline karar verirken, ayrı tüzel kişiliğe dair savunmanın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını değerlendirmektedir¹²⁰².

Buradaki önerme, imza sahibi olmayanın davranışının sözleşmenin gerçek tarafına dair karşı tarafın kafasını karıştırdığı durumlarda mahkemelerin tahkim şartını ‘ *tarafların ortak niyetine*’ dayalı olarak imza sahibi olmayana da kapsayacak şekilde genişletmesi gerçeğiyle özellikle doğrulanmaktadır¹²⁰³. Bu çerçevede, aslında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tarafların makul beklentilerinin korunması ve/veya şirketler topluluğu kapsamında da karşılaşılabilmekle birlikte, burada *örtülü rıza* kavramının da ele alınması

¹²⁰² Yargıtay 19. HD. 2016/17898 E. 2017/3683 K. 11.05.2017 T.: “... takip ve dava konusu alacağın dayanağı belgeleri düzenleyenin dava dışı ... unvanlı şirket olması nedeniyle davacının dava ve taraf ehliyeti olmadığını, ... Cumhuriyeti menşeli davacı şirketin teminat göstermek zorunda olduğunu, taraflar arasında hukuki ilişki olmadığını, ...’nın muhatabının distribütörlük sözleşmesi gereği ... Motorlu Taşıtlar, İş ve Tarım Makineleri San. Tic. A.Ş. olduğunu ve adı geçen şirketler arasında tahkim şartı olup, tahkim aşamasında dahi davacı tarafın davalı şirketle aralarında hukuki ilişki bulunduğunu ileri sürmediğini, müvekkili şirket tarafından imzalandığı ileri sürülen proforma faturanın hukuki bir bağlayıcılığı bulunmadığını, müvekkili şirketin müşterek imza ile temsil ve ilzamu söz konusu iken proforma faturada tek imza bulunduğunu, müvekkili şirket ile ... Motorlu Taşıtlar A.Ş.’nin aynı grup çatısı altında bulunmasına yönelik beyanların tek başına perdenin aralanması müessesesinin uygulanabilmesine olanak sağlamayacağını, temerrüt koşullarının oluşmadığını savunarak davanın reddi ile lehlerine tazminata karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davacı ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar İş Tarım Mak. San. Tic. A.Ş. arasında distribütörlük anlaşması bulunduğu, bu sözleşme uyarınca 65 adet traktörün adı geçen şirkete davacı şirketçe teslim edildiği, davalı şirket ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar A.Ş.’nin ... grup bünyesinde faaliyet gösteren şirketler olduğuna yönelik davalı şirketin web sitesinde yer alan bilgiler ve dava dışı şirket hakkındaki tanıtım bilgileri, satımın gerçekleştiği 2008 yılında davalı şirket ile dava dışı şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı kişilerden oluşması, davalı şirket yönetim kurulu başkanı tarafından gazeteyle verilen “... Elektrik Büyüyen” başlıklı haberdeki “otomotiv sanayi olarak ... motorlu araçlar adı altında bir şirket kurduk. ... mermer madeni açısından zengin olduğu için bu alana da girdiklerini bildiren ...” şeklinde habere yansıyan beyanlar, davalı şirket adına görüşmeleri ve yazışmaları yürüten ...’nin ... isimli şahsa gönderdiği ve faturalara ... Motorlu Taşıtlar A.Ş. şirketinin teslim alan, davalı şirketin ise alıcı olarak yazılması ve ödemelerin ... Motorlu Taşıtlar... A.Ş. tarafından yapılacağına ilişkin e-posta içerikleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa dahi şirketler arasında iktisadi açıdan özdeşlik bulunduğu kanaatine varıldığından Türk Medeni Kanunu’nun 2. Maddesi göz önüne alınarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalı şirket ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar... A.Ş.’nin aynı grubun şirketleri olup şirketler arasında organik bir bağ olduğu, alacağın likit bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Yerel mahkemece davalı şirket ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar İş ve Tarım Makinaları San. ve Tic. A.Ş. arasında iktisadi açıdan özdeşlik bulunduğu gerekçesiyle somut olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de, dosya içeriğine göre taraflar arasındaki uyumsuzlukta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirir bilgi ve belgeye rastlanmamış olduğundan davalının ayrı tüzel kişilik olduğu ve dava konusu alacak ile ilgisi bulunmadığı yönündeki savunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru olmadığı gibi kabul biçimi açısından da hükmedilen yabancı paranın icra takip tarihindeki Türk Lirası karşılığı üzerinden icra inkar tazminatına karar verilmesi gerekirken yabancı para üzerinden tazminata hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.”.

¹²⁰³ Hanotiau, **Complex**, s. 44 vd.; Brekoulakis, **Third Parties**, para. 5.52; Redfern, **Redfern**, s. 104 vd.; Brekoulakis, **Third Parties**, s. 155-156.

faydalı olacaktır. Tahkim anlaşması veya şartı hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme teşkil etmekte, sözleşme hukukuna ilişkin prensiplerin tahkim sözleşmelerine de uygulanabildiği belirtilmektedir. Sözleşmelerin kurulmasında açık irade beyanı aranmadığı, irade beyanlarının örtülü de olabileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, tahkim anlaşmasına yönelik iradenin örtülü bir şekilde de ortaya koyulabileceği tereddütsüzdür¹²⁰⁴. Tartışmasız bir şekilde, bununla tahkim anlaşması olmamasına rağmen tahkim yargılamasının başlatıldığı durumda karşılaşılmaktadır. Ayrıca, başlatılan tahkim yargılamasına itiraz edilmemesi veya tahkim yargılaması sırasında bu durumun ileri sürülmemesi de şüphesiz tahkim anlaşmasına örtülü bir şekilde doğrudan rıza gösterildiği anlamına gelmektedir. Bu hallerde hakkın kötüye kullanılması ilkesine dahi başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Zira tahkim anlaşmasının görünüşte tarafı olmayan kişi, fiiliyatta tarafıdır.

Diğer taraftan, durum esasında maddi haklara ilişkin sonuç doğurması beklenen sözleşmelerde biraz daha tartışmalıdır. Tahkim sözleşmesinin usule müteallik bir sözleşme olduğu kabul edilmekte, maddi hukuka ilişkin sonuçların esas sözleşmeden bu yönüyle ayrı ele alındığı görülmektedir. Bazılarına göre, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı bakımından ayrılabilirlik ilkesinin de benimsendiği gözetilerek tahkim anlaşmasına ilişkin *örtülü rızanın* böyle hallerde daha farklı değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁰⁵. Tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan kişinin, tahkim anlaşması ile bağlı olduğunu ortaya koyacak davranışlarda bulunması aranmaktadır. Bu kapsamda şüphesiz dürüstlük kuralı da rol oynayacak, imza sahibi olmayanın objektif olarak ve bunun yanında kişisel özellikleri de dikkate alınarak subjektif bir şekilde değerlendirilmesiyle, yine karşı tarafta oluşan makul beklenti esas alınacaktır. Söz gelimi sözleşme müzakerelerini yürüten ve belirleyen kişinin tahkim iradesi taşıdığı sonucuna varılacak, ancak böyle bir vasfı olmayan kişinin tahkimle bağlı olmadığı iddia edilebilecektir. Burada davaya eşlik eden vakıalar değerlendirilecek, tarafların karşılıklı çatışan menfaatleri ve haklı beklentileri göz önünde bulundurularak hakkın kötüye

¹²⁰⁴ Born, **Arbitration**, s. 103; Park, **Arbitration**, s. 3; Esen, **Teşmil**, s. 237; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 211; MTK madde 4/2; Yargıtay 11. HD. 2003/6774 E. 2004/3751 K. 09.04.2004 T.; Yargıtay 19. HD. 2002/2249 E. 2002/7219 K. 07.11.2002 T.; Yargıtay 11. HD. 2003/6774 E. 2004/3751 K. 09.04.2004 T.; Yargıtay 11. HD. 1979/3855 E. 1979/4351 K. 02.10.1979 T.

¹²⁰⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2645; Kuru, 5937 vd.

kullanılması ilkesi yine makullük ölçütü ve dengeleme faktörü kullanılarak işlevselleştirilecektir¹²⁰⁶. Böylece örtülü rızanın bulunup bulunmadığı hususu değerlendirilecektir¹²⁰⁷.

Çelişkili davranış yasağı (estoppel teorisi) çerçevesinde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilebileceği izahtan varestedir¹²⁰⁸. Bu halde, tarafların karşılıklı makul beklentileri değerlendirilerek tahkim itirazında bulunmanın veya tahkime rıza göstermemenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği tespit edilmektedir.

Bunların yanında, buradaki karışıklık, imza sahibi olmayanların tamamen ihmalinden ve bunun sonuçları hakkında farkındalıklarının bulunmamasından kaynaklanabilir. Hatta kasıtlı olarak *kötü niyetle* kafa karışıklığı yaratılabilir. Her iki durumda da tahkim anlaşmasının teşmilini imzacı olmayanın niyetine veya rızasına dayandırmak, içerik olarak boş ve anlamsız görünmektedir.

Yukarıdaki ölçütlerin, tahkim anlaşmasının teşmilini talep eden tarafın beklentisinin oluşturulması ve makullüğünün değerlendirilmesi için sağlam bir temel oluşturduğu ileri sürülmektedir. Şirketler topluluğu içtihatlarında *meşru beklentiler* ve *dış görünüş* kavramlarından üçüncü kişiler üzerinde yargı yetkisinin tespitinde faydalanılmaktadır¹²⁰⁹. Beklentinin makullüğü, topluluğun kurumsal yapısı, imza sahibi olmayan mensup ile ilişkisi ve bu mensubun dava konusu sözleşmesel ilişkideki davranışına göre objektif olarak değerlendirilmektedir¹²¹⁰. Bu bağlamda, ilgili tarafların davranışlarının incelenmesinin ortak niyetleri ortaya koyduğunu savunan görüş '*ignoratio elenchi*' (alakası olmayan bir şeyden aslında doğru bir sonuç çıkarılması) kalmaktadır. Çünkü bu

¹²⁰⁶ Born, **Arbitration**, s. 103; Lew/Mistelis/Kröll, s. 150; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 464; Yargıtay 11. HD. 2000/9903 E. 2001/1170 K. 13.02.2001 T.

¹²⁰⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 280; Özdemir Kocasakal, **Teşmil**, s. 37 vd. Ayrıca bkz. dn. 1165 vd.

¹²⁰⁸ Born, **Arbitration**, s. 102; İlhan, s. 145 vd.

¹²⁰⁹ Youssef, s. 81.

¹²¹⁰ Ferrario, s. 651; Brekoulakis, **Third Parties**, para. 5.47; Hanotiau, **Complex**, s. 77-78.

yaklaşım tarafların varsayılan ortak niyetini ortaya koymamakta, ancak hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesine hizmet etmektedir.

Sonuç olarak, davaya ilişkin vakıaların ve imzası bulunmayanlar da dahil olmak üzere ilgili tarafların davranışlarının incelenmesi, bir başkasının aleyhine olarak şekilde kişinin önceki tavrıyla çelişkili davranışını engellemek ve sözleşmenin akdi sırasındaki doğru olmayan öznel varsayımları ve anlayışları düzeltmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Öğretide de hakkın kötüye kullanılması kavramının konuyla ilgili olduğu ve bu tür durumlarda dürüstlük kuralı, hakkaniyet ve objektif niyet kavramlarını esas alarak tahkim anlaşması taraflarının sübjektif niyetlerini düzeltmek veya desteklemekte şirketler topluluğu doktrininin hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle benzer işlevleri sağladığı belirtilmektedir¹²¹¹.

Nihayet, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, tahkim yargılamasının iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için tahkim şartının genişletilmesinde hayati bir önemi haiz olduğu ileri sürülmektedir. İlke, kurumsal perdenin kaldırılması durumlarında ve diğer durumlarda tarafların makul beklentilerini korumak ve yargılamanın adilliğini sürdürmek için açıkça desteklenmektedir. Tahkim mahkemeleri genellikle tarafların ortak niyetine dayanarak şirketler topluluğu doktrini temelinde imza sahibi olmayan bir kişiye tahkim şartını teşmil etmektedir. Diğer taraftan, hakem kararlarında esas incelemenin bir tarafın beklentisinin varlığını ve makullüğünü tespiti yönelik olduğu, buradaki makullük araştırmasının da hakkın kötüye kullanılması ilkesinin işleviyle büyük ölçüde örtüştüğü görülmektedir. 2022 ICSID Tahkim Kuralları'nın 14. maddesinde üçüncü kişi finansmanı bakımından doğrudan bu yaklaşımın benimsenerek teşmile imkân tanınmış olması, bu çıkarımımıza açıkça delalet etmektedir. Zira burada, borç finansmanı sağlayan kişinin

¹²¹¹ Born, *Arbitration*, s. 1455.

veya karşı tarafın (zaten ekonomik olarak güçsüz olup borç finansmanına ihtiyaç duyan taraftan) borcun ödenmesi ve tahsilatına yönelik meşru ve haklı menfaati korunmaktadır.

IV- TAHKİM YARGILAMASINDA İLKEYE NİTELİKSEL YAKLAŞIM

A- GENEL OLARAK

Tahkim adaletinin sağlanmasında kullanılabilecek klasik araçların ve mevcut hukuk kurallarının *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca hakemlerin emrinde olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, çeşitli yatırım anlaşmalarında, fiilen ekonomik faaliyeti bulunmayan kuruluşlar için *foyadaların reddine* ilişkin hükümler bulunmaktadır¹²¹². Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin açık bir yansıması olarak karşımıza çıkan mesela 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları madde 41 ve 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 39, hukuki dayanağı olmayan iddiaların yanında suistimal teşkil eden iddiaları/talepleri sınırlamaktadır¹²¹³. Tahkim tüzüklerindeki/kurallarındaki çeşitli hükümler, tahkimdeki aşırı gecikme ve taktikleri önleyebilmektedir¹²¹⁴. Tahkim mahkemeleri, bir tarafın kötü niyetli davranışlarına karşı masrafları bu tarafa tahmil edebilmektedir¹²¹⁵. *Derdestlik* ve *kesin hüküm* prensipleri, suistimal teşkil eden paralel veya müteakip yargılamaları sınırlamak için uygulanabilmektedir¹²¹⁶. Böyle hallerde, hakkın kötüye kullanılması ilkesi tek başına gereksiz görünebilir. Anılan prensip ve yaptırımlar köklü bir çözüm teşkil etmemesine rağmen sorunun geçici olarak giderilmesini sağlamakla beraber, uygulamada bunların yalnızca belirli suistimal biçimlerine ilişkin olduğu, mağdur tarafın telafisi ve tazmini bakımından büyük ölçüde yetersiz kaldığı görülmektedir. Mesela taciz edici davranışlarda bulunan tarafın masrafları üstlenmesine dair karara hakemler tarafından hükmedilebilmesine rağmen¹²¹⁷, bu şekilde bir uygulamanın tarafları veya onların hukuki

¹²¹² Yılmaz, *Faydaların Reddi*, s. 27 vd.

¹²¹³ Markert, s. 234 vd.; Eric de Brabandere, “The ICSID Rule on Early Dismissal of Unmeritorious Investment Treaty Claims: Preserving the Integrity of ICSID Arbitration”, *Manchester Journal of International Economic Law*, 2012, Sayı 9, 23, s. 24.

¹²¹⁴ İngiltere Tahkim Kanunu madde 41.

¹²¹⁵ Park, *Arbitration*, s. 458; Markert, s. 241.

¹²¹⁶ August Reinisch, “The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, Cilt 3 Sayı 1, 37-77.

¹²¹⁷ Örneğin bkz. *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award, para. 152.

danışmanlarını haklarını kötüye kullanmaktan veya usulsüz davranmaktan alıkoymakta yeterli olmadığı genel olarak kabul edilen bir durumdur¹²¹⁸.

Şüphesiz *derdestlik* prensibi paralel tahkim yargılamasında karşılaşılan riskleri gidermek için uygulanabilir¹²¹⁹. Bu prensibin uygulanabilmesinde tarafların, aranan çarenin ve uyuşmazlığın unsurları ile hukuki dayanaklarının aynı olması gerekmektedir¹²²⁰. Bununla birlikte, prensibin uluslararası tahkimde uygulanabilirliği de tartışmalıdır¹²²¹. Ayrıca, üçlü kimlik testinin katı koşulları da dikkate alındığında, özellikle de tarafların, dava nedenlerinin ve talep edilen telafinin aynı olmadığı hallerde paralel yargılamalarla ilgili muammaları çözmekte prensibin yeterli olmadığı ifade edilmektedir¹²²². *Derdestlik* prensibinin hakkın kötüye kullanılmasıyla mücadeledeki yetersizliği, yukarıda tartışılan *CME/Lauder* örneğinde açıkça görülmektedir¹²²³.

Benzer şekilde, *kesin hüküm* prensibi ile müteakip yargılamalara ilişkin belirli suistimal biçimlerinin önlenmesinde, yine üçlü kimlik testi karşılanmalıdır¹²²⁴. Dolayısıyla, üçlü kimlik testinin yaygın bir şekilde katı uygulanmasının¹²²⁵ başarısız olduğu kabul edilmektedir¹²²⁶. Haliyle, paralel yargılama konusu da dahil olmak üzere taciz içeren davranışlarla başa çıkmak için daha kapsamlı ve etkili bir ilke olarak hakkın kötüye kullanılması ilkesinin önemi vurgulanmaktadır¹²²⁷.

Ayrıca, anılan prensiplerin uygulamalarına tereddütsüz bir şekilde güvenmek mümkün gözükmemektedir. *Kesin hüküm* hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul

¹²¹⁸ Redfern, **Practice**, s. 244; Gaillard, s. 27; Price/Wilske, s. 184.

¹²¹⁹ Cremades/Madalena, s. 509; Pierre Mayer, "Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration", **Journal of International Dispute Settlement**, 2013, Cilt 4 Sayı 2, 407-419, s. 413.

¹²²⁰ Cremades/Madalena, s. 509-510.

¹²²¹ Born, **Arbitration**, s. 3793.

¹²²² Reinisch, **Multiple**, para. 26; ILA, **Report**, para. 5.6.

¹²²³ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award, para. 177.

¹²²⁴ Wehland, para. 6.110 vd.; *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, **ICSID** Case No. ARB/08/18, 7 February 2011, Award, para. 103; *Wasteful Management Inc. v. United Mexican States*, **ICSID** Case No. ARB(AF)/00/3, Decision, 26 June 2002, para. 39.

¹²²⁵ Wehland, para. 6.117; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 127 vd.

¹²²⁶ Wehland, para. 6.114 vd.; Dimsey, s. 96; Bernardo M. Cremades, "Introduction", ed. Bernardo M. Cremades/ Julian D M Lew, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Paris, ICC, 2005, s. 10.

¹²²⁷ McLachlan, s. 420 vd.; Cremades/Madalene, s. 538.

edilmekle birlikte¹²²⁸, çok yakın bağlantısına rağmen derdestliğin genel bir ilke teşkil edip etmediği tartışmalıdır¹²²⁹. ILA ve UNIDROIT tarafından tavsiye edilen şekliyle derdestliğin de hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²³⁰. Ancak uygulamanın henüz bu boyuta vardığı savunulamaz¹²³¹. Kaldı ki, uygulanmasındaki güçlük de göz önüne alındığında, genel ilke olarak kabul edilse dahi anılan prensiplerin hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle sağlanan faydayı karşılaması beklenemez.

Zaten, uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasında hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bulunmadığı iddiası büyük bir yanılgıdan ibarettir. Şimdiye kadar aktarılanlardan da görüldüğü üzere, ilke her zaman ve her yerde mevcuttur¹²³². Aslında ilke eski bir ilkedir, ancak hakemlerin gerçek adaleti arama ve tahkim adaletinin iyi yönetimini sağlama isteği dikkate alındığında, uluslararası tahkimdeki kullanımı giderek artmaktadır. *Himpurna v. Persero* uyuşmazlığında hakem heyeti tarafından bu durum “[Hakkın kötüye kullanılması] ilkesi eskidir. Cicero’nun *summum jus, summa injuria*’sını hatırlamak yeterlidir. Bir kuralın körü körüne uygulanmasının adaletsiz sonuçlara yol açabileceğini savunmak, hukukun göreceli güç ilişkilerini tasdikinden veya statükoyu belirsiz bir şekilde pekiştirmekten fazlasını yapamaması durumunda adalet arayışının başarısız olacağını kabul etmektir. Bu nedenle, belirli bir hakkın kullanılması, hukuku aşılamaktaysa engellenebilir.” şeklinde ifade edilmiştir¹²³³.

Bu bağlamda, uluslararası tahkim mahkemeleri, hakkın kötüye kullanılması ilkesine etkin bir şekilde başvurarak adaletin iyi yönetimi için çeşitli suistimal biçimleriyle mücadele etmektedir. İlke, hakemlere esnek bir araç sunarak usule ilişkin suistimalin farklı türleriyle başa çıkmalarını sağlamaktadır. İlkenin farklı hukuki konulara

¹²²⁸ Cheng, s. 337; Wehland, s. 178.

¹²²⁹ McLachlan, s. 346; Gölcüklü, s. 17.

¹²³⁰ McLachlan, s. 354.

¹²³¹ Wehland, s. 194; Gölcüklü, s. 19.

¹²³² Far, s. 280.

¹²³³ *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, UNCITRAL, Ad hoc Arbitration, 4 May 1999, Final Award, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, 11, s. 92.

uygulanabilirliği¹²³⁴, sağladığı avantajlar nedeniyle uluslararası tahkimde vazgeçilmez bir rol oynadığını göstermektedir¹²³⁵.

Bir hakkın kötüye kullanılmasının gerçekten herhangi bir katı hukuk kuralını ihlal etmediği düşünülürse, klasik hukuki araçların bu durumla başa çıkamayacağı söylenebilir¹²³⁶. İlkenin işleyişi fiilin katı kurallara uygun olduğunu varsaydığından, katı kanunların/kuralların ihlali boyutuna varmayan her tür kötüye kullanımın üstesinden gelinmesi için yeterlidir. Yargılamanın iyi yönetimi açısından hakkın kötüye kullanılması şeklinde genel bir ilkenin kabulünün önemi, sadece kapsayıcılığı ve diğer kuralların çözemediği suistimal biçimlerini düzeltme kabiliyetinden ibaret değildir. İlkenin cazipliği aynı zamanda, hiçbir kuralla düzenlenmemiş her türlü kötüye kullanımı eşit şekilde giderebilecek genel bir ilke olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır¹²³⁷.

Byers'ın da belirttiği gibi “*İlke sayesinde hukukun esnekliği teşvik edilmektedir. Hızlı ve geniş kapsamlı bir şekilde değişmeye devam eden uluslararası toplumda, hakkın kötüye kullanılması gibi eski hukuki prensipler, hukukun henüz düzenlenmemiş alanlara sirayet etmesini ve ortaya çıktıkça boşlukların doldurulmasına yardımcı olmaktadır. Uluslararası hukukçular yirmi birinci yüzyılın zorluklarıyla başa çıkmak için hızla ilerlerken, en temel araçlardan biri olan hakkın kötüye kullanılması ilkesini geride bırakmamak akıllıca olacaktır.*”¹²³⁸. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılması ilkesi, tahkim yargılamaasının iyi yönetilmesini sağlamak için büyük önem taşımaktadır. Belirli suistimal biçimleriyle mücadele etmek için en güçlü tezahürlerini çeşitli ilke ve kurallarda belirginleştirebilse de her türlü suistimalle başa çıkmak için hakkın kötüye kullanılması yasağını bir ilke olarak kabul etmek kaçınılmaz gözükmektedir.

Uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin önemini böylece kabul ettikten sonra, ilkenin niteliğini ve işlevini ayırt etmek adeta mutlak bir zorunluluktur. Bu kapsamda öncelikle, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukuki

¹²³⁴ Bkz. dn. 370 vd.

¹²³⁵ Sheppard, s. 235; McLachlan, s. 420 vd.; Shany, **Competing**, s. 259.

¹²³⁶ Gaillard, **Abuse**, s. 18.

¹²³⁷ Ascensio, s. 765 vd.

¹²³⁸ Byers, s. 431.

dayanaklarının ortaya konulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, *hakemler belirli bir hakkın tanınmasını uygulamak veya reddetmek için hakkın kötüye kullanılması ilkesinden faydalanmayı seçerlerse, bunu tahkim hukukunun genel bir ilkesi olarak mı yoksa yalnızca geçerli maddi ve/veya usul hukukunun bir parçası olarak mı uygulayarak sorusuna cevap verilmelidir.*

İkinci olarak, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslar ötesi doğası ve uygulamasının genelliği kabul edilirse, ilkenin uluslararası tahkimde nasıl işlediğini açıklamak zorunlu hale gelecektir. Bu kapsamda ilkenin uygulanması, geçerli ulusal/uluslar ötesi hukukun bir parçası olduğu durumlarla sınırlı mıdır, yoksa uluslar ötesi kamu düzeninin bir ilkesi olarak mı görülmelidir? Yerel düzenlemeler ve özel hukuk ilkeleri sayesinde, uluslararası hukuk doktrininde ve uygulamasında her yerde mevcut hale gelen birçok uluslar ötesi norm ve ilke benimsenmiştir¹²³⁹. Dolayısıyla burada gündeme getirilen mesele, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin *uluslar ötesi bir ilke* seviyesine ilişkindir.

Hakların kötüye kullanılması ilkesinin genel bir hukuk ilkesi teşkil edip etmediğini ve uluslar ötesi niteliğini tespit etmek için buraya kadar esas alınan metodoloji benimsenecektir. Hukukun genel ilkelerini belirlemek için hukuk felsefesi ve içtihatlarda kabul edilen en çok kullanılan ölçüt olarak ilkenin genelliği, yani farklı hukuk sistemlerince kabul edilip edilmediği incelenecektir. Ayrıca, yeknesak ve tek tip düzenlemeler gibi uluslararası hukuki belgelerde ve/veya tahkim kararlarında ortaya çıktığı şekliyle, önde gelen hukukçular tarafından da kabul edilen hakkın kötüye kullanılması ilkesi algısına da aynı şekilde ışık tutulması amaçlanmaktadır¹²⁴⁰. Bu metodoloji özellikle uluslararası tahkim alanında kullanılmaktadır: “*Tahkim bağlamında, bir önermenin genel bir ilke olarak kabul edildiğinin en iyi göstergesi, ilkenin tahkim*

¹²³⁹ Ellis, s. 950; Harold C. Gutteridge, “Comparative Law and The Law of Nations”, **British Year Book of International Law**, 1944, Sayı 21, 1, s. 1.

¹²⁴⁰ Note, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration”, **Harvard Law Review**, 1988, Sayı 101, 1816, s. 1824-1825.

makamları ve bilim insanları tarafından sık sık gündeme getirilmesi ve taraflarca tanınmasıdır”¹²⁴¹.

Yukarıda anlatılanların incelenmesi, ticari tahkim ve yatırım tahkiminde öğreti ve uygulama ele alınarak sağlanacaktır. Şimdilik, ilkenin özellikle yatırım tahkimi davalarında sıklıkla ele alındığı belirtilebilir. Dolayısıyla ilkenin niteliğine dair herhangi bir çıkarımın, uluslararası ticari tahkimde de geçerli olduğu çıkarımı yapılabilir.

Bununla birlikte, belirli bir ilkenin genel bir hukuk ilkesi olarak kabulünde genellikle ‘genel hukuk ilkesi’ kavramının maddi hukuka ilişkin ilkeleri ifade ettiği, böylece usuli ilkelerin göz ardı edildiği görülmektedir¹²⁴². Burada hem maddi hem de usuli hakların kötüye kullanımı ele alındığından, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin maddi hukuk boyutunun yanı sıra, tahkim usulüne ilişkin boyutu ayrıca ele alınmalıdır. Akabinde, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin emredici niteliği ele alınacak, yani uygulanacak hukuk kuralını geçersiz kılmaya muktedir uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi olarak veya yalnızca hakemlerin ilkeye başvurmakta yetkili olduğu durumlarda genel bir ilke olarak uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilecektir.

B- GENEL HUKUK İLKESİ BOYUTU

1- Genel Bakış

Uluslararası tahkim yargılamasının temel dayanağı teşkil eden irade özerkliği çerçevesinde taraflar, tahkim yargılamasına uygulanacak usulün yanında esasa ilişkin uygulanacak hukukun belirlenmesinde de büyük bir serbestiye sahiptir¹²⁴³. Ancak bu irade özerkliği, çeşitli kısıtlamalara tabidir. Bu kısıtlamaların etkisi ise şüphesiz kaynağına göre tahkim yargılamasına farklı şekillerde yansımaktadır. Uluslararası tahkim yargılamasında (özellikle ticari tahkim bakımından) irade serbestisi karşımıza en geniş kapsamıyla

¹²⁴¹ **Ibid.**

¹²⁴² Kurkela/Turunen, s. 5 vd.; Charles Molineaux, “Applicable law in arbitration: The coming convergence of civil and Anglo-Saxon law via Unidroit and Lex Mercatoria”, **Journal of World Investment and Trade**, 2000, Cilt 1 Sayı 1, 127-135, s. 130.

¹²⁴³ Bkz. dn. 676 vd.

çıkmakta olduğundan, burada değerlendirilecek herhangi bir kısıtlamanın aslında irade serbestisinin sınırlandırılmasında en dış katman olduğu ifade edilebilir¹²⁴⁴. Yukarıdaki bulgularımıza da paralel bir şekilde, tahkim yargılamasında irade serbestisini sınırlayan kural ve prensiplerin hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde genel itibariyle benzerlik taşıdığı, tarafların usul veya esasa ilişkin hukuk seçiminden bağımsız olarak bu hususların irade serbestisini küresel olarak kısıtladığı belirtilebilir.

Esasa ilişkin kısıtlamalar bir tarafa bırakılacak olursa, özellikle usule ilişkin düzenlemelerde başvuru ölçütleri hakkında bir fikir birliği bulunduğu, hatta bunların *lex mercatoria* kapsamında olduğu ileri sürülmektedir¹²⁴⁵. Uluslararası tahkimde usule ilişkin kısıtlamalar aslında çoğu zaman iç hukukta adil yargılamayı temin eden, hedef ve özellikleri itibariyle de devlet mahkemeleri yargılamalarını düzenleyen ölçüt ve tedbirlerdir¹²⁴⁶. Haliyle bu kısıtlamaların işlevsel eş değerleri tahkim hukuku için de yaygın bir şekilde kabul edilmekle birlikte, devlet yargılamalarına ilişkin ulusal hukuka tabi bir şekilde getirilen kısıtlamaların, uluslararası yargılama faaliyetinde uygulanması sorunludur. Bu sınırlamaların varlığını doğrudan kabul etmek yerine, tahkim hukukuna yansımalarının değerlendirilerek sınırlamalar yeniden ele alınmalıdır.

Bu çerçevede, tahkim hukukunda bu sınırlamaların yansımalarındaki farklılık tartışılmalıdır. Çeşitli ölçütlerin temin ettiği amaçların gerek ulusal hukukta gerekse de tahkim yargılamasında benzerlik göstereceği açıktır¹²⁴⁷. Bununla birlikte, devlet ve tahkim yargılamaları yanında yerel ve ulusal yargılamalar arasında içsel ve yapısal farklılıklar göz önüne alındığında, tahkim yargılamasında irade serbestisine getirilecek herhangi bir sınırlamanın da uluslararası tahkim yargılamasının işlevselliğini zedelememesi gereği, bu sınırlamaların dar yorumlanmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Örneğin, adil yargılanmaya ilişkin mülahazaların devlet yargılamasına kıyasla uluslararası tahkim yargılamasında daha sınırlı bir etki alanı olduğu kabul edilmektedir¹²⁴⁸. Özellikle uluslararası tahkim yargılamalarında benimsenebilen çok çeşitli yöntemler, kısıtlamaların

¹²⁴⁴ Strong, s. 1103.

¹²⁴⁵ Petrochilos, s. 110; Ayoğlu, *Lex Mercatoria*, s. 128.

¹²⁴⁶ Strong, s. 1082.

¹²⁴⁷ Strong, s. 1085.

¹²⁴⁸ Park, *Procedural Integrity*, s. 168; Bantekas, s. 162.

değerlendirilmesinde farklı görüşlerin doğmasına da yol açmaktadır. Başka bir örnek olarak çevrimiçi tahkim yargılamaları da verilebilir. Bu konudaki düzenlemelerde, tarafların irade serbestilerinin devlet yargılamalarından öte standart tahkim yargılamalarından dahi daha farklı ele alınması ve bu çerçevede herhangi bir kısıtlamanın da daha dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹²⁴⁹.

Yargılama faaliyeti yürütülürken farklı kural ve ilkelere dayanılabilir. Bunlardan bazıları hukuk kuralı olarak işlev görmektedir, diğerleri ise ilke düzeyinde bulunmaktadır. Ronald Dworkin, “*Taking Rights Seriously*”¹²⁵⁰ başlıklı etkileyici eserinde ilkeyi, “*arzu edilen ekonomik, politik veya sosyal bir durumu temin edeceği veya güvence altına aldığı için değil; aksine adaletin, hakkaniyetin veya ahlakın başka bir boyutunun gereği*” olarak tarif etmektedir¹²⁵¹. İlkenin tanımlamasını ortaya koymak amacıyla Dworkin tarafından *Riggs v. Palmer* davasına¹²⁵² atıfta bulunulmuştur. Bu uyuşmazlıkta bir vasiyet alacaklısı, mirasa kavuşmak için büyükbabasını öldürmüştür. Mahkeme tarafından vasiyetnameye ilişkin hukuki düzenlemelerin katı bir şekilde okunması halinde katilin vasiyeti alması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak bu kanuni hakkın uygulanması reddedilerek çeşitli ilkelere başvurulmuştur. Kararda “*sözleşmeler de dahil tüm hukuk kuralları ortak hukukun genel ve temel ilkelerine tabidir. Hiç kimsenin kendi hilesinden çıkar sağlamasına, kendi yanlışından faydalanmasına, kendi kötülüğünden hak iddia etmesine veya kendi suçundan mal edinmesine izin verilemez*” hükmüne yer verilmiştir. Bu karar, yalnızca ilkelerin anlamını göstermekle yetinmediği ve aynı zamanda hukuki bir ilke olarak hakkın kötüye kullanılmasının nitelik ve işlevini de açıkladığından, özel bir önemi haizdir. Böylece yasal veya sözleşmesel hakların mutlak olmadığı, koşullardan bağımsız olarak geçerli olmadığı görüşü güçlenmiştir. Yani haklar, ilkelere göre şekillenerek uygulamalarında farklı boyutlara erişmektedir. Mahkeme, vasiyet

¹²⁴⁹ Baert, s. 56.

¹²⁵⁰ “Hakları Ciddiye Almak.”

¹²⁵¹ Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Yeniden Baskı, Londra, Bloomsbury, 2013, s. 39.

¹²⁵² *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506, 22 N.E. 188 (1889), atf. **Ibid.**

alacaklısının söz konusu davranışı gözetilerek haklı bir şekilde söz konusu hakkın uygulanmasına müsaade etmemiş, bunun adaletsiz olacağı kanaatine varmıştır.

Bu çerçevede, bir ilkenin genellikle ahlaki normlar veya diğer hakkaniyet ve adalet mülahazalarının gerektirdiği geniş bir standardı içerdiği ve belirli bir kuralı kontrol etmek veya değiştirmek için işleyebileceği görülmektedir¹²⁵³. Bu yaklaşım hakkın kötüye kullanılması ilkesinin doğası ve işlevini, yani ahlaka dayanan¹²⁵⁴ düzeltici işlevi¹²⁵⁵ ile hakkaniyet ve adalet çerçevesinde kapsamlılığını büyük ölçüde yansıtmaktadır¹²⁵⁶. İlke, mevzu hukukun katılığının giderilmesinde yumuşatıcı ve iyileştirici yaklaşımıyla düzeltici işlevini açıkça göstermektedir¹²⁵⁷. Bu bakımdan, *‘kimsenin kendi yanlışından menfaat veya çıkar sağlamasına izin verilemez’* düsturu hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bir uygulaması olarak algılanmaktadır¹²⁵⁸.

Hukuk kuralları ve ilkeler karşılaştırılırken, kurallardan farklı olarak ilkelerin belirli ve bilinen bir sonuca doğrudan varmayı zorunlu kılmadığı belirtilerek, yalnızca birbiriyle yarışan diğer ilkelerin de gözetilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁵⁹. Menfaatlerin veya ilkelerin çeliştiği/yarıştığı haller, dengeleme faktörü çerçevesinde ilkeler tarafından daha yoğun desteklenen sonuç seçilerek çözümlenmektedir¹²⁶⁰. Dworkin tarafından da bu durum *“İlke, bir doğrultuyu savunan ancak belirli bir kararı gerektirmeyen bir gerekçedir. ... Diğer yönü savunan başka ilke veya politikalar olabilir. ... Bu durumda benimsenen ilke geçerliliğini yitirmekle birlikte, hukuk düzeni tarafından dışlanmış olmayacaktır. Çünkü çelişen hususların yokluğunda veya diğer ilkenin daha hafif kalacağı başka bir durumda benimsenen ilke belirleyici olabilir. Bir ilkenin bir hukuk düzeni tarafından kabulünden kastedilen, eğer ilgiliyse ilkenin söz konusu değerlendirmeyi nasıl*

¹²⁵³ **Ibid.**

¹²⁵⁴ Gordley, **Abuse**, s. 34; Gutteridge, **Abuse**, s. 22; James B. Ames, “Law and Morals”, **Harvard Law Review**, 1908, Sayı 22, 97, s. 110.

¹²⁵⁵ Voyame/Cottier/Rocha, s. 48.

¹²⁵⁶ Cueto-Rua, s. 996-997. Ayrıca bkz. dn. 22, 659.

¹²⁵⁷ Yiannopoulos, **Abuse**, s. 1195.

¹²⁵⁸ Duarte G. Henriques, “Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations”, **Arbitration International**, 2015, Cilt 31 Sayı 2, 349-362, s. 357.

¹²⁵⁹ Dworkin, s. 42.

¹²⁶⁰ Scott J. Shapiro, “The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed”, **Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 77**, 2007, s. 9.

etkilediğinin yetkililer tarafından dikkate alınması gereğidir.” şeklinde ifade edilmektedir¹²⁶¹.

İlkenin bu şekilde tasviri, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin doğasını ve işlevini de teyit etmekte ve pekiştirmektedir. Daha önce bahsedildiği üzere, hakkın kötüye kullanıldığının tespitinde yargı makamları çatışan çıkarları dikkatli bir şekilde belirlemek için dengeleme faktöründen faydalanmaktadır¹²⁶². Çünkü çeşitli koşullar, değişik yaklaşımların benimsenmesini ve yarışan farklı ilkelerin uygulanması sonucunu doğurabilir. Ayrıca, ilkelere ilişkin uygulamaların ihtiyaçlara göre şekillenmesi, kuralların da düzenlenmesini/yenilenmesini temin etmektedir, kurallar ile adalet arasındaki bağlantının korunmasını sağlayarak bir köprü görevi üstlenmekte ve ahengin korunmasını sağlamaktadır.

İlke kavramı böylece tanımlandıktan sonra, hukukun genel ilkelerinin de ele alınması gerekmektedir. Çünkü hukukun genel ilkeleri hukuki bir terim olarak çeşitli boyut ve işlevlere sahiptir. Özellikle uluslar ötesi boyutuyla hukukun genel ilkeleri, köklerini farklı hukuk düzenlerinde bulan ve hukuk düzenleri tarafından kabul edilen prensipleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bağlamda hukukun genel ilkeleri bir kanunlar ihtilafı uygulaması olarak karşımıza çıkmakta¹²⁶³, belirli bir hukukun seçilmemesi veya seçiminden kaçınılması için genellikle diğer devletler tarafından kabul edilen ilkeleri yansıtmaktadır. Paydaşları tarafından geliştirilen ticari örf-adet hukukunu ifade eden *lex mercatoria*’dan farklı olarak hukukun genel ilkeleri, ulusal hukuk düzenlerinden kaynaklanan ve karşılaştırmalı hukuk incelemesi aracılığıyla tanımlanan prensiplerdir¹²⁶⁴.

Özellikle Kıta-Avrupası hukuk düzenlerinde geçerli olmakla birlikte, hukukun genel ilkeleri hukukun kaynağı olarak da görülebilir. İçtihat hukukunun sadece kanaate ilişkin ikna edici gücü haiz olması çerçevesinde, hukukun genel ilkeleri düzenlemelerde

¹²⁶¹ Dworkin, s. 42.

¹²⁶² Bkz. dn. 449 vd.

¹²⁶³ De Ly, 1992, para. 295, 476.

¹²⁶⁴ Emmanuel Gaillard, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths”, **World Arbitration & Mediation Review**, 2011, Cilt 5 Sayı 2, 161, s. 162.

veya teamülde var olan bir boşluğu doldurmakta kullanılabilir¹²⁶⁵. Bunun yanında, genel hukuk ilkelerinin hukukun kaynağı olmadığı, hukuk kurallarının oluşturulmasına zemin sağladıkları için sadece yol gösterici olduğu da ifade edilmektedir. Böylece, hukukun genel ilkelerinin özellikle karar alma sürecinde rastlanılan boşlukları sürekli doldurarak hukuk düzenlerini geliştirecek şekilde işlediği belirtilmektedir¹²⁶⁶. Bu bakımdan ilkelerin en önemli işlevinin, kuralların genişleyen kapsamına hukuki meşruiyet kazandırmak olduğu ileri sürülebilir¹²⁶⁷. Örneğin, taraflar arasında eşitlik öngörülen bir kuralda yargı süreci gerekliliklerine riayet, savunma hakkının temin edilmesi, makul sürede yargılanma gibi zorunlu unsurların da ele alınmasını sağlamaktadır¹²⁶⁸. Söz konusu kuralın sadece eşitliğe ilişkin dar kapsamının, diğer ilkelerin göz ardı edilebileceği şekilde doğru olmayan biçimde yorumlanmasının böylece önüne geçilmektedir.

Nihayet, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukta da hayati önemi haiz olduğu, yargılamada bir kaynak olarak hukukun genel ilkelerine atıfta bulunan ICJ Tüzüğü'nün 38. maddesiyle de ortaya konmaktadır. Burada atıfta bulunulan ilkeler, yerel hukuk düzenlerinde genellikle benimsenen kural ve prensipleri ifade etmek için kullanılmaktadır¹²⁶⁹. Bunlarla paralel ve öz şekilde, *Cheng* de uluslararası hukukun aslında genel ilkelere dayandığını, uluslararası hukuk uygulamasının bundan ayrılamayacağını belirtmektedir. Hukukun genel ilkelerinin işlevini **(i)** hukuk kurallarının kaynağı, **(ii)** hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında rehber, **(iii)** hukuk kuralı bulunmadığı hallerde doğrudan uygulanan esas olmak üzere üç ana başlık altında kategorize etmektedir¹²⁷⁰. *Crawford* ise bunları “devletler arası ilişkilere

¹²⁶⁵ De Ly, 1992, s. 194.

¹²⁶⁶ **Ibid.**

¹²⁶⁷ Kolb, s. 795.

¹²⁶⁸ Bozkurt, s. 387; MTK madde 15/1/G.

¹²⁶⁹ Çoğu hukuk sisteminde bu maddenin bulunduğu hakkında bkz. De Ly, 1992, s. 199; Ellis, s. 954 vd.

¹²⁷⁰ Cheng, s. 390.

uygulanabildikleri ölçüde özellikle özel hukuka ilişkin olan yerel prensipler” olarak ifade etmektedir¹²⁷¹.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesi çalışmamız kapsamında sırasıyla teorik olarak ve tahkim uygulaması boyutuyla ortaya konulmuş, hukukun genel ilkeleri de burada kısaca açıklanmıştır. Artık hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslararası tahkimdeki niteliğinin ortaya konulmasının mümkün olduğu düşünülmektedir. Uluslararası tahkimde irade özerkliği esassından hareketle, tahkim mahkemelerinin tarafların hukuk seçimine riayet ettiği görülmektedir¹²⁷². Eğer taraflarca böyle bir seçim bulunmamakta ise, hakem heyetinin uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ve/veya ilkeleri belirlemesi gerekmektedir¹²⁷³. Her hâlükârda, taraflar veya tahkim mahkemeleri tarafından uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak çoğu zaman ulusal maddi hukuk kuralları değil, bunun yerine uluslar ötesi maddi hukuk kurallarının veya ilkelerinin seçilmektedir¹²⁷⁴. Böylece taraflar, aralarındaki sözleşmesel ilişkinin herhangi bir ulusal hukuk düzeninin tikelliğinden arındırılarak uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun düzenlemeler çerçevesinde ele alınması imkânına kavuşmaktadır¹²⁷⁵. Ayrıca, hukukun genel ilkeleri veya uluslar ötesi ilkelerin uygulanması, çoğu tahkim tüzüğü veya kurallarındaki “*rule of law*” atfıyla pekiştirilmektedir¹²⁷⁶. Ayrıca bu konu özellikle ILA’nın 1992 tarihli önergesinde ele

¹²⁷¹ Redfern, **Redfern**, para. 3.134; James Crawford, **Public International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 34 vd.

¹²⁷² Lew/Mistelis/Kröll, s. 417-418; Note, s. 1817.

¹²⁷³ Linda Silberman/ Franco Ferrari, “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong”, ed. Franco Ferrari/ Stefan Kröll, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Sellier, 2010, s. 264.

¹²⁷⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 448 vd.; Note, s. 1819; Gaillard/Savage, s. 879 vd.; Michael Mustill, “The New Lex Mercatoria: The Next Twenty-five Years”, **Arbitration International**, 1988, Cilt 4 Sayı 2, 86-119, s. 98.

¹²⁷⁵ ICC Case No. 8385 of 1995, 124 **Clunet** 1997, 1015, p. 1061-1066.

¹²⁷⁶ Born, **Arbitration**, s. 2662; Lew/Mistelis/Kröll, s. 452. Örneğin bkz. MTK madde 12/C; UNCITRAL Model Kanunu madde 28; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 21; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 22; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 28; 2023 SCC Tahkim Kuralları madde 27; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 35. Ayrıca bkz. ICC Case 3540 of 1980, **VII Yearbook Commercial Arbitration**, 1982, 124, s. 128 (*lex mercatoria*); ICC Case No. 3131 of 1979, **IX Yearbook Commercial Arbitration**, 1984, 109, s. 110 (1984) (*lex mercatoria*); ICC Case No. 3380 of 1980, **VII Yearbook of Commercial Arbitration**, 1982, 116.

alınmış ve hukukun genel ilkeleri gibi uluslar ötesi ilke ve kurallara dayanan kararların tenfiz edilebileceği belirtilmiştir¹²⁷⁷.

Hukukun genel ilkelerine dair müspet yaklaşım, uluslararası tahkim uygulamasında da görülmektedir¹²⁷⁸. Tahkimin dayanağı irade özerkliği en açık karşılığını tahkim anlaşmasında bulmakta, bu anlaşmanın geçerliliği de en basitinden hukukun temel ilkelerine aykırı olmamasında yatmaktadır. Örneğin, Yargıtay tarafından taraflardan sadece birine tahkime başvurma hakkı tanıyan *asimetrik tahkim anlaşması*, hukukun genel ilkelerine aykırılık nedeniyle geçersiz addedilmiştir¹²⁷⁹. Böylece, genel ilkelerin uluslar ötesi sözleşme hukukunun özünü temsil ettiği düşünülürse¹²⁸⁰, taraflarca bunlara açıkça atıfta bulunulmamasına rağmen hakemlerin bu ilkeleri uyguladığı vakidir¹²⁸¹. Tarafların uygulanacak bir hukuk belirlemediği durumlarda hakemlerin hukukun genel ilkelerine başvurabilmeleri, tahkim hukukunda irade serbestisine tabi bir durum zaten değildir¹²⁸².

Yeni bir genel ilkenin tespiti, söz konusu ilkenin farklı hukuk sistemlerindeki varlığının incelenmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte, ilkenin tüm hukuk sistemlerinde tanınmasının da gerekli olmadığı belirtilmelidir. Tüm hukuk düzenlerinde ilkenin bulunmasının aranması, hakemin özel hukukta bulunan bir ilkeye başvurmasını engellediği için ne gerekli ne de pratiktir¹²⁸³. Dolayısıyla, tüm hukuk düzenlerinde tanınma yerine ulusal düzenlemelerdeki hakim eğilim tespit edilmelidir¹²⁸⁴. Bu amaçla *Gutteridge*, daha geniş kapsamlı bir yorum tercih edilmesi gerektiğini, tüm hukuk sistemlerindeki bir kuralın kesin benzerliğinde ısrar etmenin imkânsız olacağını, özel hukuk kaynakları ve

¹²⁷⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 455.

¹²⁷⁸ Örneğin bkz. 2002 Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri madde 1.101; Berger, **Lex Mercatoria**, s. 108; Michael Joachim Bonell, “A ‘Global’ Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative”, **Arbitration International**, 2001, Cilt 17 Sayı 3, 249, s. 249.

¹²⁷⁹ Yargıtay HGK 1999/19-467 E. 1999/489 K. 09.06.1999 T.

¹²⁸⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 463.

¹²⁸¹ Bonell, **Andersen**, s. 249.

¹²⁸² Gaillard, **Myths**, s. 164-166.

¹²⁸³ Nolan, s. 510.

¹²⁸⁴ Emmanuel Gaillard, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, **ICSID Review**, 1995, Cilt 10 Sayı 2, 208-231; Emmanuel Gaillard, **Legal Theory of International Arbitration**, Martinus Nijhoff, 2010, s. 48-51.

kıyasına başvurulmasının etkisini ve değerini ciddi biçimde azaltacağını, hatta yok edeceğini savunmaktadır¹²⁸⁵.

ICJ Tüzüğü'nün 38. maddesinde yer alan '*genel*' terimi, bir ilkenin tüm hukuk düzenlerinde olmasa da çoğunda tanınmasını ifade ettiği ve bir ilkenin genel bir ilkeye yükselmesinde ilkenin uygulanmasının bu düzenlerden herhangi birinin temel kavramlarına aykırı düşmemesi olarak değerlendirilmektedir¹²⁸⁶. Böylece, uluslararası tahkim hukukunun da uluslararası çok taraflı antlaşmalar, ikili yatırım anlaşmaları ve *lex mercatoria*'nın yanında hukukun genel ilkelerini de kapsayacak şekilde çok katmanlı bir yapı üzerine dayandığı kabul edilmektedir¹²⁸⁷.

2- Maddi Hukuk

Yerleşik irade özerkliği uyarınca, taraflar aralarındaki ilişkinin esasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler¹²⁸⁸. Bu bakımdan esasa ilişkin uygulanacak hukukun belirlenmesinde, uyuşmazlık konusu ile esas (*merits*) ayrımı yapılması zorunludur. Zira uyuşmazlık konusuna ilişkin belirlemede emredici düzenlemeler söz konusu olup bu durum konu bakımından elverişlilik kavramı¹²⁸⁹ altında ele alınmaktadır ve çalışmamız itibariyle incelememiz kapsamında değildir. Ayrıca, esas ile usuli konuların da ayrımı yapılmalıdır. Usuli konuların kapsamına şüphesiz yargı yetkisi, hakemlerin atanması, heyetin teşekkülü, tahkim yargılaması süreci gibi hususlar girmektedir. Burada ele alınacak şekliyle maddi hukuk veya esas kavramından iddialar, savunmalar, bunlara

¹²⁸⁵ Gutteridge, **Comparative**, s. 4-5.

¹²⁸⁶ Gutteridge, **Comparative**, s. 4-5; Lenaerts, s. 1124.

¹²⁸⁷ Bradford Gentry/ Jennifer Ronk, "International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy", **From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy**, 2007, 25-78, s. 53.

¹²⁸⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 275 vd. Ayrıca bkz. dn. 700, 1287.

¹²⁸⁹ Örneğin bkz. MTK madde 15/A/2(a).

ilişkin beyan ve iddialar ile uyuşmazlık konusu dışındaki hususlarda hakemlerin hukuki değerlendirmesi anlaşılmalıdır¹²⁹⁰.

Bu anlamda esasa uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasında uygulanacak hukuktan farklıdır. Esasa uygulanacak hukukun açıkça usul hukuku olarak da kararlaştırılmadığı hallerde bu sonuca varmaktan kaçınılmalıdır¹²⁹¹. Tarafların esasa uygulanacak hukuku seçebileceği bu şekilde kabul edilmekle, yukarıda da ele alındığı gibi, tarafların irade serbestisi daha bu aşamada *irade serbestisi paradoksu* olarak kısıtlanmaktadır¹²⁹². Örneğin tarafların seçtiği hukuka göre tahkim anlaşması geçersiz ise, NYC madde V hükmü çerçevesinde tenfiz talebi dahi reddedilebilir¹²⁹³. Bu bağlamda taraflar, kendi devletlerinin maddi hukukunu, tarafsız bir ulusal hukuku¹²⁹⁴, uyuşmazlığın farklı kısımlarına farklı hukukları (*depeçage*)¹²⁹⁵, istikrarlı hukuk sistemini (*stabilization clause*)¹²⁹⁶, uluslararası hukukun genel ilkelerini¹²⁹⁷, *lex mercatoria*'yı, kanunlar ihtilafı kurallarını¹²⁹⁸ veya kurumsal tahkim kurallarının uygulanmasını açıkça veya zımnen kararlaştırabilir.

Diğer taraftan, hukuk seçimi bulunmaması halinde tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının ise benimsendiği kabul edilemez, çünkü tahkimin *lex fori*'sinden bahsedilemez¹²⁹⁹. Bu durumda hakemler tarafından uyuşmazlığa uygun görülen hukuk

¹²⁹⁰ Redfern, **Redfern**, s. 470 vd.

¹²⁹¹ Örneğin bkz. MTK madde 12/C; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 22, 25/1 ve 26/2(h); 1996 İngiltere Tahkim Kanunu madde 46; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 35; UNCITRAL Model Kanun madde 28/1. Ayrıca bkz. Ali Yeşilirmak, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulanması**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 29.

¹²⁹² Bkz. dn. 793 vd.

¹²⁹³ NYC madde V/1/A; Born, **Arbitration**, s. 412. Ayrıca bkz. MTK madde 4/3.

¹²⁹⁴ Bu hukuk uyuşmazlıkla veya taraflarla bağlantısız dahi olabilir. NYC madde 3.

¹²⁹⁵ Gaillard/Savage, s. 794; *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*, 27 **Int'l L-Rep.** 1963, 117, s. 166.

¹²⁹⁶ Gaillard/Savage, s. 795 vd.

¹²⁹⁷ *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Shaikh of Abu Dhabi*, Case. No.37, **ILR** 1951; **ICC Proceedings**, No:3380 (1980).

¹²⁹⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 170; Redfern, **Redfern**, s. 204.

¹²⁹⁹ *Nigerian Company v. Canadian Company*, **ICC No. 12297**, 22 August 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004)**, ICC Bulletin, Paris, ICC Publication, 2011, 47-56, s. 50; *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company*, (1964) 13 **ICLU** 1011-1012. Devlet mahkemelerinin yargılama yetkilerini devletten aldıkları için *lex fori*'yi uygulamak zorunda oldukları, ancak tahkim sisteminde taraf özerkliği sayesinde yargılama yetkisi tahkim yerinde doğduğu için tahkimde *lex fori* bulunmadığı hakkında bkz. Özel, s. 96; Erkan/Özel/Pürselim/Karaca, s. 95.

kuralları uygulanacaktır¹³⁰⁰. Buradaki hukuk kuralları teriminden bir veya daha fazla ulusal hukuk, uluslar ötesi kurallar, *lex mercatoria*, hukukun genel ilkeleri, UNIDROIT İlkeleri gibi kurallar anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, hakemlerin hakkaniyet ve nefasete göre karar verebilmeleri için açıkça yetkilendirilmiş olmaları aranmaktadır¹³⁰¹.

Her hâlükârda, tarafların veya hakemlerin hukuk seçiminin sınırlarını, doğrudan uygulanan kurallar ve uluslararası kamu düzeni belirlemektedir. Özellikle yukarıda ele alındığı şekliyle hukukun genel ilkeleri, hukuk seçimi olsa da olmasa da tamamlayıcı ve sınırlayıcı bir fonksiyon üstlenmektedir. Olumsuz seçim (*le tronc commun*) halinde dahi hakem heyetlerinin hukukun genel ilkelerini gözetmektedir¹³⁰².

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin artık genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edildiği ve geliştiği ileri sürülmektedir. Bu görüş, ilkenin çoğu hukuk sisteminde tanınıyor olması, hukukçular tarafından genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmesi, hem ulusal hem de uluslararası hukukta hakem heyetleri tarafından genel bir ilke olarak uygulanmasıyla tasdik edilmektedir. Ayrıca, ulusal hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasında makullük unsurunun/ölçütünün yanı sıra, ilkenin hakkaniyet boyutunun geniş çapta kabul gördüğü daha önce belirtilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi bu unsurlarıyla uluslar ötesi bağlamda daha dikkat çekici bir görünüme kavuşmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde hakkın kötüye kullanılmasının tanınması ve uygulamasını incelemek için karşılaştırmalı hukuka genel bir bakış yapılmaktadır. Bu sayede, birçok hukuk düzeninde hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir ilkeye riayet edildiği söylenebilmektedir¹³⁰³. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması genel ilkesinin

¹³⁰⁰ Örneğin bkz. MTK madde 12/C; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 25; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 22/2; 2021 ICC Kuralları madde 21/2; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 35/2; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 15/2; UNCITRAL Model Kanun madde 28/2. Ayrıca bkz. Işıl Özkan, “Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin**, 2020, Cilt 40 Sayı 2, 831-858; s. 845.

¹³⁰¹ Örneğin bkz. MTK madde 12/C/3; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 25/2; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 21/3. Ayrıca bkz. Yeşilırmak, **ICC**, s. 99 vd;

¹³⁰² ICC Proceedings No. 3540 (1980) Clunet 1981, 915; *The Channel Tunnel Group Ltd. and France Monche SAV. Balfour Beatty Construction Ltd.*, 10 **S. Int. And.** 3, 59

¹³⁰³ Kiss, para. 9, 34; Walton, **Responsibility**, s. 87.

hukukun her alanında mahkemelerce uygulanmasından¹³⁰⁴ ve neredeyse tüm hukuk sistemlerinde genel olarak tanınıyor olmasından hareketle, hakkın kötüye kullanılması yasağının hukukun genel bir ilkesi olduğu kabul edilmektedir¹³⁰⁵. İlkenin bu küresel statüsü, uluslararası hukuk içtihatlarında ve uygulamalarında da aynı şekilde genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmektedir¹³⁰⁶. *Crawford* hakkın kötüye kullanılması ilkesine hukukun genel ilkelerinin özü olarak atıfta bulunmaktadır¹³⁰⁷. Aynı şekilde, *Lauterpacht* tarafından ilkenin evrenselliği hususunda, çeşitli hukuk düzenlerinde ilkenin varlığı incelenmiş ve buradaki terminoloji farklılığına rağmen, *her hukuk sisteminin doğasında hakkın kötüye kullanılması yasağının bulunduğu* vurgulanmıştır¹³⁰⁸. Ayrıca ilkenin, uluslararası mahkemeler tarafından uygulanan genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirildiği tespiti ileri sürülmektedir¹³⁰⁹. Uluslararası mahkeme ve tahkim uygulamaları da bu yaklaşımları doğrulamaktadır. Aktarılanların tamamı, ICJ tarafından tesis edilmiş *Barcelona Traction* kararında “*tüm ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanan hukukun genel bir ilkesi*” olarak gösterilmiştir¹³¹⁰. Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukukun genel ilkelerinin gerektirdiği şekilde, *genellik* kriterini sağlamaktadır¹³¹¹.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslar ötesi niteliği, diğer uluslararası hukuki düzenlemelerde tanınmasıyla da pekiştirilebilir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 300. maddesinde “*Taraf Devletler işbu Sözleşme hükümleri uyarınca üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirmeli ve işbu Sözleşmede tanınan hakları, yetkileri ve serbestileri hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayacak biçimde kullanmalıdırlar.*”. 1998 değişikliğiyle 1953 tarihli Avrupa İnsan

¹³⁰⁴ Walton, **Motive**, s. 505.

¹³⁰⁵ Lauterpacht, **Function**, s. 306.

¹³⁰⁶ Ascensio, s. 765 vd.; Kiss, para. 9, 34.

¹³⁰⁷ James Crawford, **Public International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 36.

¹³⁰⁸ Lauterpacht, **Function**, s. 305-306.

¹³⁰⁹ Cheng, s. 121.

¹³¹⁰ *Barcelona Traction Case*, [1970] **I.C.J.** I, (Separate Opinion of Judge Ammoun), 324.

¹³¹¹ **Ibid**, s. 300 vd.

Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 17. maddesinde “*Hakkın kötüye kullanılması yasağı*” başlığıyla ilke açıkça zikredilmiştir.

İlkenin farklı hukuk düzenlerindeki uygulaması tartışılırken, ilkenin makullük ölçütü ve dengeleme faktörünün de uluslar ötesi bir seviyeye ulaştığı görülmektedir. Bu ölçüt, Kıta Avrupası hukuku sistemlerinde¹³¹² geniş bir şekilde desteklenmektedir. Örneğin, PECL madde 1.302’de bu husus ‘*Reasonableness*’ (makullük) olarak açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanında, hakların kötüye kullanılması tasviri/algısı Anglo-Sakson hukukunda da bulunmaktadır¹³¹³. Ayrıca bu ölçüt, uluslararası hukukta yine karşımıza çıkmaktadır¹³¹⁴. Hakemler esasa müteallik çeşitli meseleleri çözmek için hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurmakta, burada ilke açıkça veya zımnen hukukun genel bir ilkesi olarak uygulanmaktadır.

Hukukun genel bir ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılması, ev sahibi devletin egemenlik yetkisinin sınırlandırılmasından, anlaşma haklarının kötüye kullanılmasının engellenmesine kadar uzanan sayısız hukuki meselede uygulanmaktadır¹³¹⁵. Hatta, tahkim mahkemeleri önündeki çoğu uluslararası yatırım hukuku uyuşmazlığının, bu ilke aracılığıyla çözümlenebileceği ileri sürülmektedir¹³¹⁶. *Phoenix* kararında hakem heyeti hakkın kötüye kullanılmasının hukukun genel ilkelerinden olduğunu kabul etmiş ve “*hiç kimsenin anlaşmalarda tanınan hakları kötüye kullanamayacağı ve daha genel olarak her*

¹³¹² Bolgar, s. 1027-1028; Tiryaki, s. 36; Gradinaru, s. 1011; Brunner, s. 731; *Trushinger v. Pak*, 513 So. 2d 1151, 1154 (La. 1987); *Ballaron v. Equitable Shipyards, Inc.* 521 So. 2d 481 (La. 1988); *Addison v. Williams*, 546 So. 2d 220 (La. 1989); *Fidelity Bank and Trust Co. v. Hammons*, 540 So. 2d 461 (La. 1989); *210 Baronne St. Ltd. Partnership v. First Nat'l Bank of Commerce*, 543 So. 2d 502, 507 (La. App. 4th Cir.), *writ denied*, 546 So. 2d 1219 (1989); ICC Case No. 7421 of 2010, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 2010, Sayı 21, 64; ICC Case No. 12456 of 2004, Arnaldez/Derains/Hascher, s. 826.

¹³¹³ Mitchell, s. 371; Campbell, s. 523; Byers, s. 410-415; Zimmermann/Whittaker, s. 696; Armstrong/LaMaster, s. 14; Reid, **Scots**, s. 134; Robilant, s. 698; Mattei, s. 149; Prosser/Dobbs, s.; Fletcher, s. 953.

¹³¹⁴ Ascensio, s. 764-765; Cheng, s. 129; CJEU, 23 March 2000, Case C-373/97, *Diamantis* [2000] ECR I-1705, para. 43.

¹³¹⁵ Todd Weiler, **The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context**, Martinus Nijhoff, 2013, s. 306; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, **ICSID Case No. ARB/03/16**, 2 October 2006, Award of the Tribunal, para. 423-424.

¹³¹⁶ Weiler, s. 305.

hukuk kuralının kötüye kullanılmamaya dair zımni bir hüküm içerdiği” belirtilmiştir¹³¹⁷. Yine *Saba Fakes v. Türkiye, Alaplı v. Türkiye, Cascade v. Türkiye, Ipek Investments v. Türkiye* uyuşmazlıklarında da hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulandığı görülmektedir¹³¹⁸.

Aynı şekilde ilke, antlaşma haklarının kötüye kullanılmasının ve uygulanmasının önlenmesi için WTO kurulları ve WTO Temyiz Organı tarafından da hukukun genel bir ilkesi olarak uygulanmaktadır¹³¹⁹. Amerika Birleşik Devletleri - Belirli Karides ve Karides Ürünlerinin İthalatının Yasaklanması uyuşmazlığına dair tesis edilen kararda ilke kabul edilmiş, GATT Madde XX (Genel İstisnalar hakkında) hükmünün de kötüye kullanıma müsait olduğunu ve bu nedenle antlaşmanın ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. WTO kararında açıkça *“Madde XX’in özü esasında iyi niyet ilkesidir. ... Bu genel ilkenin genellikle abus de droit olarak bilinen bir uygulaması, bir devletin haklarını kötüye kullanmasını yasaklar ve bir hakkın ileri sürülmesi antlaşma yükümlülüklerin kapsamını etkilediğinde hakkın bona fides, yani makul kullanılması aranır.”*¹³²⁰ ifadelerine yer verilmiştir.

Bu karar ile hakkın kötüye kullanılması teyit edilmekte, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılmasında makullük ölçütünün evrensel/uluslar ötesi statüsüne ilişkin önerme de desteklenmektedir. Mahkeme, uygulanan önlemin kötüye kullanım niteliğinin değerlendirilmesinde üye devletlerin rekabet halindeki hak ve çıkarları arasındaki denge

¹³¹⁷ *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award, para. 106-107.

¹³¹⁸ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20; *Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13; *Cascade Investments NV v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/18/4, 20 September 2021, Award, para. 325 vd.; *Ipek Investments Ltd v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/18/18, 8 December 2022, Award, para. 317 vd.

¹³¹⁹ Weiler, s. 306; WTO Appellate Body, *Report on Brazil-Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 17 December 2007, para. 224-226.

¹³²⁰ WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 158.

çizgisinin hassas bir şekilde belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹³²¹. Bu yaklaşım, WTO Temyiz Organı tarafından ele alınan başka davalarda da korunmuştur¹³²².

Patuha v. Persero ile *Himpurna v. Persero* tahkim kararlarında hakkın kötüye kullanılmasının hukukun genel bir ilkesi olduğu teyit edilmiştir¹³²³. Bu kararlar daha sonra incelenecek olmakla birlikte, hakem heyetleri hakkın kötüye kullanılmasının yalnızca genel bir ilke olduğunu kabul etmenin ötesine geçip ilkeyi *lex causae* veya *lex arbitri*'den bağımsız olarak uluslar ötesi kamu düzeninin bir parçası olarak uygulamıştır.

Sözleşme feshinde makullük veya kötüye kullanma, 2011 tarihli 13184 sayılı ICC davasında yine tartışılmıştır¹³²⁴. Meksikalı bir şirket tarafından kurulan iki davalı şirket, ABD vatandaşlığındaki A ve B dağıtım şirketleriyle birkaç sözleşme akdetmiştir. Dördüncü sözleşmenin akdi sırasında, davacı A'ya tamamen güvenmedikleri için bu sözleşmedeki farklı hükümlere göre davalılara sözleşmeyi sebep göstermeden feshetme hakkı ve ara değerlendirme toplantısı yapma hakkı bahşedilmiştir. Davacı A, bu farklılıkların B için değil yalnızca kendi sözleşmesine konulduğunu sonradan fark etmiştir. Gerçekten, davalılar da sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmiştir. Diğer hususların yanında davacı A tarafından davalıların sözleşmeyi feshetme ve B ile yapılan sözleşmedeki farklılıkları gizleme haklarının kötüye kullanıldığı iddia edilerek tahkim süreci başlatılmıştır. Uyuşmazlığa Meksika hukukuyla desteklenecek şekilde CISG uygulanmıştır.

Hakem heyeti tarafından dava reddedilmekle birlikte, davalıların sözleşmelerdeki farklılıkları yanlış beyan ettiği ve gizledikleri için kötü niyetli davrandıkları kabul edilmiştir. Ancak bu gerçeğe aykırı beyan ve gizlemenin sözleşmenin akdinden sonra ortaya çıkmasından bahisle, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olmadığına karar verilmiştir.

¹³²¹ *Ibid*, para. 159

¹³²² WTO Appellate Body, *US: Standard for Reformulated and Conventional Gasoline and Like Products of National Origin*, WT/DS2/AB/R, 35 ILM 603, 1996, 626.

¹³²³ *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, ad hoc arbitration under UNCITRAL rules, Final Award, 4 May 1999, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, 11; *Patuha Power Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, 14 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* B-1, B-44 (Dec. 1999).

¹³²⁴ *Distributor Z (US) v. Company A (Mexico), Subsidiary B (US)*, ICC Case No. 13184 of 2011, Final Award, **XXXVI Yearbook Commercial Arbitration**, 2011, 96.

Hakem heyeti tarafından davalıların fesih hakkının kötü niyetli bir şekilde olmaksızın ticari kaygılara dayanarak meşru ve makul bir amaç için kullanıldığı kanaatiyle, feshin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. Yani hakemler, suistimal iddiasını sözleşmenin açık hükümleri ve davalının sözleşmesel hakkı çerçevesinde dengelemiştir. Ayrıca, davacının da farklılıklardan haberdar olduktan hemen sonra dava sürecini başlatmadığı, bunun yerine sözleşmesel ilişkiyi korumaya çalıştığı gerçeği de göz önünde bulundurulmuştur.

Bu kararda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hakkaniyet boyutu açıkça ortaya konulmuş, *temiz eller* prensibine¹³²⁵ açıkça atıfta bulunulmuştur. Bununla birlikte, bu dava bakımından hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, hukukun genel bir ilkesi olduğu önermesinin *açık* bir şekilde desteklendiği savunulmamaktadır. Çünkü hakem heyeti tarafından Meksika hukukuna atıfta bulunularak, ilke Meksika düzenlemelerinde ele alındığı ve somutlaştırıldığı şekliyle uygulanmıştır. Hakem heyetinin ilkenin uygulanmasında ulusal hukuka başvuran yaklaşımı, ilkenin genelliğini ve uluslar ötesi statüsünü tartışmalı bir şekilde zedelemektedir. Çünkü mahkemenin bu ilkeye her hâlükârda riayet ederek böyle somut bir bağ araması ve tartışmasının gerekmediği ileri sürülmektedir. Diğer taraftan, **(i)** sözleşmenin hakemleri CISG’te düzenlenmeyen hususlar bakımından Meksika hukukuna yönlendirmesi, **(ii)** CISG madde 7.2 uyarınca hakemlerin CISG’te açıkça düzenlenmeyen hususlarda CISG’in dayandığı *uygulanacak genel ilkelere*,¹³²⁶ bu ilkelerin tespit edilememesi halinde ulusal hukuka başvurabileceği, **(iii)** CISG’te açık düzenleme bulunmayan durumlarda uygulamada doğrudan ulusal

¹³²⁵ “*He who comes to equity must come with clean hands*”.

¹³²⁶ Hakkın kötüye kullanılması yasağının daha geniş dürüstlük kuralının bir uygulaması olarak değerlendirildiği, bu nedenle hakkın kötüye kullanılması yasağının CISG 7.2 uyarınca da hukukun genel ilkesi olduğu hakkında bkz. Jorge O. Alban, “The General Principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2012, Sayı 4, 165, s. 167.

hukuka başvurulduğu görüldüğünden, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslar ötesi statüsünün ihlal edilmediği çıkarımı da yapılabilir¹³²⁷.

3267 sayılı ICC davasında¹³²⁸, bir inşaat projesine ilişkin sözleşmenin feshinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. Burada davacı, davalının ödeme koşullarındaki temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshetmiştir. Davacı, sözleşmenin hukuka uygun olarak feshedildiğine ve verilen avans teminatı ile kati teminatın sona erdiğine dair bir karar kurulmasını talep etmiştir. Diğer taraftan davalı, karşı bir iddiada bulunmuş ve feshin haklı bir dayanağı bulunmadığını belirterek feshin ve bunun hiçbir sonucunun meşru olmadığına dair bir karar tesis edilmesini talep etmiştir. Haliyle, hakem heyeti tarafından sözleşme feshinin meşru olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmiştir. Sözleşmelerde de uygulanacak hukuk açık bir şekilde gösterilmemiştir.

Hakem heyeti, sözleşme hükümlerini inceledikten sonra, belirli bir hukuk düzeninin kanunlarını uygulamayacağını belirterek *hukukun genel ilkelerine göre* davayı ele almaya karar vermiştir. Hakemler feshin suistimal niteliğini ele alırken, davaya eşlik eden vakıalar çerçevesinde söz konusu mali ve sözleşmesel çatışan menfaatlerin dengelenmesi faaliyetiyle feshin meşruiyetini incelemiş ve fesihte hakkın kötüye kullanımının oluşmadığı kanaatine varmıştır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi esas alınırken, hakem heyeti tarafından ilkenin ulusal hukukun bir parçası olarak, hukukun genel bir ilkesi olarak veya hakemlerin *amiable compositeur* olarak hareket ettiği davalarda uygulanabileceği kabul edilmiştir. Kararda açıkça “*Belirli bir hukuk sisteminin teknik detaylarına takılmadan hukukun genel ilkelerine dayalı olarak karar verme yetkisine ek olarak amiable compositeur sıfatıyla yargılama yaptıkları durumlarda hakemler, bir hakta ısrar edilmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa tarafların kanuni veya sözleşmesel haklarını dikkate almayabilir. Bu yetki, İsviçre Medeni Kanunu’nun 2. maddesi gibi*

¹³²⁷ Camilla B. Andersen, “General Principles of the CISG – Generally Impenetrable?”, ed. Camilla B. Andersen/ Ulrich G. Schroeter, **Sharing International Commercial Law across Boundaries**, Wildy, Simmonds & Hill, 2008, 13-33, s. 16-17.

¹³²⁸ ICC Case No. 3267 of 1979, Partial Award, **VII Yearbook Commercial Arbitration**, 1982, p. 96.

kapsamlı bir 'hakkın kötüye kullanılması' teorisi gelişmemiş hukuk sistemlerinde özel bir öneme sahiptir."¹³²⁹ ifadeleri yer almıştır.

Bu karar ilkenin hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edildiğini ve uygulandığını kanıtlamanın yanında, makullük unsuru/ölçütünün de hakkın kötüye kullanılması genel ilkesinde içkin olduğunu dikkat çekici bir şekilde ortaya koymuştur. Hakem heyeti, aslında ulusal bir hukuk düzenlemesi uyarınca zorunda olmamasına rağmen, hukukun genel ilkelerinin zorunlu kıldığı şekilde dava konusu uyuşmazlığın suistimal edici veya makul olup olmadığını belirlemek için dengeleme faktörünü kullanmıştır.

Hakemler tarafından hukukun genel ilkeleri başlığı altında genellikle, bu ilkelerin bir yansıması olarak UNIDROIT İlkeleri veya diğer uluslar ötesi ilkeler esas alınmaktadır¹³³⁰. Hakkın kötüye kullanılmasına dair herhangi bir atıfta, UNIDROIT İlkeleri'nin hukukun genel ilkelerinin yeniden ifadesi olarak değerlendirilebileceği de düşünülürse¹³³¹, bu yaklaşım benimsenebilir. UNIDROIT İlkeleri, hakkın kötüye kullanılması ilkesini, daha geniş olan iyi niyet/dürüstlük kuralı ve adil davranma ilkesinin bir uygulaması olarak görmekte ve hukukun genel bir ilkesi olarak açıkça kabul etmektedir. Kapsamlı iyi niyet/dürüstlük kuralı ve adil davranma ilkesinin kabulü akabinde UNIDROIT İlkeleri, hakkın kötüye kullanılması da dahil olmak üzere belirli uygulama ve daha dar genel ilkeleri bu kapsamda ele almaktadır¹³³². Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması yasağı aslında ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiş, sonradan dürüstlük kuralının bir uygulaması olarak yer bulmuştur¹³³³.

UNIDROIT ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılması, tahkim kararlarına da aynı şekilde yansımaktadır. Ayrıca, UNIDROIT İlkeleri kapsamında hakkın kötüye kullanılması uygulamasında makullük unsuru ve dengeleme faktörü de yine

¹³²⁹ **Ibid**, para. 105.

¹³³⁰ *Berger* tarafından ele alındığı ve *Center for Transnational Law* tarafından yayınlandığı şekliyle ilkeler, hukukun genel ilkelerinin yeniden ifade edilmesi olarak kabul edilmektedir. Burada hakkın kötüye kullanılması ilkesi de *TransLex-Principles* kapsamındadır. Molineaux, s. 130; Waincymer, **Uniform**, s. 49; Redfern, **Redfern**, para. 3.171.

¹³³¹ Redfern, **Redfern**, para. 3.178.

¹³³² 2010 UNIDROIT İlkeleri madde 1.7 gerekçe 2.

¹³³³ Bonell, **Principles**, s. 58; ILA, **Report**, s. 58-60.

desteklenmektedir. Örneğin 1999 tarihli 8547 sayılı ICC davasında bir satış sözleşmesine ilişkin uyuşmazlık ele alınmıştır¹³³⁴. Bu sözleşmenin 15. maddesinde ürünlerin miktarı ve kalitesine ilişkin herhangi bir talebin teslimden itibaren 15 gün içerisinde iletilmesi gerektiği ve bu talebin yine teslimden itibaren 30 gün içinde tarafsız bir eksper tarafından düzenlenmiş belgeye istinaden değerlendirileceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmeye UNIDROIT İlkeleri desteğiyle 1964 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin¹³³⁵ uygulanacağı belirtilmiştir. Davalı alıcı, kötü kalitedeki ürünleri teslim almış ve davacı satıcıyı da bilgilendirmiş, ancak davacı satıcı bunu düzeltmek için hiçbir girişimde bulunmamıştır.

Hakem heyeti, sözleşmenin 15. maddesinde öngörülen şekli gerekliliklerin davalı tarafından yerine getirilmediği kanaatine varmıştır. Ancak davacının bu maddeye sıkı sıkıya bağlı kalmasının, hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğini kabul etmiştir: *“Hakem heyeti tarafından ürünlerin uygun olmadığı kabul edilmiştir. ... Sözleşmenin 15. maddesine sıkı sıkıya bağlı kalınması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Çünkü davacının bu hakka sahip olduğunun kabulünde davalının uygunsuzluğa ilişkin hiçbir talep hakkı olmayacaktır. Nitekim davalıya göre, davacının ürünleri inceleme fırsatı vardı.”*. Burada, hakkın kötüye kullanılmasının iyileştirici işlevi ve hakkaniyet boyutu açıkça görülmektedir. İlke, sözleşmeden doğan bir hakkın şekilci katılığı sebebiyle doğan adaletsizliği gidermek için kullanılmıştır, zira bu hakka sıkı sıkıya bağlı kalmak diğer tarafa büyük bir zarar vermekteydi. Mahkeme tarafından *hukuki belirlilik* ve *ahde vefaya karşılık adillik* ve *ürünlerin uygunsuzluğu gerçeği* şeklinde ortaya çıkan çatışan menfaatler tartılmıştır. Böylece, hakkaniyet unsuru vurgulanarak davalının sadece 15. maddenin gerekliliklerini yerine getirmesi halinde uygunsuzluk iddiasında bulunabileceği görüşü reddedilmiştir.

Son olarak, hakkın kötüye kullanılmasının AB hukukunun genel bir ilkesi olarak öğretilmiş ve CJEU tarafından aynı şekilde kabul edildiğini belirtmekte yarar vardır. İlkenin, Üye Devletler tarafından tanınması ve CJEU tarafından uygulanması sayesinde

¹³³⁴ ICC Case No. 8547 of 1999, ed. Albert Jan van den Berg, **Yearbook Commercial Arbitration 2003 Volume XXVIII**, 2003, Kluwer Law International, 27-38.

¹³³⁵ 1964 Hague Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale Of Goods (Malların Uluslararası Satımına Dair Yeknesak Kanun hakkında 1964 Lahey Sözleşmesi).

AB hukukuna aktarıldığı sıklıkla kabul edilmektedir¹³³⁶. Şöyle ki, NYC sisteminde tek bir mahkeme bulunmaması nedeniyle uygulama ve yorumda farklılıklarla karşılaşmaktadır. Ancak, AB hukukunun yeknesak ve etkin uygulanması için kuralların yorumlanması ve kapsamı hususunda CJEU nihai karar merci olarak görülmektedir¹³³⁷. CJEU ve AB üyesi devlet mahkemeleri arasındaki karmaşık adli iş birliği süreci sayesinde, AB hukukunun üstünlüğü, bağımsızlığı ve yeknesaklığı kurumsal düzeyde temin edilmektedir. Yargısal uygulamanın dışında pozitivist bir bakış açısıyla, üye devletlerin yerel düzenlemelerinde ilkeye dair benimsenen açık veya zımni kabul ile örneğin AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 53. maddesi sayesinde de hakkın kötüye kullanılması temel ilkelerden addedilmektedir.

Bunlara rağmen, hakların kötüye kullanılmasının uluslar ötesi doğası da sorgulanmaktadır. *Gutteridge*, pek çok akademisyen ve mahkeme tarafından ilkenin genelliğinin ve evrenselliğinin savunulduğunu kabul etmekle birlikte, ilkenin henüz gelişim aşamasında olması, İngiltere ve İtalya tarafından reddedilmesi ve borçlular tarafından yükümlülüklerden kaçmak için kullanılabileceğini belirterek bunun sorgulanmaya açık olduğunu ifade etmektedir¹³³⁸. Ancak *Gutteridge*'in bu endişelerini 1944 yılında ileri sürdüğü, o zamandan bu yana hakkın kötüye kullanılması ilkesinin sürekli ve tartışmasız bir şekilde geliştiği göz önüne alındığında, *Gutteridge*'in bahsettiği gerekçeler ve dolayısıyla ilkenin uluslar ötesi niteliğinin sorgulanması artık kabul edilemez. Ayrıca, ilke artık İtalya'da da tanınmakta¹³³⁹, açıklandığı üzere İngiliz hukukunda da hakkın kötüye kullanılmasına benzer şekil ve amaçlarla eş değer ilke ve standartların kullanıldığı, böylece ilkenin onaylandığı görülmektedir¹³⁴⁰.

Nihayet, ilkenin kullanılmasının yükümlülükten kurtulmaya yol açabileceği kabul edilirken, ilkenin azami ihtiyatla uygulanması gerektiği vurgulanmış ve karar vericilerin ilkeden yalnızca istismarın bariz olduğu istisnai durumlarda faydalanılması gerektiği

¹³³⁶ Lenaerts, s. 1121; **CJEU** *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, 5 July 2007, Case C-321/05, [2007] ECR I-5795, para. 38.

¹³³⁷ CJEU'nun nihai yargı makamı olduğu hakkında bkz. Case 284/16 *Slovak Republic v. Achmea B.V.*, **CJEU**, 6 March 2018, EU:C:2018:158, para. 37; Opinion 1/17, *CETA*, **CJEU**, 30 April 2019, U:C:2019:341, para. 111.

¹³³⁸ Gutteridge, **Comparative**, s. 7.

¹³³⁹ İtalya Medeni Kanunu madde 833.

¹³⁴⁰ Lenaerts, s. 1125.

belirtilmiştir. Böylece, taraflar veya hakemlerin esasa ilişkin hukuk seçimi ne olursa olsun, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukukun genel ilkesi olarak her hâlükârda uygulandığı açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır¹³⁴¹.

3- Tahkim Usulü

Belirli bir usul ilkesi, birçok hukuk sisteminde tanınıp kabul edilirse ve uluslararası tahkim uygulamasında sürekli olarak desteklenirse, aynı şekilde genel bir usul ilkesi haline gelebilir¹³⁴².

Zaten, uluslar ötesi usul ilkelerinin tanınması ve uygulanması uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasında da pekâlâ geçerlidir¹³⁴³. 1989 tarihli ILA önergesinde tarafların tahkimde uygulanacak usule ilişkin kural ve ilkelerin belirlenmesinde tam özerkliğe sahip olduğu, farklı hukuk düzenlerinden veya uluslararası hukuk ilkeleri, hukukun genel ilkeleri gibi ulusal olmayan kaynakları benimseyebileceği belirtilmiştir¹³⁴⁴. Uluslararası tahkimde uluslar ötesi usuli ilke ve kuralların bulunduğu yaygın bir şekilde kabul edilmektedir¹³⁴⁵.

Taraf özerkliği tahkim usulünü de kapsadığından, tahkim yargılamaları taraflarca belirlenen usuli çerçeveye tabidir. Bu çerçeve, taraflarca veya hakemler tarafından belirlenen tahkim kurallarını, önceden düzenlenmiş tahkim kurallarını ve uygulanacak

¹³⁴¹ Özdemir Kocasakal, *Teşmil*, s. 60; Oğuzman/Barlas, s. 258; Ayoğlu, *Lex Mercatoria*, s. 128 vd.

¹³⁴² Rudolf B. Schlesinger, “Research on the General Principles of Law Recognised by Civilized Nations”, *The American Journal of International Law*, 1957, Cilt 51 Sayı 4, 734-753, s. 736.

¹³⁴³ İngiliz hukukunda genel olarak *tahkimin delokalizasyonu* görüşü benimsenmemekle birlikte, uluslar ötesi usul hukuku ilkelerinin varlığı ve uygulaması kabul edilmektedir. Martin Hunter/ Anthony C. Sinclair, “*Aminoil Revisited: Reflections on a Story of Changing Circumstances*”, ed. Todd Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron, 2005, 355.

¹³⁴⁴ International Law Institute, “Arbitration between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises”, *Session of Santiago de Compostela*, 1989.

¹³⁴⁵ Berger, *Dilemma*, s. 217; Kohler, *Globalization*, s. 1320-1322; Fortese/Hemmi, s. 114 vd.; Daniel Girsberger/ Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Baskı, Kluwer Law International, 2016, para. 889.

uluslararası sözleşmeleri kapsamaktadır¹³⁴⁶. Şüphesiz burada da çeşitli kısıtlamalar söz konusudur¹³⁴⁷.

Bazı hukuk sistemlerinde, tarafların usule uygulanacak hukuk konusunda sessiz kalması halinde hakem heyetinin serbestçe usul kurallarını belirleyebileceği açıkça düzenlenmektedir¹³⁴⁸. Diğer bazı hukuk sistemlerinde bu yetki açıkça değil, zımnen hakemlere bahşedilmektedir¹³⁴⁹. Aynı kabul çeşitli kurumsal tahkim kurallarında da mevcuttur¹³⁵⁰. Hakemlerin bu serbestisi de benzer şekilde çeşitli sınırlamalara tabidir. Bunlara örnek olarak, belirlenen hukuktaki öngörülen emredici kurallar veya doğrudan uygulanan kurallar gibi düzenlemeler verilebilir. Ayrıca ve her hâlükârda, evrensel olarak kabul edilen prensiplerin gerekli olduğunu ortaya koyan UNIDROIT İlkeleri'nde, emredici/doğrudan uygulanan ulusal kuralların dahi bu temel prensipler çerçevesinde *audiatur et altera pars*¹³⁵¹ sınırlandırıldığı ve böyle hallerde hakemlerin hakkaniyet ve verimliliği gözetmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁵². Mevzu hukuk düzenleri ve vazgeçilmez adil yargılanma hakkı, aksi kararlaştırılmadıkça adil yargılanmadaki en düşük eşiğin temin edildiği bir usulün uygulanmasını gerektirmektedir. Tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi kısmında da ele alındığı üzere adillik, yargı süreci gereklilikleri ve verimliliğe her koşulda riayet edilmesi, bunlardan sapılan noktalarda da bu hususun gerekçelendirilmesi aranmaktadır¹³⁵³.

Diğer taraftan, burada gösterilen usul çerçevesinin yeterince kapsamlı olmadığı hallerde de görülen boşluğun tamamlanması gerekmektedir¹³⁵⁴. Dolayısıyla, uluslararası tahkim uygulamasında yargılamanın yönetimini sağlamak için özerk bir dizi uluslar ötesi

¹³⁴⁶ Park, **Arbitration**, s. 141; Born, **Arbitration**, s. 1528-1529.

¹³⁴⁷ Mayer, **Comparative**, s. 24. Ayrıca *irade serbestisi paradoksu ve yargı süreci paranoyası* bu kapsamda görülebilir. Bkz. dn. 793 vd., 861 vd.

¹³⁴⁸ Örneğin bkz. Alman Medeni Usul Kanunu madde 1034/2; Fransız Medeni Usul Kanunu madde 464; İsviçre Medeni Usul Kanunu madde 182. Türk hukukunda tarafların seçimi bulunmaması halinde MTK hükümlerinin uygulanacağı gösterilmektedir. Bkz. MTK madde 8/A/2.

¹³⁴⁹ Amerikan Federal Tahkim Kanunu; İngiltere Tahkim Kanunu madde 30.

¹³⁵⁰ Örneğin bkz. 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 22; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 19; UNCITRAL Model Kanunu madde 19; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14 ve 16;

¹³⁵¹ “Diğer tarafı da dinleyelim” anlamında hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği prensibi.

¹³⁵² Aygül, s. 100; David Caron/ Lee M. Caplan, **The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary**, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 83.

¹³⁵³ Mayer, **Comparative**, s. 31.

¹³⁵⁴ Park, **Arbitration**, s. 143 vd.; Lew/Mistelis/Kröll, s. 524.

veya genel ilkeden faydalanılmakta ve yeni ilkeler de ortaya çıkmaya devam etmektedir¹³⁵⁵. Genel kabul görmüş bu türden usuli ilkelere ve bunların oynadığı rolün kapsamına, tahkim uygulaması ve içtihatlarının tamamında rastlanmaktadır. Ancak her uygulama bakımından ilkelerin uygulaması çeşitli şekillerde gerçekleştirilmektedir. Bu çeşitliliğin tahkimin ulusal düzenlerinden bağımsızlığı gibi tahkime dair farklı kavram ve tezahürler ile her davaya ilişkin vakıaların farklılığından kaynaklandığı ileri sürülebilir¹³⁵⁶.

Tahkim öğretisinde uluslararası tahkim esas olarak **(i)** tahkim yeri ulusal hukukunun bir parçası (*mülklik, mono lokal veya yerel görüş*)¹³⁵⁷, **(ii)** çok sayıda ulusal hukuk düzenine bağlı (*Westphalian veya çoğulcu görüş*)¹³⁵⁸ veya **(iii)** bağımsız bir hukuk düzeni olarak (uluslar ötesi veya *delocalised görüş*) ortaya çıkmaktadır¹³⁵⁹. Lafzından dahi anlaşılır olmakla birlikte, uluslararası tahkimin meşruiyeti yerel görüşte tahkim yeri hukukuna dayanmaktadır ve NYC’de bu esasın benimsendiği görülmektedir. *Westphalian* görüşe göre, tahkimin meşruiyeti birçok hukuk düzeninde kabul edilmiş olmasına bağlanmaktadır. Diğer taraftan uluslar ötesi görüşte meşruiyetin kaynağı olarak uluslararası düzenleme ve uygulamalara yansıdığı şekliyle tüm uluslar tarafından toplu olarak kabulü esas alınmaktadır¹³⁶⁰.

Bu görüşler özelinde bazıları çeşitli ilkelerin uygulanmasını tarafların kabulüne tabi tutmaktadır. Bazıları ancak uygulanacak tahkim kuralları veya tahkim yeri hukukunda boşluk olduğunda ilkelerin uygulanabileceğini belirtmektedir¹³⁶¹. Bazıları da uluslararası tahkimin uluslar ötesi boyutuna uygun bir şekilde ulusların birlikte kabulüne dayanan

¹³⁵⁵ Kurkela/Trunnen, s. 8 vd.; Fortese/Hemmi, s. 114; Stavros Brekoulakis, “International Arbitration Scholarship and the Concept of Arbitration Law”, **Fordham International Law Journal**, 2013, Sayı 36, 745, s. 777 vd.

¹³⁵⁶ Emmanuel Gaillard, “International Arbitration as a Transnational System of Justice”, ed. Albert Jan van den Berg, **Arbitration – The Next Fifty Years**, Kluwer Law International, 2012, 66.

¹³⁵⁷ Francis A. Mann, “The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum”, **Arbitration International**, 1986, Cilt 2 Sayı 3, 241, s. 244 vd.

¹³⁵⁸ Poudret/Besson, s. 84 vd.

¹³⁵⁹ Gaillard, **Theory**, s. 49; Jan Paulsson, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin”, **International and Comparative Law Quarterly**, 1981, Cilt 30 Sayı 2, 358-387, s. 362; Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, **LSE Legal Studies Working Paper**, No. 2/2010.

¹³⁶⁰ Gaillard, **Justice**, s. 67-68; W. Michael Reisman/ Brian Richardson, “Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration”, ed. Albert Jan van den Berg, **Arbitration – The Next Fifty Years**, Kluwer Law International, 2012, s. 17 vd.

¹³⁶¹ Petrochilos, **Procedure**, s. 174 vd.

uluslar ötesi ilkelere daha fazla ağırlık verme gerekliliğini savunmaktadır¹³⁶². Sonuncusuna göre, tahkim kurallarında düzenlenmeyen herhangi bir konuda uluslar ötesi kural ve ilkeler uygulanmalıdır¹³⁶³.

Uluslararası tahkimin *muhtemelen* daha sınırlı yerel düzenlemeler çerçevesinde devlet mahkemelerinin özelliklerinden ayrı bir alanda işleyen, bağımsız bir mekanizma olduğu kabul edilmektedir¹³⁶⁴. Çünkü uluslararası tahkim genellikle iki veya daha fazla yargı yetkisine nüfuz ettiğinden, taraflar arasında uluslararası bir uyuşmazlık bulunduğu ve dünyanın farklı yerlerinden olan hakemler tarafından görüldüğünden *çok yönlüdür*. Gerçekten taraflar, uluslararası uyuşmazlıkların çözülmesinde etkili ve verimli olmayan ve hatta uygunsuz ulusal hukuki düzenlemelerden sıyrılmak için uluslararası tahkimden faydalanmaktadır¹³⁶⁵.

Taraflarca belirlenen tahkim yeri, tahkimi bu yerin usul kurallarına tabi kılma iradesinin açık bir yansıması olarak da algılanmamalıdır¹³⁶⁶. Tahkim yeri seçilmiş olması mahal kurallarının benimsendiği olarak değerlendirilemez, tahkim yeri hukukunun hakem *lex fori*'si olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹³⁶⁷. Lew tarafından da tahkimin değişmez bir şekilde uluslararası veya uluslar ötesi kurallarla yönetilen *sui juris* bir mekanizma olduğu ve ulusal hukuk düzenlemelerinin uluslararası tahkimi düzenlemekte

¹³⁶² Gaillard, **Justice**, s. 69 vd.

¹³⁶³ Lew, **Autonomous**, s. 181.

¹³⁶⁴ **Ibid**, s. 202. Türk hukukunda da uluslararası tahkim bakımından oldukça sınırlı müdahale söz konusudur. MTK'nın düzenleme içermediği durumlarda dahi yerel tahkim mevzuatının dışlanmış olduğu görülmektedir. Bkz. MTK madde 17.

¹³⁶⁵ Lew, **Autonomous**, s. 179 vd.; Jan Paulsson, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters", **International & Comparative Law Quarterly**, 1983, Cilt 32 Sayı 1, 53-61, s. 59 vd. Bu amaçla MTK'da da 'yabancılık' unsuru çok geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Bkz. MTK madde 2.

¹³⁶⁶ Paulsson, **Dimension**, s. 7 vd.; Paulsson, **Delocalisation**, s. 54; Lew, **Autonomous**, s. 202; Gaillard/Savage, s. 635 vd.; Petrochilos, **Procedure**, para. 1.46.

¹³⁶⁷ Özkan, s. 854.

hiçbir çıkarı olmadığı ifade edilmiştir¹³⁶⁸. Bu nedenle, hukukun genel ilkelerinin *lex arbitri* olarak işlevi gördüğü uluslar ötesi bir tahkim kabulü bulunduğu ileri sürülmektedir¹³⁶⁹.

Bu kabul, uluslararası tahkimde uluslar ötesi bir ilke olarak hakkın kötüye kullanılması ilkesinin incelenmesi için de vazgeçilmez bir önem taşımaktadır. Zira bu görüş, ulusal hukuki ilkelerin yakınlaştığı ve hatta çakıştığı kabulünün yanı sıra uluslararası tahkimde sürekli uygulanarak ilkelerin ortaya çıktığını gözetmekte, hakkın kötüye kullanılması ilkesi gibi uluslar ötesi ilkelerin tanımlanmasını sağlamaktadır¹³⁷⁰. Bu bağlamda uluslararası tahkimin ulusal usul kurallarının kısıtlı uygulamasıyla sınırlandırılmaması¹³⁷¹, bunun yerine evrensel bir şekilde kabul edilen veya uluslararası tahkim yönetimine uygun olduğu genel olarak kabul edilen ilkelere göre yürütülmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁷².

Özellikle uyuşmazlığa uygulanan tahkim kurallarının herhangi bir konuda sessiz kaldığı veya açık olmadığı hallerde bunun sağlanması gerekmektedir¹³⁷³. Örneğin milli hukukların birçoğunda maddi hukuk kaynaklı veya usul hukukuna ilişkin zorunlu dava arkadaşlığı müessesesi benimsenmiş olmakla birlikte, tahkim yargılamasında bu hususun nasıl ele alınacağı çoğu zaman öngörülmemiştir¹³⁷⁴. *Akıncı*, böyle hallerde aslında tahkim anlaşması tarafı olmayan birinin tahkim yargılamasına dahil edilmesinin hakem heyetinin oluşumu, tahkimde uygulanacak kurallara aykırılık, adil yargılanma hakkının ihlali gibi nedenlere yol açarak hakem kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi sonucuyla karşılaşılabileceğini ifade etmektedir¹³⁷⁵. Bunun tam tersi de şüphesiz geçerlidir. Yani tahkim yargılamasına zorunlu dava arkadaşlarının birinin dahil edilmemesi durumu da

¹³⁶⁸ Kohler, **Globalization**, s. 1318 vd.; Lew, **Autonomous**, s. 180-181, 195-196.

¹³⁶⁹ Paulsson, **Origin**, s. 381.

¹³⁷⁰ Brekoulakis, **Concept**, s. 777 vd.; Gaillard, **Theory**, s. 104 vd.

¹³⁷¹ Örneğin bkz. MTK madde 17.

¹³⁷² Mesela MTK madde 8 ve 12/C’de bu yaklaşımın benimsendiği savunulabilir.

¹³⁷³ Far, s. 246.

¹³⁷⁴ HMK veya MTK’da tahkimde dava arkadaşlığı kurumu öngörülmemiştir. MTK’nın uygulanacağı tahkim yargılamalarında MTK madde 8 ve 17 çerçevesinde HMK’daki dava arkadaşlığı hükümlerinin uygulanamaması gerekir. Aynı yönde bkz. İbrahim Ermenek, “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt 16, Özel Sayı, s. 1228 vd. Diğer taraftan çeşitli kurumsal tahkim kurallarında bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin bkz. 2021 UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 17; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 7; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 27; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 22/1(x); 2021 ICDR Tahkim Kuralları madde 8.

¹³⁷⁵ Akıncı, **İnşaat**, s. 201.

aynı şekilde hakem kararının geçerliliğini zedelemeye muktedir gözükmektedir. Bu bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı müessesesinin hem maddi hem de usuli karakteri göz önünde bulundurularak¹³⁷⁶, bu durumun söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda eğer pozitif düzenleme de yoksa, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde problemin aşılması zaruridir.

Diğer taraftan, uluslararası tahkime dair hangi görüş benimsenirse benimsensin, uluslar ötesi ilkelerin uygulanmasının büyük önem taşıdığı ve kaçınılmaz olduğu ileri sürülmektedir¹³⁷⁷. Çeşitli tahkim kurallarının dar kapsamı yanında, modern tahkim tüzükleri ile bu tüzüklerde görülen birkaç emredici hukuk kuralında bu durum açık bir şekilde görülebilmektedir¹³⁷⁸. Bu nedenle hakemler genel kabul gören usuli ilkeleri tespit etmek ve uygulamak için sürekli çaba sarf etmelidir¹³⁷⁹. Burada *lex arbitri*'nin rolü vurgulanarak, hakemlerin özellikle son zamanlarda *lex arbitri*'nin sınırları dahilinde uluslararası tahkim uygulamasında benimsenen veya yerel hukuk düzenlerinde genel olarak kabul edilen usul kurallarına dayanarak tahkim kurallarındaki boşlukları doğru bir yaklaşımla doldurmaya başladığı ifade edilmektedir¹³⁸⁰.

Uluslar ötesi usul ilkelerinin uygulanmasının hukuki temeli ve meşruiyetinin kaynağı, tarafların tercihi olmadığı durumlarda çoğu modern tahkim tüzüğünün ve tahkim kurallarının hakemlere tahkim yargılamasını uygun gördükleri ilke ve kurallar çerçevesinde yürütme yetkisi vermesi gerçeğiyle kanıtlanmaktadır¹³⁸¹. Bunun yanında, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesini taşıyan sütunlar da her hâlükârda hukukun genel ilkelerine riayet edilmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim aksi halde, tahkim yargılaması süreci atıl kalabilecektir. Bunun açık bir tezahürü NAFTA çerçevesinde gerçekleşen *Waste Management v. Mexico* uyuşmazlığında¹³⁸² görülmüş ve Meksika tarafından usulün kötüye kullanılmasının engellenmesinin hakemlerin içkin yetkilerinden olduğu

¹³⁷⁶ İpek Sarıöz Büyükalp, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Konusunda Karşılaşılan Bazı Usul Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler”, ed. Hatice Özdemir Kocasakal/ Süheyla Balkar, **Tahkim Anlaşması**, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 204 vd.

¹³⁷⁷ Paulsson, **Delocalisation**, s. 57; Gaillard, **Theory**, s. 99 vd.; Kohler, **Place**, s. 354.

¹³⁷⁸ Park, **Arbitration**, s. 143.

¹³⁷⁹ Petrochilos, **Procedure**, para. 5.16.

¹³⁸⁰ **Ibid**, para. 5.22.

¹³⁸¹ Gaillard/Savage, s. 635 vd.; Serrano, s. 336; 2011 Fransız Tahkim Kanunu madde 1509, çev. Gaillard; İsviçre Milletlerarası Özel Kanunu madde 182, çev. Boog; İngiltere Tahkim Kanunu bölüm 4. Ayrıca bkz. dn. 1346 vd.

¹³⁸² *Waste Management v Mexico*, **ICSID** Case No ARB(AF)/98/2, 2 June 2000, Decision on Jurisdiction.

vurgulanmıştır. Davacı tarafından böyle bir yetkinin bulunduğu kabul edilmekle birlikte somut uyuşmazlıkta böyle bir durumun bulunmadığı iddia edilmiştir. Hakem heyeti böyle bir yetkinin varlığının tartışılmasının gereksiz olduğunu, tahkimin bütünlüğünü korumanın hakem heyetinin görevi olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım umut verici olmakla birlikte, usulün kötüye kullanılmasının engellenmesinde bu uyuşmazlık özelinde somut bir uygulamaya kavuşmamıştır.

Örneğin *Certain Phosphate Land in Nauru* uyuşmazlığında¹³⁸³ Avustralya tarafından hakem heyetinin yetkisinin usulün kötüye kullanılmasını engellemeyi kapsadığına dair bu şekilde bir beyanda bulunulmuştur. Heyet tarafından bu itiraz reddedilmiştir. Yukarıda ele alınan *Lauder/CME* uyuşmazlıklarında da temelde bu görüşün yansımaları yatmaktadır.

ICJ nezdinde görülen 2002 tarihli *Armed Activities on the Territory of the Congo* uyuşmazlığında Rwanda tarafından, huzurdaki uyuşmazlığın, davacının uluslararası hukuk ihlallerine dayanarak 1999 tarihinde başlattığı davasıyla aynı olduğu ileri sürülmüştür. Rwanda, bunun usulün kötüye kullanılmasının açık bir örneği teşkil ettiğini ve davanın reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. ICJ itirazı reddetmiştir¹³⁸⁴. *Bayindir İnfaat v. Pakistan* uyuşmazlığında¹³⁸⁵ Pakistan, davanın usulün kötüye kullanılması teşkil ettiği itirazında bulunmuştur. Burada, davacı tarafından sözleşmesel taleplerden vazgeçilmesine rağmen, bunun akabinde ikili yatırım anlaşması uyarınca tahkim başlatılmıştır. Ancak ICSID heyeti tarafından davacının anlaşma haklarını dava etmek hususunda temel bir hakka sahip olduğu kabul edilmiş ve somut olayda usulün kötüye kullanılmasının bulunmadığı sonucuna varılmıştır. *Avena* uyuşmazlığında tesis edilen kararın ICJ tarafından açıklanmasının talep edildiği *Mexico v. USA* uyuşmazlığında¹³⁸⁶, mahkeme kararının yorumlanması hakkında Meksika ve ABD arasında bir ihtilaf bulunmadığından bahisle ABD usulün kötüye kullanıldığı iddiasında bulunmuştur. Ancak

¹³⁸³ *Certain Phosphate Lands in Nauru* [1992] **ICJ Rep** 240, 255.

¹³⁸⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (2002) 41 **ILM** 1175, 1189.

¹³⁸⁵ *Bayindir İnfaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v Pakistan*, **ICSID** Case No ARB/03/29, 14 November 2005, Decision on Jurisdiction, para. 169-170.

¹³⁸⁶ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v United States)*, 19 January 2009.

ICJ tarafından ön inceleme sırasında taraflar arasında bir anlaşmazlık bulunduğundan bahisle ABD'nin iddiası reddedilmiştir.

Bununla birlikte, her defasında bu iddialar reddedilmişse de *Waste Management* uyuşmazlığında tesis edilen kararın bu konuda ufuk açıcı niteliğini koruduğunu belirtmek gerekir¹³⁸⁷.

Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain emsal uyuşmazlığında¹³⁸⁸ hakem heyeti tarafından tahkim klozunun şirketler grubunun imza sahibi olmayan tüzel kişi mensubunu kapsayacak şekilde genişletilip genişletilemeyeceği ele alınmıştır. ICC tahkim klozuna istinaden tahkim yargılaması Paris'te başlamıştır. Davalı, tahkim şartında imzası bulunmayan ana şirket ve yan şirket bakımından yargı yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, ICC Kurallarının hakemlere herhangi bir özel hukuk düzenlemesine tabi olmaksızın usuli konuları karara bağlama yetkisini bahsettiğini belirterek davalının yetki itirazını reddetmiş ve 'şirketler topluluğu' teorisine dayanarak yargı yetkisinin bulunduğuna karar vermiştir. Hakemlerce ifade edilen ve Fransız mahkemesi tarafından da desteklenen şirketler topluluğu doktrininin teorik temelini uluslar ötesi ilkelere, *lex mercatoria*'ya ve uluslararası ticaret adetlerine dayandığı görülmektedir.

Kararda, tahkim şartının özerk doğası nedeniyle ve kapsayıcı ayrılabilirlik ilkesinin uygulanmasında, hakem heyetinin bu tür usuli meseleler hakkında karar verirken belirli bir ulusal hukukla sınırlandırılmaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. ICC Kurallarının ve uluslararası ticaretin uluslar ötesi ilkelerinin diğerlerinin yanı sıra tahkim şartının olası teşmili de dahil olmak üzere bu tür konulara uygulanmasına zemin sağladığı kabul edilmiştir. Uluslar ötesi kamu düzenini ihlal etmediği sürece hakemlerin tahkimde uygulanacak ilkeleri seçmekte özgür olduğu vurgulanmıştır¹³⁸⁹. Yani taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ve modern tahkim kuralları uyarınca hakemlere bahsedilen özerklik

¹³⁸⁷ *Waste Management v Mexico*, **ICSID** Case No ARB(AF)/98/2, 2 June 2000, Decision on Jurisdiction.

¹³⁸⁸ **ICC** Case No. 4131 of 1982, Interim Award, *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, **IX Yearbook Commercial Arbitration** 131, 1984.

¹³⁸⁹ **Ibid**, 137.

çerçevesinde, hakemlerin tahkim usulüne ilişkin uluslar ötesi ilkelere başvurmasına ve bunları uygulamasına izin verilmektedir.

Dallah v. Pakistan uyuşmazlığı bu bakımdan ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Burada Suudi ticaret grubu *Dallah*, Paris’te Pakistan’a karşı görülen ICC tahkim davasını kazanmıştır. Uyuşmazlık konusu sözleşmenin *Dallah* ile Pakistan tarafından kurulan ancak daha sonra münfesihi olan Pakistanlı bir vakıf arasında imzalandığı gözetilerek, hakem heyeti sözleşmenin ve tahkim klotunun Pakistan’a teşmil edilip edilemeyeceğini değerlendirmiştir. Burada, taraflar arasındaki sözleşmede uygulanacak usul hukukunun belirlenmemiş olmasına istinaden *Dallah* Suudi hukukunun, Pakistan ise Pakistan usul hukukunun uygulanmasını talep etmiştir. Hakem heyeti ise kararında açıkça, “*Adli uygulama ve tahkim uygulaması özerklik ilkesi çerçevesinde bir tahkim anlaşmasına uygulanan hukuk kurallarının esas sözleşmeye uygulanan hukuktan farklı olabileceği, özel bir düzenleme veya atfın yokluğunda belirli bir ulusal hukuka tabi olunmasının gerekmediği kabul edilmektedir. ... ancak hakemlerin uluslararası ticarete adaletin temel gerekliliklerini karşılayacağını düşündüğü uluslar ötesi genel ilkelere dayanabilir.*” ifadelerine yer vermiştir¹³⁹⁰.

İsviçre’de *Cenevre Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Kuralları* çerçevesinde İtalyan ve Alman firmaları arasındaki uyuşmazlığa istinaden görülen bir tahkimde, hakem heyetinin masraflar için teminat kararı verip veremeyeceği tartışılmıştır. Bu konuda uygulanacak yasal veya hukuki bir düzenleme de bulunmamaktadır. Davacı tarafından İsviçre’de hakim olan görüşün masraflar için teminat kararı verilemeyeceği yönünde olduğu, bu nedenle tahkim makamının teminat kararı verme yetkisinin bulunmadığı ileri sürülmüştür. Hakem heyeti tarafından öncelikle *İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu*’nun 182/2. maddesinde hakemlerin tahkim yargılaması usulünü belirleme özerkliğinin bulunduğu tespit edilmiş ve hakemlerin İsviçre hukukuyla sınırlı olmadığına

¹³⁹⁰ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, para. 33.

karar verilmiştir. Böylece uluslararası tahkimde diğer mahkemelerce uygulanan hakim genel ilkeler dikkate alınarak, masraflar için teminat kararı tesis edilmiştir¹³⁹¹.

Bununla birlikte, burada ele alınan özel durumlarda uygulanan kuralların hukukun genel ilkeleri teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Zira hakem heyetleri de bağımsız ve özerk olduğundan, her uyuşmazlık özelinde çeşitli hukuk düzenleri uygulanageldiğinden ve taraflar çoğu zaman farklı vatandaşlıklara sahip olduklarından, tahkim hukukunda *içtihadî gelişim*den bahsetmek büyük ölçüde mümkün değildir. Özellikle yatırım tahkimi alanında birçok dilde binlerce ikili yatırım anlaşması bulunduğu, aynı anlaşmaların farklı tahkim heyetleri tarafından değerlendirildiği ve kaçınılmaz olarak yorum farklılıklarının olduğu ileri sürülmektedir¹³⁹². ICSID gibi merkezi bir mekanizmanın aslında içtihat oluşturabileceği açık olmasına rağmen, bunun ICSID Sözleşmesi veya diğer kurumsal tahkim kurallarında düzenlenmediği görülmektedir. Hatta bu hususta ICSID Sekreteryası bir teklif hazırlamıştır, ancak bu teklif reddedilmiştir¹³⁹³. Yine de, uygulamada düzenli ve sürekli karşılaşılan usuli hususların, ulusal ve uluslararası düzenlemelerle de desteklendiği göz önüne alındığında genellik eşliğini aştığı kabul edilmelidir.

Böylece, tahkim yargılamasında uluslar ötesi ilkeler ile hukukun genel ilkelerine başvurulabileceği yaygın bir şekilde kabul edilmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde çeşitli hukuk düzenlerinde hakkın kötüye kullanılması incelenerek, farklı hukuk sistemlerinin ya hakkın kötüye kullanılması ilkesine ya da bunun bir tezahürü olan¹³⁹⁴ usulün kötüye kullanılması (Anglo-Sakson hukuku¹³⁹⁵) kavramına başvurarak usuli hakların kötüye kullanılmasının genel olarak kabul edildiği ortaya konulmuştur¹³⁹⁶. Aynı

¹³⁹¹ A. S.p.A. v. B.A.G., Geneva Chamber of Commerce, 25 September 1997, Decision, 19 **ASA Bulletin** 745 (2001), para. 8.

¹³⁹² Gabrielle Kaufman-Kohler, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? – The 2006 Freshfield Lecture”, **Arbitration International**, 2007, Cilt 23 Sayı 3, s. 358; Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, **Fordham Law Review**, 2005, Cilt 75 Sayı 4, s. 1545.

¹³⁹³ ICSID, “ICSID Secretariat Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, 12.10.2004, s. 16.

¹³⁹⁴ Brabandere, **Abuse**, s. 619; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, **UNCITRAL Rules**, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 554.

¹³⁹⁵ Usulün kötüye kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bir tezahürü olduğu yönünde Kanada, Avustralya, İngiltere ve Wales, Amerikan hukuklarına dair bir inceleme için bkz. Gaffney, **Abuse**, s. 515 vd.

¹³⁹⁶ Taniguchi; Kolb, **Procedure**, para. 65.

şekilde, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslararası hukukta da işlediği, örneğin ICJ nezdinde de ileri sürülerek usuli hakların kötüye kullanılmasının engellendiği görülmektedir¹³⁹⁷. Böylece usule ilişkin haklar bakımından hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslar ötesi niteliği, farklı hukuk düzenlerinde tanınmasının yanı sıra uluslararası hukuk belgelerinde yer bulmasından, önde gelen hukukçular tarafından desteklenmesinden, usule ilişkin suistimalin sınırlanması için devlet ve tahkim mahkemeleri tarafından sürekli uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure (UNIDROIT Uluslar Ötesi Medeni Yargılama İlkeleri), uluslararası uyuşmazlıklarla ilgili uluslararası kabul gören usul ilkelerinin ifadesidir¹³⁹⁸. Aykırı düşmediği sürece uluslararası tahkim alanına da ilişkin olan bu ilkeler, uluslar ötesi niteliği haiz bir ilke olarak usule ilişkin hakların kötüye kullanılması yasağını da zikretmektedir¹³⁹⁹. Örneğin 11.2. madde “*Taraflar ... usuli suistimalden kaçınmalıdır*” hükmünü havidir. Başka uluslararası sözleşmelerde de benzer hükümler bulunmaktadır. 1998 değişikliğiyle 1953 tarihli Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin 35/3 maddesinde de “... bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması” şeklindeki ifadeyle aynı esas benimsenmektedir.

Usuli hakların kötüye kullanılmasının, çoğu hukuk düzeninin yanı sıra uluslararası hukukta da mevcut olması nedeniyle genel bir usul ilkesi teşkil ettiği yaygın bir şekilde kabul edilmektedir¹⁴⁰⁰. Usuli hakların kötüye kullanılması tüm önde gelen (ABD, Fransa, Almanya, İsviçre gibi) hukuk sistemlerinde ortaktır. Uluslararası hukuk alanı da dahil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde, mahkemenin kendi yargılamalarını düzenleme yetkisini kullanırken ilke paralel bir şekilde uygulanabilir¹⁴⁰¹. *Lauterpacht* da

¹³⁹⁷ Gaffney, **Abuse**, s. 519 vd.; *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, 1970 I.C.J. 39, 5 February 1970, Judgment; Cheng, s. 129; Ascensio, s. 764-765; CJEU, 23 March 2000, Case C-373/97, Diamantis [2000] ECR I-1705, para. 43. Kurumsal tahkim kurallarında da bu yaklaşım korunmaktadır. Örneğin bkz. 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/5; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 22/1; 2021 ICDR Tahkim Kuralları madde 22; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 25.

¹³⁹⁸ American Law Institute, **UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure**, ABD, Cambridge University Press, 2006, s. 17.

¹³⁹⁹ **Ibid**, madde 11.

¹⁴⁰⁰ Ascensio, s. 765 vd.; Gaffney, **Abuse**, s. 518; McLachlan, s. 429 vd.

¹⁴⁰¹ Lowe, s. 202 vd.

ne kadar yerleşik olursa olsun hiçbir hakkın kötüye kullanılmasının tanınmayacağını belirtmektedir¹⁴⁰².

Uluslararası tahkimde *Paulsson*, ilkenin genel usuli boyutunu kabul ederek uluslar ötesi boyutunu vurgulamış, tüm hukuk sistemlerinde bulunduğunu ve evrensel olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁰³. *Shany* aynı şekilde uluslararası organların kapsamlı uygulamaları ve hukukçuların konuya dair yakın fikir birliği çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukukun genel bir ilkesi olarak görülebileceğini kaydetmiştir¹⁴⁰⁴. Benzer şekilde *Zimmermann*, usule ilişkin hakların kötüye kullanılmasının yerel ve uluslararası hukuk düzenlemelerinde de hakkın kötüye kullanılmasının özel bir uygulaması olduğunu, usuli hakların tesis edildiği amaç dışında kullanıldığı hallerin bu kapsama girdiğini ifade etmiştir¹⁴⁰⁵. Diğer taraftan, ilkenin her türlü hukuk sisteminde bulunduğu, bu nedenle ilkenin tüm hukuk sistemlerinde uygulanacak usule ilişkin genel bir ilke olduğu vurgulanmaktadır¹⁴⁰⁶.

Hakemler ve uluslararası mahkemeler tarafından sürekli uygulanmasının yanında, ilkenin normatif temeli de sorgulanmaktadır¹⁴⁰⁷. Bu şüpheli tavır, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ulusal tahkim kuralları, kurumsal tüzükler veya geçerli herhangi bir sözleşmede hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bulunmamasına dayanmaktadır¹⁴⁰⁸. Uluslararası tahkimde ilkeden sürekli faydalanılmaktadır ancak ilkenin

¹⁴⁰² Lauterpacht, **Function**, s. 300 vd.; Lauterpacht, **Function**, s. 162 vd.

¹⁴⁰³ Jan Paulsson, "The Expectation Model", ed. Yves Derains/ Richard H. Kreindler, **Evaluation of Damages in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2006, 73-74.

¹⁴⁰⁴ Shany, **Competing**, s. 257

¹⁴⁰⁵ Zimmermann/Tomusch, s. 831.

¹⁴⁰⁶ Brabandere, **Abuse**, s. 618 vd.

¹⁴⁰⁷ Ascensio, s. 782-783; *Wasteful Management Inc. v. United Mexican States*, **ICSID** Case No. ARB(AF)/00/3, 26 June 2002, Decision on Preliminary Objections Concerning the Previous Proceedings, para. 49.

¹⁴⁰⁸ Brabandere, **Abuse**, s. 621; Gaffney, **Abuse**, s. 518. İstisnası hakkında bkz. United Nations Convention on the Law of the Sea madde 294.

uygulanmasında tahkim mahkemelerinin herhangi bir özel düzenlemeye dayanmaksızın ilkeye başvurulduğu görülmektedir¹⁴⁰⁹.

İlkenin normatif temeli *Rompetrol v. Romania* uyuşmazlığında açıkça sorgulanmıştır¹⁴¹⁰. Burada davalı, davacının hissedarları hakkında davalı tarafından yürütülen cezai soruşturmaları engellemek amacıyla tahkim sürecinin başlatıldığını iddia etmiştir. Davacı tarafından cezai soruşturmalara karşı çıkılmadığı ancak yürütülme biçimine itiraz edildiğinin belirtilmesi üzerine davalı bu itirazında ısrar etmemiş, böylece mesele sonuca etkisi olmayan teorik bir tartışmaya dönüşmüştür. Bununla birlikte, heyet tarafından uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması dikkat çekici bir şekilde ele alınarak ilkenin normatif temeli incelenmiştir. Kararda, ön inceleme sırasında itiraz olarak ileri sürülen cezai soruşturmaları engellemek amacıyla tahkimin başlatıldığı iddiasının, açıkça çok geniş kapsamlı bir isnat olduğu kabul edilmiştir. Bu iddianın, bir yatırım uyuşmazlığı taraflarının tahkimi yetkilendirdikleri kesin olarak veya *prima facie* belirlenmesi akabinde bir başvuruyu değerlendirip değerlendiremeyeceği hakkında ICSID heyetini karar vermek zorunda bırakacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan, ICSID heyetinin kendisine bahşedilen yargı yetkisini kullanmak zorunda olduğu göz önüne alındığında, tahkim yargılamasında hem yetki hem de esasa dair bir inceleme gerektiren bu kadar geniş kapsamlı bir iddianın Washington Konvansiyonu'nun kendisiyle, hazırlık aşamasıyla veya buna dair içtihat hukukuyla pozitif bir temele dayanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴¹¹.

Hakem heyetlerinin konuya dair yaklaşımı ele alındığında, hakemlerin hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurdıkları ve bunu hukukun genel bir ilkesi olarak

¹⁴⁰⁹ *Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/12/28, 2 June 2016, Award, para. 100-119; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, UNCITRAL Rules, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility, paras 538-554; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, 22 September 2014, Award, para. 231-233; *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, 18 July 2013, Award on Jurisdiction, para. 408-423; *Cementownia S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, 17 September 2009, Award; *Lao Holdings N.V. v. The Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, 21 February 2014, Decision on Jurisdiction; *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, 30 June 2009, Award, para. 161; *Phoenix Action v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award.

¹⁴¹⁰ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, 18 April 2008, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, para. 111.

¹⁴¹¹ *Ibid*, para. 115.

uyguladıkları¹⁴¹², ilkeye başvurma erklerinin kendilerine bahşedilen yetkiden, tahkim sürecinin bütünlüğünü koruma ve tahkim adaletinin iyi yönetilmesini sağlama görevinden kaynaklandığı görülmektedir¹⁴¹³. *Libananco v. Türkiye* uyuşmazlığında da bu husus açıkça vurgulanmıştır¹⁴¹⁴. Bu çok katmanlı ve çok taraflı uyuşmazlıkta, *Uzan* ailesi aslında ICSID tahtında dava açamamasına karşın, Çukurova Elektrik A.Ş. (“ÇEAŞ”) ve Kepez Elektrik A.Ş. (“Kepez”) firmalarında diğer akit devlet vatandaşı *Libananco* firması hisselerinin haksız kamulaştırılması nedeniyle *Libananco* altında tahkim süreci başlatmıştır. Burada hakemler tarafından *Libananco*’nun kontrolü hususu değerlendirilmesi gerekmesine rağmen, hisse devir sözleşmelerinin geçerliliği ve davacının yatırımcı konumu araştırıldığı için yargılama süreci uzamıştır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanılarak *tüzel kişilik perdesi* en başta kaldırılrsa, aslında bu dava daha yetki aşamasında reddedilebilirdi. Ancak hakkın kötüye kullanılması kavramı doğrudan ele alınmamış olmakla birlikte, kararda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin salahiyeti açıkça kabul edilmiştir¹⁴¹⁵.

Hakemler genellikle sözleşmenin tabi olduğu hukuk temelinde karar verdiği uygulanacak maddi hukuk durumunun aksine, usule ilişkin olarak ilgili tahkim kurulu tüzüğü veya ICSID usul kuralları gibi uluslar ötesi usul kurallarına göre yargılamayı yürütmektedir. ICSID Sözleşmesi, tahkim tüzükleri veya kurallarındaki hükümlerin hiçbirinde “hakkın kötüye kullanılması” ilkesi *açıkça* öngörülmemiş olmakla birlikte, hakemler yargılamanın iyi bir şekilde yönetilmesi için ilkeden faydalanmaktadır¹⁴¹⁶. Hakemlerin tahkim sürecinin bütünlüğünü koruyacak şekilde işlev gördüğü ve tahkim sürecini koruma, yargılamanın adilliğini ve verimliliğini artırma ihtiyacı çerçevesinde genel olarak tahkim yargılamasının ve adaletinin idaresi için genel bir hakkın kötüye

¹⁴¹² ICC Partial Award in Case No. 14208/14236 of 2013, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2013, Sayı 24, 62.

¹⁴¹³ Gaffney, *Abuse*, s. 521; Brown, *Inherent*, s. 245; Ascensio, s. 783; Brown, *Relevance*, s. 6 vd.; Topcan, s. 633; ILA, *Report*, s. 8.

¹⁴¹⁴ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, 23 June 2008, Decision on Preliminary Issues, para. 78.

¹⁴¹⁵ Bkz. dn. 927, 1035. Bu uyuşmazlık ve bununla alakalı diğer uyuşmazlıklara ilişkin inceleme için bkz. Yılmaz, *Faydaların Reddi*, s. 69 vd.

¹⁴¹⁶ Zaten çeşitli tahkim kurallarında da ilke açıkça anılmadan ilkenin özüne yer verilmektedir. Örneğin bkz. 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/5; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 22/1; 2021 ICDR Tahkim Kuralları madde 22; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 25.

kullanılması ilkesi ortaya çıkmaktadır¹⁴¹⁷. Hakemler hakkın kötüye kullanılmasına genel bir ilke olarak açıkça atıfta bulunmakta ve usule ilişkin her türden hakka ilkeyi uygulamaktadır¹⁴¹⁸. Hakemlerin ilkeyi hukukun genel bir ilkesi olarak açıkça ele almadığı hallerde dahi, tahkim hukuku çerçevesinde ilkenin kullanılma ve işleme biçimleri ilkenin tahkim usulünün genel bir ilkesi oluşturduğuna dair kati bir delil teşkil etmektedir.

Mobil v. Venezuela uyuşmazlığında, davalı tarafından *Exxon Mobil*'in Hollandalı bir holding aracılığıyla şirket yeniden yapılandırmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği belirtilerek ikili yatırım anlaşması uyarınca yargı yetkisine itiraz edilmiştir¹⁴¹⁹. Hakem heyeti, hukukun kötüye kullanılmasını önlemek için ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinin tümünde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin veya benzer kavramların bulunduğunu açıkça belirterek, ilkenin hukukun genel bir ilkesi olduğu kabul etmiştir¹⁴²⁰. Hakkın kötüye kullanılması uygulanırken hakemlerce, tahkime erişim sağlamayı amaçlasa dahi davaya eşlik eden vakıalar çerçevesinde kurumsal yeniden yapılandırmaların ve *yetkili mahkeme/anlaşma alışverişi*nin meşru görülebileceği veya hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği vurgulanmıştır. Çeşitli şikayetlerin yeniden yapılandırma öncesinde ileri sürülmüş olmasına karşılık davalının bunlara cevap vermediği gözetilerek, uyuşmazlığın davalı açısından *öngörülebilir* olduğu kabul edilmiştir. Böylece, kurumsal yeniden yapılandırma öncesindeki uyuşmazlıklar ve gelecekteki uyuşmazlıklar arasında bir ayrım yapılmıştır. Heyet, davacıların yatırımlarını bu şekilde korumak ve ICSID'e erişmek için yatırımlarını yeniden yapılandırmasının 'gelecekteki uyuşmazlıklara ilişkin olduğu sürece tamamen meşru bir amaç' olduğunun altını çizmiştir. Diğer taraftan, mevcut uyuşmazlıklar bakımından ICSID'e erişim

¹⁴¹⁷ **Ibid.**

¹⁴¹⁸ *Orascom TMT Investments S.à.r.l.*, **ICSID** Case No. ARB/12/35, 31 May 2017, Award, para. 541.

¹⁴¹⁹ *Mobil Corp. v. Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 167.

¹⁴²⁰ **Ibid**, para. 169 vd.

sağlamak için yapılan yeniden yapılandırmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar verilmiştir¹⁴²¹.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bu şekildeki tasviri *Pacific Rim v. El Salvador* uyuşmazlığında¹⁴²², hukuk istismarının önlenmesi için yerel ve uluslararası hukuk düzenlerinde ilkenin tanındığının ve evrensel olduğunun kabul edildiği *ConocoPhillips* uyuşmazlığında¹⁴²³ da tasdik edilmiştir.

ICSID nezdinde görülen *Cementownia v. Türkiye* uyuşmazlığında, davacı tarafından hissedarı olduğu iki şirkete karşı Türkiye'nin tedbir aldığı belirtilerek tahkim yargılaması başlatılmıştır. Davacı, davalının EŞA kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Davacı iki şirkete dair hisse alımını kanıtlamayacağını, dava açma ehliyetinin bulunmadığını, hakları saklı kalmak kaydıyla davanın düşürülmesini talep etmiştir. Öte yandan davalı, davacının dava açma ehliyetine ilişkin olarak saklı tutulan hakların da reddi ile kendi lehine zarar ve masraflara hükmedilmesini istemiştir¹⁴²⁴. Bu talebinde davalı, tahkim yargılamasının sadece Türkiye'ye zarar vermek amacıyla başlatıldığını savunmuştur¹⁴²⁵. Hakem heyeti, davacının tahkim yargılamasını kötü niyetle başlattığını kabul etmiş ve hakkın kötüye kullanılması genel ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıca, davacının süre uzatım talepleri, hukuk müşavirinin değiştirilmesi ve yeni hukuk müşaviri bulunması, telafi için sürekli beyanlarını değiştirmesi, tahkim masraflarını arttırması gibi oyalayıcı taktikler ve usuli suistimallerle hakkın kötüye kullanıldığı ifade edilmiştir¹⁴²⁶. Böylece usulün kötüye kullanılmasının kınandığını

¹⁴²¹ *Ibid*, para. 204 vd.

¹⁴²² *Pacific Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, 1 June 2012, Decision on Jurisdiction, para. 2.44.

¹⁴²³ *ConocoPhillips v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, Decision on Jurisdiction and the Merits, para. 273 vd.

¹⁴²⁴ *Cementownia S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, 17 September 2009, Award, para. 109.

¹⁴²⁵ *Ibid*, para. 165.

¹⁴²⁶ *Ibid*, para. 158.

göstermek için manevi tazminata hükmedilebileceği açıkça kabul edilerek tahkim yargılamasının tüm masraflarını davacıya tahmil etmiştir¹⁴²⁷.

Uluslararası tahkimde yargılamanın iyi idaresini sağlamak için hakkın kötüye kullanılması ilkesinin usule ilişkin boyutuyla uluslar ötesi bir ilke olarak işlev gördüğünü teyit eden bir başka dava da *Saipem v. Bangladesh* uyuşmazlığıdır¹⁴²⁸. İtalyan *Saipem* ile Bangladeş devlet teşekkülü *Petrobangla* arasında doğal gaz boru hattı inşası için Bangladeş hukukuna ve ICC tahkimine tabi bir sözleşme akdedilmiştir. Proje tamamlanmasına rağmen *Petrobangla*'nın alıkoyma parasının ödenmemesi üzerine, *Saipem* tarafından Bangladeş'te ICC tahkimi başlatılmıştır. *Petrobangla* yargılamanın yürütülmesine ilişkin bir dizi usuli talep sunmuş, hakem heyeti talepleri reddetmiştir. Bunu takiben *Petrobangla*, Bangladeş'teki devlet mahkemelerine başvurarak ICC tahkiminin yetkisinin kaldırılmasını, *Saipem*'in de ICC yargılamalarına katılmasından men edilmesini talep etmiştir. *Dhaka* mahkemesi tarafından *Petrobangla* haklı bulunmuş ve hakem heyetinin görevini kötüye kullandığı iddiası kabul edilmiştir. ICC'nin yetkisinin kaldırılmasına ve tedbire hükmedilmiştir. *Dhaka* mahkemesinin kararına rağmen, hakem heyeti davayı görmüş ve *Petrobangla*'yı sorumlu tutan esasa ilişkin bir karar tesis etmiştir¹⁴²⁹. Bu hakem kararına karşı açılan iptal davasında Bangladeş mahkemesi kanun nezdinde iptal edilebilecek bir tahkim kararının bulunmadığını, çünkü yoklukla malul bir tahkim kararının iptal veya tenfiz edilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁴³⁰.

Akabinde *Saipem*, anılan ICC kararının tenfiz edilmemesinin İtalya-Bangladeş ikili yatırım anlaşmasına aykırı olduğu iddiasıyla ICSID tahkimine başvurmuştur. Bangladeş mahkemesine başvurulmasının ve ICC tahkiminin engellenmesine istinaden *Saipem* tarafından tahkim hakkının bulunduğu ve bu hakkının ICC kararı delaletiyle kamulaştırılan yatırımlara ilişkin olduğu ileri sürülmüştür¹⁴³¹. ICSID, *Saipem*'in ICC kararında ele alınan yatırımının kamulaştırıldığı ve Bangladeş'in hakkını kötüye

¹⁴²⁷ *Ibid*, para. 171.

¹⁴²⁸ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, 30 June 2009, Award, para. 7-10.

¹⁴²⁹ *Ibid*, para. 31 vd.

¹⁴³⁰ Ruth Teitelbaum, "Case Report on Saipem v. Bangladesh", *Arbitration International*, 2010, Cilt 26 Sayı 2, 313-322, s. 314.

¹⁴³¹ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, para. 122.

kullandığı kanaatine ulaşmıştır. ICSID tarafından bu konuda dava konusu vakıalar ve ICC heyetinin tesis ettiği usuli kararlar da incelenmiştir. ICSID, hakem heyetlerinin yetkisinin görevi kötüye kullanma hallerinde devlet mahkemelerince kaldırılabileceğini¹⁴³², ancak *Dhaka* mahkemesinin takdir yetkisini bahşedildiği amaç dışında kullandığını kabul etmiştir. Hakkın kötüye kullanılması tespitinde, tahkim kuralları veya ICSID Sözleşmesi'nde yer alan hiçbir pozitif hukuk kuralına dayanmaksızın, ilkenin uluslar ötesi doğası ve tahkim yargılamasının iyi yönetilmesindeki işlevi esas alınmıştır¹⁴³³. Böylece ICSID kararında, Bangladeş devlet mahkemelerinin denetim yetkisinin amacı dışında kullanıldığı, ICC hakem kararının tenfiz edilmemesinin kamulaştırma olarak görüldüğü ve uluslararası kabul gören hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır¹⁴³⁴. Burada ayrıca ICC hakem kararı adeta kesin hüküm etkisi göstermiş, ICSID hakem heyetinin tazminat miktarını tartışmamıştır¹⁴³⁵.

Aynı şekilde, UNCITRAL himayesinde ad-hoc heyet huzurunda görülen *Himpurna v. Persero*¹⁴³⁶ ve *Patuha v. Persero*¹⁴³⁷ uyuşmazlıklarında da heyet tazminat talebi ve miktarının belirlenmesinde ilkeyi uygulamıştır. İlkenin evrensel bir hukuk ilkesi ve hukukun genel ilkesi olduğu teyit edilmiş, uygulanacak hukuka tabi olmadan geçerli olduğu vurgulanmıştır¹⁴³⁸.

Böylece, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukukun genel bir ilkesi olduğu teyit edilmiştir¹⁴³⁹. Artan suistimal vakalarının, uluslararası tahkimdeki hakemleri, tahkim sürecinde ortaya çıkan farklı suistimal biçimleriyle başa çıkmak için düzeltici bir araç bulmaya yönlendirdiği iddia edilmiş ve bu belirsizliğin uluslararası tahkim sisteminin

¹⁴³² *Ibid*, para. 159.

¹⁴³³ *Ibid*, para. 149.

¹⁴³⁴ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 June 2009, para. 161.

¹⁴³⁵ P.J. Martinez-Fraga/ H.R. Samra, "The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2012, Cilt 32 Sayı 3, 419-449, s. 442.

¹⁴³⁶ Paulsson, *Unlawful*, s. 223; *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, Ad hoc arbitration under UNCITRAL rules, Final Award, 4 May 1999, *XXV Yearbook Commercial Arbitration*, 2000, 11.

¹⁴³⁷ *Patuha Power Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, 14 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* B-1, B-44 (Dec. 1999).

¹⁴³⁸ *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, UNCITRAL, Ad hoc Arbitration, 4 May 1999, Final Award, *XXV Yearbook Commercial Arbitration*, 2000, 11, 91-92.

¹⁴³⁹ Nolan, s. 504.

uluslararası anlaşmazlıkların adil ve etkili bir şekilde çözümü için önemli bir araç olarak görülen statüsünü zedelediği endişeleri dile getirilmiştir¹⁴⁴⁰. Sonuç olarak, uluslararası tahkimde usule ilişkin kötüye kullanmanın çeşitli görünümüleriyle mücadele etmek için genel bir hakkın kötüye kullanması ilkesinin ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bu çıkarım, ilkenin önde gelen hukukçular tarafından genel bir usul ilkesi olarak kabul edilmesi ve tahkim mahkemeleri tarafından sürekli uygulanmasıyla da desteklenmektedir¹⁴⁴¹.

Uluslararası tahkim hukukunun hukuki çerçevesinde, hakemlerin hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurmasını ve ilkeyi uygulamasını engelleyen herhangi bir şey bulunmamaktadır. Daha önce belirtildiği gibi, modern tahkim tüzüklerinin ve kurumsal kurallarının çoğu hakemlere süreci düzenlemek, tahkim sisteminin bütünlüğünü korumak ve tahkimin adaletinin iyi yönetilmesini sağlamak için geniş yetkiler bahsetmektedir¹⁴⁴². Ayrıca, hakemlere usule ilişkin konularda karar vermek için genel kabul görmüş ilkelere başvurma yetkisi de verilmektedir¹⁴⁴³. Mevcut ticari/yatırım tahkim çerçevesinin hakların kötüye kullanılmasına ilişkin pozitif bir hukuki düzenleme içermediği doğru olmakla birlikte, hakemlerin usule ilişkin kötüye kullanımı ve uluslararası tahkimde usuli suistimali önlemek için hakkın kötüye kullanılması ilkesine sıklıkla başvurduklarına dair uygulamalar incelenmiştir. Hakemlerin bu önleme faaliyetinde hakkın kötüye kullanılması ilkesini hukukun genel bir ilkesi olarak algıladığı ve uyguladığı belirlenmiştir¹⁴⁴⁴. Özellikle *Orascom* kararında önceki uygulama ve kararların eleştirilerek hakkın kötüye kullanılmasının usuli boyutu da açıkça kabul edilmiştir¹⁴⁴⁵.

Tahkim mahkemeleri tarafından hakkın kötüye kullanılmasına dayanılmasında genellikle yargılamanın bütünlüğünü ve adilliğini korumak ve adaletin iyi ve adil

¹⁴⁴⁰ Gaillard, **Abuse**, s. 17.

¹⁴⁴¹ *Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama*, **ICSID** Case No. ARB/12/28, 2 June 2016, Award, para. 102.

¹⁴⁴² Örneğin bkz. MTK madde 10/D/2; 2021 ISTAC Tahkim Kuralları madde 22, 28, 39; İngiltere Tahkim Kanunu madde 33; 2021 ICC Tahkim Kuralları madde 22; 2020 LCIA Tahkim Kuralları madde 14/5; 2016 SIAC Tahkim Kuralları madde 22/1; 2021 ICDR Tahkim Kuralları madde 22; 2018 HKIAC Tahkim Kuralları madde 25.

¹⁴⁴³ **Ibid.**

¹⁴⁴⁴ Topcan, s. 627.

¹⁴⁴⁵ Bkz. dn. 1076 vd.

yönetimini sağlamaya ilişkin içkin yetkilerinden faydalanılmaktadır¹⁴⁴⁶. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin kaynağını teşkil eden iyi niyet ve dürüstlük kuralının her hâlükârda geçerli olduğu, bunun *lex mercatoria*'nın bir prensibi olduğu göz önüne alındığında hakkın kötüye kullanılması ilkesini sadece maddi hukuka özgülemenin de doğru olmadığı, ilkenin usule ilişkin haklar bakımından dahi geçerli olduğu çıkarımında bulunulmuştur.

C- ÜSTÜN HUKUK İLKESİ NİTELİĞİ

Hakkın kötüye kullanılmasının maddi hukuk ve usul hukukunda genel bir ilke olarak uygulandığı önermesi yukarıda açıklandığı üzere doğrulanmıştır. Bunun mantıklı bir sonucu olarak, hakemler hakkın kötüye kullanılması ilkesini yürürlükteki uygulanacak ulusal hukukun bir parçası olarak (ilkenin yerel uygulama kapsamına ve yerel özelliklerine tabi şekilde) ya da tarafların uluslar ötesi prensiplere atıf yaptığı veya başka bir seçeneğin olmadığı haller gibi hakemlerin hukukun genel ilkelerine başvurmakta yetkili olduğu durumlarda uluslar ötesi bir ilke olarak uygulamalıdır¹⁴⁴⁷. Bunun tek istisnası, yani hakemlerin yetkisinin aranmadığı tek hal, ilkenin üstün bir ilke veya uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi teşkil etmesidir. Gerçekten, ulusal veya uluslar ötesi herhangi bir ilke veya hukuk kuralı taraflarca kabul edilmesi veya boşluk bulunması halinde uygulanmasına rağmen, uluslar ötesi kamu düzeninin belirli ilkelerine her hâlükârda riayet edilmesi gerekmektedir¹⁴⁴⁸.

Bu tespit, PECL madde 1.103 ve 1.201 ile UNIDROIT İlkeleri madde 1.3 ve 7 gibi uluslararası hukuki düzenlemelerde benimsenen tek tip ilkelerle uyumludur. Çünkü bir tahkim kararının iptalinin talep edildiği (veya tenfizinin talep edildiği) ülkenin yerel kamu düzenine aykırı olması (Model Kanunu benimseyen hukuk düzenleri veya İngiltere gibi) ya da uluslararası kamu düzenine aykırı olması (Fransız Medeni Usul Kanunu gibi) halinde söz konusu tahkim kararı iptal edilecek veya tenfiz talebi reddedilecektir. Bu

¹⁴⁴⁶ **Ibid**, s. 628 vd.; *Mobil Corp. v. Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction, para. 184.

¹⁴⁴⁷ Redfern, **Practice**, s. 78; Waincymer, **Uniform**, s. 49; Gaillard, **Myths**, s. 163; Note, s. 1820.

¹⁴⁴⁸ Gaillard/Savage, s. 860; Alexis Mourre, "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator", **Arbitration International**, 2006, Cilt 22 Sayı 1, 95-118, s. 116.

bakımdan, hakkın kötüye kullanılması ilkesi tarafların belirledikleri hukuk düzeninin bir parçası değilse, hakemler ilkeye uluslar ötesi bir kamu düzeni meselesi olarak mı başvurmalıdır? Bu bağlamda, kamu düzeni kavramı ile uluslararası veya gerçekten uluslar ötesi kamu düzeni kavramının özel olarak ele alınması gerekmektedir.

Uluslararası tahkim hukukunda, kamu düzeni kavramının belirsiz kapsamının devletlere yerel anlamda özel ve hatta beklenmedik durumlarda tahkim kararının iptali imkânı bahşetmesinden duyulan endişe sıklıkla dile getirilmektedir. Kamu düzeni sebebiyle yabancı mahkeme kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilememesine dair hükümler ulusal veya uluslararası her türden düzenlemede bulunmaktadır¹⁴⁴⁹.

İlgili hükümlerin kapsamı itibariyle iki ayrı uç örnek değerlendirilecek olursa, **(i)** şeriat hukukunda kamu düzeni kavramı ilgili düzenleme uyarınca çok daha geniş ele alınmıştır. Bu düzenlemeye göre *şeriat hukuku hükümlerini veya kamu düzenini ihlal eden tahkim kararları* iptal edilebilecektir¹⁴⁵⁰. **(ii)** Diğer taraftan, örneğin Polonya’da iptal sebebi olarak tahkim kararının Polonya devleti hukuk düzeninin *temel ilkelerini* ihlal etmesi aranmakla oldukça dar bir kapsam ifade edilmiştir. Ancak tahkim kararında uyuşmazlık konusu sözleşmeye ilişkin değerlendirmenin yanlış yapılarak bir tarafın mülkiyet hakkını ihlal edilmesi halinde dahi Polonya Yüksek Mahkemesi tarafından bu tahkim kararının iptaline karar verildiği görülmektedir¹⁴⁵¹. Bu sebeple, mahkemeler kamu düzeni kavramını gerekli gördüklerinde oldukça geniş yorumlamaktadır. Ancak, bir iptal sebebi olarak öngörülmesine rağmen önde gelen uluslararası düzenlemeler olan Model Kanun veya NYC’de kamu düzeni kavramının tanımı yapılmış değildir.

Sistemden sisteme değişmekle birlikte milli kamu düzeni, ilgili ülkedeki temel hukuki değerler olarak ya da yerel ahlak, hakkaniyet ve kamu menfaati standartları olarak tanımlanabilir. Tahkim kararı sonrası süreçte taraf özerkliği ve kamu düzeni arasında bir

¹⁴⁴⁹ Örneğin bkz. MTK madde 15/A, Alman Medeni Usul Kanunu madde 1059, UNCITRAL Model Kanunu madde 34, NYC madde V.

¹⁴⁵⁰ Suudi Arabistan Krallığı, Royal Decree No. M/34, Tahkim Kanunu, madde 50/2.

¹⁴⁵¹ Johannes Koepf/ Agnieszka Ason, “An anti-Enforcement bias? The application of the substantive public policy exception in Polish annulment proceedings”, **Journal of International Arbitration**, 2018, Cilt 35 Sayı 2, 157, s. 169.

denge aranmakta ve böylece tahkim kararları üzerinde denetim temin edilmektedir¹⁴⁵². Kamu düzeni esnek bir kavram olarak davaya eşlik eden vakıalar çerçevesinde ele alınmaktadır¹⁴⁵³. Kavramın bu esnek görünümünün yanında uluslar ve uluslararası düzeydeki farklı tezahürleri de evrensel olarak kabul edilen bir tanımlama yapılmasını engellemektedir¹⁴⁵⁴.

Burada bir hususa daha dikkat çekilmelidir. Kamu düzeni kavramından genellikle mahkemelerin ayırlamayacağı en temel hukuk normları anlaşıldığından, kamu düzeni ‘emredici hükümler’ kavramının da ötesindedir. Hukuk düzenlerinde tamamen ve aynen kabul edilmemekle birlikte, rekabet hukuku, iflas hukuku, tüketicinin korunması, döviz arbitrajı, gümrük hukuku düzenlemeleri genellikle emredici karakterdedir. Bu emredici karakter çoğu zaman kamu düzeniyle örtüşmekle beraber, bir devletin tüm emredici hükümlerinin kamu düzeni kapsamında bulunmamaktadır. Yaygın bir şekilde de kabul

¹⁴⁵² Zena Prodromou, “The Public Order Exception in International Commercial Arbitration”, **International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes**, Kluwer Law, Cilt 56, 2020, s. 169 ve 154.

¹⁴⁵³ *Egerton v. Brownlow*, [1853] 10 E.R. 359; *Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de L’Industrie Du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969. Öğretide Erdem, kanuni düzeyde kamu düzeni tanımlaması yapılmasının uygun olmadığını da belirtmektedir. Bahadır Erdem, “İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık”, **ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 2014, 109-119, s. 109.

¹⁴⁵⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 269; Kemal Dayınlarlı, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı**, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür, 1988, 655-692, s. 663; Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, **Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan**, 2020, Cilt 40 Sayı 1, 143-201, s. 254; Aloysius P. Llamazon, “Corruption in International Investment Arbitration”, Loukas Mistelis (eds), **Oxford International Arbitration Series**, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 110; Aslı Bayata Canyaş, **UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, Ankara, Adalet, 2016, s. 110

edildiği üzere, emredici hükümlere aykırılık ancak hukuka dair makullük ve adalet duygusunu da açık bir şekilde ihlal ediyorsa kamu düzenine aykırı addedilmektedir¹⁴⁵⁵.

Bu kapsamda ‘doğrudan uygulanan kural’ ayrımına da değinilmelidir. Doğrudan uygulanan kurallar devlet politikalarına göre şekillenerek özel hukukta vuku bulan ilişkilere doğrudan müdahale ederek bunları düzenlemekte, hususi olarak kamu yararını gözetmekte ve emredici hukuk kurallarının da adeta üzerinde yer alarak uygulama alanı bulduğu durumlarda mutlaka uygulanmaktadır¹⁴⁵⁶. Bu şekilde, doğrudan uygulanan kurallar belirli bir meseleye ilişkin özel düzenlemeleri içermektedir¹⁴⁵⁷. Diğer taraftan yukarıda açıklandığı üzere kamu düzeni kavramı, toplumun genel değerlerini yansıtan kurallar bütünüdür ve esnek bir şekilde her türlü uyuşmazlıkta uygulama alanı bulabilmektedir¹⁴⁵⁸. Yani doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni kapsamında ele alınmakla birlikte, farklı bir görünüme ve uygulama alanına sahiptir.

Milli kamu düzeni kavramı, uluslararası kamu düzeni kavramını kapsamakta ve bunun bir üst başlığını teşkil etmektedir. Çünkü uluslararası düzlemde kamu düzeni kavramı çok daha dar ele alınmaktadır. Yabancılık unsurunun doğurduğu ilave istisnailik, ulusal hukuklarda kesinlikle kabul edilemeyecek bazı durumların, uluslararası düzlemde göz ardı edilebilmesini sağlamaktadır¹⁴⁵⁹. Aksi halde, milli kamu düzeninin yerel niteliklerinin yabancılık unsuru içeren meselelere dayatılması, uluslararası ticaretin

¹⁴⁵⁵ Born, **Arbitration**, s. 55 vd; UNCITRAL, **Guide on the Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**, 2016 Baskısı, New York, UN, s. 244 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 2013/1135 E., 2014/973 K., 26.11.2014 T.: “Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 10.02.2012 gün ve 2010/1 esas, 2012/1 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; kamu düzeni kavramının müdahale alanı, son derece geniş ve yoruma müsaittir. Türk kamu düzeninin ihlali gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.”.

¹⁴⁵⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 186; Çelikel/Erdem, s. 155. Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. dn. 717.

¹⁴⁵⁷ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 27 vd.

¹⁴⁵⁸ Çelikel/Erdem, s. 155.

¹⁴⁵⁹ Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **1958 New York Sözleşmesi’nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı**, çev. Ali Yeşilırmak/ İsmail Esin, Lahey, 2015, s. 113

gelişmesini engelleyebilecektir. Tam olarak bu konuda ABD Yüksek Mahkemesi tarafından “uluslararası nezaket kurallarının, yabancı ve uluslararası tahkim mahkemelerinin yetkinliklerine saygının ve uyuşmazlık çözümünde öngörülebilirliğinin sağlandığı uluslararası bir sistem ihtiyacının doğurduğu hassasiyet, ulusal düzlemde aksi sonuca ulaşılabilecek olsa da tarafların [tahkim] sözleşmelerine geçerlilik tanımamızı gerektirir.” yaklaşımı da benimsenmiştir¹⁴⁶⁰.

Benzer şekilde, öğretiyeye de doğrudan atıfta bulunularak Yargıtay HGK tarafından “Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla iç hukukta kamu düzeni ihlali sayılan bir durum, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir. Taraflar tahkim sözleşmesinde, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku seçmişlerse hakem, tarafların bu vesile ile uygulanacak olan hukukun kamu düzenini de seçtiklerini kabul etmek durumundadır. Başka bir ifade ile, kamu düzeninin, seçilen hukuka bağlı kalınarak değerlendirilmesi gereklidir.” şeklinde karar tesis edilmiştir¹⁴⁶¹. Böylece uluslararası kamu düzeni kavramı haklı bir şekilde, istisnai karakterine rağmen milli kamu düzeninin bir alt başlığı olarak ele alınmaktadır.

Devletlerin benimsediği milli kamu düzeni kavramına dair tüm hususların uluslararası alana sirayet etmesi düşünülemez. Uluslararası ticaretin de gittikçe yaygınlaşmasıyla, devletlerin kendi menfaatlerinden ayrı ve bağımsız bir alana duyulan ihtiyaç da artmaktadır. Diğer taraftan, milli kamu düzenlerinde benimsenen bazı prensiplerin vazgeçilmez bulunduğu, herhangi bir uygulamanın bunlara uymak zorunda olduğu da aşîkârdır. Herhangi bir sözleşme hükmü veya tahkim kararı bu şekilde benimsenen milli kamu düzenlerinin zorunlu ve vazgeçilmez kısmını hiçbir şekilde ihlal etmemelidir. Bu öz, öğretide ‘uluslararası kamu düzeni’ olarak ifade edilmekte ve bu kavram devletlerin yabancılık unsuru barındıran hukuki ilişkilere ilişkin politikasını göstermektedir¹⁴⁶². Bu müessese, ifade edildiği üzere, milli kamu düzeni kavramından da

¹⁴⁶⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 422; Redfern, **Redfern**, para. 9 vd.; *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 105 S. Ct. 3346, 3355-57 (1985).

¹⁴⁶¹ Dayınlarlı, s. 664; Yargıtay HGK, 2013/1847 E., 2015/2020 K. 30.09.2015 T.

¹⁴⁶² **Ibid.**; Ayoğlu, **Lex Mercatoria**, s. 118; Mayer/Sheppard, s. 259; Mantilla-Serrano, s. 335; Petrochilos, s. 110; Ekşi, **Kamu Düzeni**, s. 154; Dayınlarlı, s. 663 vd.

çok daha sınırlı bir kapsamı ifade etmektedir¹⁴⁶³. Milli kamu düzeni kavramının yargısal uygulamasının istisnai niteliği¹⁴⁶⁴ bir tarafa, uluslararası kamu düzeninin buna göre çok daha istisnai bir nitelik taşıdığı, yalnızca ilgili devlet hukuk düzeninin özlü prensiplerinin “*adalet duygusunu katlanılmaz derecede*” ihlal edilmesi halinde ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bu istisnai karakterin dayanağında ise şüphesiz yabancılık unsurunun yarattığı somut durumda uyuşmazlığın, esasında ilgili devlet nezdinde esaslı bir müdahale teşkil etmiyor oluşu yatmaktadır¹⁴⁶⁵. Bunun tipik bir örneği olarak adil yargılanma hakkı verilmektedir ve konumuz çerçevesinde bunun nasıl ele alınması gerektiği yukarıda incelenmiştir¹⁴⁶⁶. Başka bir örnek olarak, tarafsızlığı ve/veya bağımsızlığı incinmiş bir hakem tarafından veya tehdit, rüşvet gibi araçlarla ulaşılan hakem kararlarının tüm hukuk sistemlerinde geçersiz kılınacağı belirtilebilir¹⁴⁶⁷.

Böylece *uluslararası kamu düzeni*, bir devletin kendi düzenleme ve prensipleri perspektifinden uluslararası bir bakış açısı benimseyerek tahkim kararını denetime tabi tutması olarak tanımlanabilir.

Milli kamu düzeni ve uluslararası kamu düzeni yanında, *uluslar ötesi kamu düzeni* kavramı da anılmaktadır¹⁴⁶⁸. Bu kavramın “*doğal hukukun temel kuralları, evrensel adalet ilkeleri, uluslararası kamu hukukunda jus cogens ve ‘uygar uluslar’ olarak adlandırılan devletler tarafından kabul edilen genel ahlak ilkeleri*” bütününe ifade ettiği belirtilmelidir¹⁴⁶⁹. ILA da *Uluslararası Tahkim Kararlarının Uygulanmasını Önlenmesinde Kamu Düzeni hakkında Ara ve Nihai Raporlarında* bu kavramı aynen

¹⁴⁶³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 480; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 271 vd.

¹⁴⁶⁴ Erkan/Özel/Pürselim/Karaca, s. 779 vd.

¹⁴⁶⁵ Amokhura Kawharu, “The Public Policy Ground for Setting Aside and Refusing Enforcement of Arbitral Awards” **Journal of International Arbitration**, 2007, Cilt 24 Sayı 5, s. 510.

¹⁴⁶⁶ Bkz. dn. 803 vd.

¹⁴⁶⁷ Llamazon, s. 112 vd.; Andrew Okekeifere, “Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law”, **International Arbitration Law Review**, 1999, Cilt 2 Sayı 2, 72, s. 72.

¹⁴⁶⁸ Okekeifere, s. 73; Ekşi, **Kamu Düzeni**, s. 154.

¹⁴⁶⁹ Mayer/Sheppard, s. 259; Bernard Hanotiau/ Olivier Caprasse, “Public Policy in International Commercial Arbitration”, ed. Emmanuel Gaillard/ Domenico Di Pietro, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, Londra, Cameron, 2008, 794-796; Martin Hunter/ Gui Conde E Silva, “Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations”, **The Journal of World Investment**, 2003, Cilt 4 Sayı 3, 367, s. 368.

benimsemektedir¹⁴⁷⁰. Bu haliyle kavram, uluslararası kamu düzeni kavramına nazaran çok daha soyut ve sınırları belirsiz bir görünüm arz ettiği için pozitivist hukuk yaklaşımına aykırı düşmektedir. Gerçekten *uluslar ötesi kamu düzeninin* herhangi bir yasal düzenlemede karşılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, her iki kavramın ortak bir bütünü oluşturduğu, çoğu zaman birlikte anıldığı, farklılıklarının teorik bir tartışmadan olduğu ifade edilebilir¹⁴⁷¹. Resmi dillere ilişkin çeviri farklılıkları bir yana, her iki kavramın da dayanak ve yansımalarının genel olarak çok büyük benzerlik arz ettiği aşîkârdır¹⁴⁷². Diğer taraftan, milli hukuk düzenlerinden tamamen ayrık bir bütün teşkil eden uluslar ötesi kamu düzeni kavramının da kabul edilmesi, hukuki öngörülebilirliği artırarak uluslararası ticaretin işleyişini kolaylaştırmaktadır. NYC ve UNCITRAL Model Kanunu gibi neredeyse tüm hukuk düzenlerinde yaygın bir şekilde kabul edilen veya etkisi gözlenen düzenlemelerin uluslar ötesi olma düzeyini sağladığı ileri sürülebilir¹⁴⁷³.

Uluslararası kamu düzeni kavramının tüm hukuk düzenlerinde kavramsal olarak anılmadığı, bu kapsamdaki prensiplere ilişkin gerçek anlamda bir fikir birliği bulunmadığı, kamu düzeni kavramının devletlerin yerel ve ulusal uygulamalarının özünü koruduğu ve bu çerçevede uluslararası kamu düzeninin esasında milli olduğu savunulmaktadır. Hindistan ve Hong Kong mahkemeleri böyle bir yaklaşım benimsemektedir¹⁴⁷⁴. Bununla beraber, çeşitli hukuk düzenlerinde uluslararası kamu düzeni kavramına terimsel olarak yer verildiği ve kabul edildiği de gözlemlenmektedir¹⁴⁷⁵. Yargı ve hakem kararlarında da *uluslararası kamu düzeni* kavramı işlenerek tanıma/tenfiz taleplerinin reddi veya iptal sebebi olarak değerlendirildiği görülmektedir¹⁴⁷⁶. Ayrıca

¹⁴⁷⁰ International Law Association, “Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, **London Conference**, 2000, Bölüm I.V.B.2.a., 20.

¹⁴⁷¹ Hanoatiou, **Public Policy**, s. 795.

¹⁴⁷² UNCITRAL, “3. Working Group Report”, A/CN.9/233, 1983, para. 154; AİHS.

¹⁴⁷³ Redfern, **Redfern**, s. 173 vd.; Born, **Arbitration**, s. 104 vd.; Prodromou, s. 215 vd.

¹⁴⁷⁴ UNCITRAL, **Guide**, s. 241 vd.

¹⁴⁷⁵ Born, **Arbitration**, s. 323; Gaillard/Savage, para. 1648; Hanoatiou, **Public Policy**, s. 196.

¹⁴⁷⁶ *Allsop Automatic Inc v. Tecnoski*, Milano S.C., 1992.

uluslar ötesi kamu düzeni bakımından Fransa, İtalya, Portekiz gibi Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin yanında ABD’de de müspet bir yaklaşımda bulunmaktadır¹⁴⁷⁷.

Diğer taraftan, Norveç ve İsveç gibi bazı hukuk düzenlerinde gerek pozitif düzenlemeler gerekse de yargısal yaklaşım kamu düzeni kavramını zaten oldukça dar yorumlamakta olduğundan, böyle bir ayırım yapılmasının gereğinin bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁴⁷⁸. Katı bir sınıflandırma yapılmaksızın İngiltere yargısının da aynı yaklaşımı benimsediği söylenebilir¹⁴⁷⁹.

Bu kapsamda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, ILA tarafından *Uluslararası Tahkim Kararlarının Uygulanmasını Önlenmesinde Kamu Düzeni hakkında Ara ve Nihai Raporlarında* “hukukun temel ilkesi” olduğu belirtilmiş, bunun uluslararası kamu düzeni ilkesi olarak kabul edilmesi tavsiye edilmiştir¹⁴⁸⁰. Raporda öncelikle uluslararası kamu düzeninin, uyumsuzlukla doğrudan ilgisi veya bağlantısı olmasa bile devletler tarafından korunması gereken adalet ve ahlakla ilgili temel maddi ve usuli ilkeleri içerdiği tespit edilmiştir¹⁴⁸¹. Akabinde uluslararası kamu düzeninin temel ilkelerinin özü olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı gösterilmiştir¹⁴⁸². Bu tür raporlar, incelenen konularla ilgili en iyi uygulamaları ve öncü yaklaşımları sergilemektedir. Hakkın kötüye kullanılmasının ILA tarafından benimsendiği şekilde tasviri, hukukçuların görüşlerine ve hakemlerin yerleşik uygulamalarına da uygundur¹⁴⁸³. NYC bakımından kamu düzeni istisnası değerlendirilirken mahkemelerin kamu düzeni istisnasını dar bir şekilde yorumladığı, yerel ve uluslararası kamu düzeni arasında açık bir ayırım yaptığı, bu istisnanın ancak en temel ahlak ve adalet mefhumları ihlal edildiğinde uygulanabileceği belirtilmiştir. Bunlara

¹⁴⁷⁷ UNCITRAL, **Guide**, s. 241 vd.

¹⁴⁷⁸ **Ibid.**

¹⁴⁷⁹ *Deutsche Schachtbau v. Shell*, atf. **Ibid.**, s. 242.

¹⁴⁸⁰ International Law Association, “Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, **London Conference**, 2000, Bölüm I.V.B.2.a., 20.

¹⁴⁸¹ Mayer/Sheppard, s. 255.

¹⁴⁸² **Ibid.**

¹⁴⁸³ Gaillard, **Abuse**, s. 34; Swiss Federal Tribunal, 8 March 2006, *Tensaccia S.P.A v. Freyssinet Terra Armata R.L.*, 4P.278/2005, **ASA Bulletin**, 2006, Sayı 24, 550, 553.

örnek olarak uyuşturucu kaçakçılığı, rüşvet, yolsuzlukla mücadele, özel gereksinimleri olan bireylerin korunması, hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması verilmektedir¹⁴⁸⁴.

Bu konudaki tahkim kararları gerçekten az olmakla birlikte, birtakım uyuşmazlıkların incelenmesi konunun açıklığa kavuşturulmasında yardımcı olacaktır.

Öncelikle, ilkenin maddi hukuk boyutuyla uluslar ötesi kamu düzeni seviyesine yükselip yükselmediği ve bu şekilde işleyip işlemediği pratik bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Ancak ilkenin ulusal hukuk sistemlerinde ve hukukun genel bir ilkesi olarak her yerde mevcut olduğu düşünüldüğünde, ilkenin maddi hukuk boyutunun üstün hukuk ilkesi teşkil edip etmediği davaların sonucu açısından mutlaka önemli değildir. Zira hakemler, uygulanacak maddi hukukun bir parçası olduğunda veya bu ilkeleri uygulamaya yetkili olduğu durumlarda hukukun genel bir ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılması ilkesini zaten uygulayacaktır. Bununla birlikte, ilkenin hukukun genel bir ilkesi olarak uygulanmasından farklı olarak ulusal bir ilke olarak uygulanmasının, ilgili hukuk kapsamındaki özel uygulama kapsamına bağlı kalmayı gerektirdiği unutulmamalıdır.

Himpurna v. Persero ve *Patuha v. Persero* kararlarında ilkenin hem maddi hem de usule ilişkin bir ilke olduğu vurgulanmış, özellikle yürürlükteki hukuka tabi olmaksızın ağır basan ve üstün bir ilke olarak uygulanabileceği vurgulanarak buradaki yaklaşım teyit ve tasdik edilmiştir¹⁴⁸⁵. Bu davalarda bir Amerikan şirketinin iki bağlı şirketi *Himpurna* ve *Patana* ile PLN (Endonezya Devlet Elektrik Kurumu) arasında *Himpurna* ve *Patana*'nın PLN'ye elektrik tedariki sağlaması, kuyu ve benzeri başka altyapı yatırımları yapmasına dair sözleşme ("ESC") akdedilmiştir. 1997 yılındaki Endonezya ekonomik krizinin akabinde PLN'nin sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğine dair başkanlık kararnameleri çıkarılmıştır. Böylece *Himpurna* ve *Patana* yatırımları askıya alınmıştır. *Himpurna* ve *Patana* tarafından ayrı ayrı tahkime başvurulmuş, sırasıyla 2,3 milyar ABD

¹⁴⁸⁴ ILA, **Public Policy**, s. 7 dn. 20.

¹⁴⁸⁵ Paulsson, **Unlawful**, s. 223; *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, **UNCITRAL**, Ad-hoc Arbitration, 4 May 1999, Final Award, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, 11; *Patuha Power Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia)*, 14 **Mealey's Int'l Arb. Rep.** B-1, B-44 (Dec. 1999).

doları ve 1,4 milyar ABD doları tazminat talep edilmiştir. Her iki dava da tazminat miktarı dışında hemen hemen aynı olduğundan, burada *Himpurna* kararı incelenecektir¹⁴⁸⁶.

Hakem heyeti tarafından, Endonezya hukuku uygulanarak *PLN*'nin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal ettiği, bunları kötü niyetli bir şekilde yerine getirdiği tespit edilmiştir. Böylece, *Himpurna* kâr kaybı da dahil olmak üzere tazminata hak kazanmıştır. Kâr kaybı tazminatına ilişkin olarak, talep edilen miktarın %10'undan daha azına hükmedilmiştir. Burada hakem heyeti, hakkın kötüye kullanılmasına dayanarak bu ilkenin evrensel ve genel bir ilke olduğunu, uluslararası tahkimin meşruiyetini sağladığını kaydetmiştir. Endonezya hukukunun ilkeye açıkça atıfta bulunmadığı değerlendirilerek, ilkenin uluslararası tahkim sürecine uygun şekilde maddi hukukun üstün bir unsuru olarak uygulanmasına karar verilmiştir. Böylece hakem heyeti, *PLN* tarafından kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın enerji üreterek Endonezya devleti ve halkı için sürekli artan kayıplar yaratma konusunda davacının sınırsız bir hakkı varmış gibi kaybedilen kârları değerlendirmeyi kabul edilemez bulmuştur. Böyle bir hakkın varlığı sözleşmenin açık hükümlerinin lafzi yorumuyla mümkün olsa da henüz gerçekleştirilmemiş yatırımlarla ilgili olarak *ESC*'nin katı hükümlerinden tam olarak faydalanılabileceği kabulünün, hali hazırda büyük zarara uğramış karşı tarafın zararını iyice derinleştirebileceği ve bu durumun da hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği kanaatine varılmıştır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi *PLN* lehine uygulanırsa, davacının meşruiyeti tartışmasız kabul edilebilir sınırı aşmasının engellenebileceği kabul edilmiştir¹⁴⁸⁷.

Bu karar, uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yalnızca genel bir hukuk ilkesi olarak değil, aynı zamanda tazminatın ödenmesi ve miktarının

¹⁴⁸⁶ *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, **UNCITRAL**, Ad-Hoc Arbitration, 4 May 1999, Final Award, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, 11, para. 14.

¹⁴⁸⁷ *Ibid*, para. 90.

belirlenmesi aşamasıyla ilgili olarak üstün hukuk ilkesi boyutuyla uygulayabileceğini vurgulaması nedeniyle özellikle dikkat çekicidir¹⁴⁸⁸.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin üstün hukuk ilkesi olarak işlediği, tabi olunan hukuktan ve tarafların iradesinden bağımsız bir şekilde uygulanması gerektiği görülmektedir. Ayrıca karar gözden geçirildiğinde, ilkenin hem maddi hem de usul hukuku boyutunun tasdikinde benimsenen ölçüt muğlak da olsa makullük ve dengeleme faktörüdür¹⁴⁸⁹. Bu ölçüt de uluslararası/uluslar ötesi bağlamda böylece onaylanmaktadır. Tahkim kararına göre özellikle, hak sahibinin kusuru olmamasına rağmen, kabul edilebilir normlar aşıldığında bir hakkın kötüye kullanılması tespiti yapılabilir¹⁴⁹⁰.

Bu uygulama tam olarak önceki bölümlerde ele alınan dengeleme faktörünün yansımaları olup kusur bulunmamasına rağmen bir hakkın kullanımından doğan zararların ciddiyeti göze alınarak hakkın kötüye kullanıldığı tespit edilmektedir. Bunun yanında, sözleşme düzenlemelerinde genel olarak kabul edilen menfaatler kapsamında görülen *pacta sunt servanda*¹⁴⁹¹ ve hukuki güvenlik¹⁴⁹² müesseseleriyle tartışmalı da olsa çelişmesine rağmen, bu karara varılmasında çatışan menfaatlerin değerlendirildiği açıktır.

Hakkın kötüye kullanılmasının hukukun temel ve üstün bir ilkesi olarak nitelendirilmesi, özellikle kapsayıcı *pacta sunt servanda* ilkesiyle bağdaşmadığı da göz önüne alındığında, uluslararası tahkimde tam kabule veya oybirliğine tabi bir husus değildir¹⁴⁹³. Burada kast edilen önerme, ilkenin temel ve üstün ilke boyutunun geniş ölçüde kabul edilmesinin kanımızca yeterli olacaktır. Zaten bu durum, çalışmamızın karşılaştırmalı hukuk bölümünde ele alınmış olup ilke açık bir şekilde kabul edilmese de tüm hukuk sistemlerinde özünün bulunduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca, *De Fina*'nın

¹⁴⁸⁸ Santoro, s. 721.

¹⁴⁸⁹ WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 158.

¹⁴⁹⁰ Petrova, s. 456; *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, UNCITRAL, Ad-hoc Arbitration, 4 May 1999, Final Award, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, 11, 93.

¹⁴⁹¹ Michael Pryles, “Lost Profit and Capital Investment”, **World Arbitral & Mediation Review**, 2007, 1, s. 14.

¹⁴⁹² BIICL, “Case Note: Karaha Bodas and Himpurna Arbitrations”, 2008, 6.

¹⁴⁹³ Pryles, s. 14; John Y. Gotanda, “Recovering Lost Profits in International Disputes”, **Georgetown Journal of International Law**, 2004, Sayı 36, 61, s. 104 vd.

muhalefet şerhinde dahi hakkın kötüye kullanılması ilkesinin çoğunluk tarafından kabul edilen zorunlu niteliği ve uluslar ötesi doğası teyit edilmiştir. Bununla birlikte *De Fina* tarafından, tazminat hesabında hukuki güvenliğe ve özel hukukun temel ilkelerine zarar verecek bir şekilde hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanıldığı, bu ilkenin iyi niyetin bulunmadığını veya kötü niyeti gösteren bulguların yokluğunda uygulanmasının davacının uygunsuz ve haksız bir şekilde cezalandırılması teşkil ettiği belirtilmiştir¹⁴⁹⁴.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasının kötü niyet veya zarar verme kastı tespitine tabi tutulması, ulusal ilke – uluslar ötesi ilke bağlamında çoğunluk ile muhalif hakem arasında algı farklılığı bulunduğunu göstermektedir. Endonezya hukukunun iyi niyete dair bir hüküm içerdiği, ancak açıkça hakkın kötüye kullanılması öngörmediği göz önüne alındığında¹⁴⁹⁵, muhalif hakem hakkın kötüye kullanılması yalnızca kötü niyetin kanıtlanması durumunda uygulanabileceği görüşünü benimsemiştir. Öte yandan çoğunluk **(i)** kendisini Endonezya hukukunun düzenlemeleriyle sınırlamamış, **(ii)** Endonezya hukukunun bir parçası olmayan makullük ölçütünü benimsemiş, **(iii)** ilgili düzenlemede öngörülmemiş bir uygulama olan kusurun bulunmamasına rağmen, makul olmayan zararlara hükmedilmesinin önlenmesi prensibini uygulamış, **(iv)** sözleşmenin ve pozitif hukukun ötesine geçmiştir. Böylece ilkeyi genel ve üstün bir hukuk ilkesi olarak açıkça tasdik etmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bir devlet manevrası olarak *ex resed non ex nomine* (kanunu dolanma veya kanuna karşı hile) yaygın bir şekilde kabul edilmektedir. Bununla, bir devletin yükümlülüklerinden kurtulmak için hukuk düzenini veya iç düzenlemelerini manipüle ederek kötüye kullandığı durumlar gösterilmektedir¹⁴⁹⁶. Dolayısıyla devletlerin veya kamu teşekküllerinin bir uyuşmazlık vukuunda uluslararası tahkim şartını kabul ettiği durumda, tahkimden kaçmak için kendi yerel hukukuna

¹⁴⁹⁴ *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, UNCITRAL, Ad-hoc Arbitration, Dissenting Opinion of Arbitrator De Fina, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000, 11, para. 108.

¹⁴⁹⁵ Endonezya Medeni Kanunu madde 1338.

¹⁴⁹⁶ Cheng, s. 122; Paulsson, **Expectation**, s. 73.

dayanmasını önlemek için *uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi* olarak hakkın kötüye kullanılmasına başvurulabilir¹⁴⁹⁷.

Benteler v. Belgium uyuşmazlığında ilke suistimal teşkil eden davranışların engellenmesi için kullanılmış ve ilke “*uluslararası tahkimde uyulması zorunlu olan*” bir kural olarak tanımlanmıştır¹⁴⁹⁸. 1971 tarihli 1939 sayılı ICC tahkiminde de devletlerin ve devlet kuruluşlarının kendi hukuk düzenlerine güvenerek yükümlülüklerinden kaçınması şeklindeki taciz edici davranışlarının tahkim mahkemeleri tarafından korunmayacağı, bu türden davranışların *uluslar ötesi kamu düzenine aykırı olduğu* ifade edilmiştir¹⁴⁹⁹.

2002 tarihli 10947 sayılı ICC tahkiminde de *çelişkili davranış* olarak ortaya çıkan durumda ilke uygulanmıştır¹⁵⁰⁰. Uluslararası toplumun, devletlerin ve kamu teşekküllerinin kendi iç hukuklarına dayanarak yükümlülüklerinden kurtulamayacağı, suistimal teşkil edecek bu durumun aynı şekilde uluslar ötesi kamu düzenini ihlal ettiği vurgulanmıştır.

Benzer şekilde *Millicom v. Senegal* uyuşmazlığında, *Millicom* tarafından Senegal-Hollanda ikili yatırım anlaşmasına dayanılarak ICSID nezdinde dava açılmıştır. Davalı Senegal tarafından ICSID tahkimine rıza gösterilmediği ileri sürülerek ICSID tahkim yetkisine itiraz edilmiştir. Buna karşılık *Millicom*, VCLT madde 31 çerçevesinde ikili yatırım anlaşması uyarınca ICSID’in yargı yetkisinin bulunduğunu, ayrıca *en çok gözetilen ulus* kloxunun da bunu pekiştirdiğini savunmuştur. Devamla, ikili yatırım anlaşması taraflarının yatırımcılara verimli ve tam korumayı bahsettiği, bu bakımdan ikili yatırım anlaşmasındaki ICSID tahkim kloxunun hukuki kesinliğe hizmet edecek şekilde işlevselleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁵⁰¹. ICSID heyeti *en çok gözetilen ulus* kaydını değerlendirmeye dahi gerek duymadan, anlaşma koşullarının sağlandığından bahisle

¹⁴⁹⁷ Paulsson, *Expectation*, s. 73.

¹⁴⁹⁸ *Benteler v. Belgium*, Ad-hoc Arbitration, 18 November 1983, Award, **Journal of International Arbitration**, 1986, Sayı 1, 184, 188.

¹⁴⁹⁹ ICC Case No. 1939 of 1971, [1973] **Review Arbitrage** 145, atf. *Millicom and Sentel v Republic of Senegal*, **ICSID** Case No. ARB-08-20, 16 July 2010, Decision on Jurisdiction, para. 103(b).

¹⁵⁰⁰ ICC Case No. 10947 of 2002, **ASA Bulletin**, 2004, Sayı 22, 308, para. 30.

¹⁵⁰¹ *Millicom and Sentel v Republic of Senegal*, **ICSID** Case No. ARB-08-20, 16 July 2010, Decision on Jurisdiction, para. 22 vd.

davalı Senegal'in yetki itirazını reddetmiştir. Burada hakemler tarafından uluslararası kamu düzenine de atıfta bulunularak, akit devlet Senegal'in *çelişkili davranış* teşkil edecek şekilde kendi hukukuna dayanamayacağı özellikle belirtilmiştir¹⁵⁰²

Bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması ilkesinden açıkça bahsedilmemekle birlikte, uluslar ötesi kamu düzeninin (maddi ve usule ilişkin) bir ilkesi olarak işlev gördüğü ileri sürülmektedir¹⁵⁰³. Bu bağlamda, ICC nezdinde görülen 1972 tarihli 1803 sayılı uyuşmazlık özellikle dikkat çekicidir¹⁵⁰⁴. Tamamen Pakistan hükümetine ait bir şirket (*EBIDC*) ile bir Fransız şirketi (*SGTM*) arasında, Doğu Pakistan'da (1971'de Bangladeş Cumhuriyeti oldu) gaz taşınması için boru hattı inşaatına ilişkin, Pakistan hukukuna tabi ve ICC kuralları uyarınca Cenevre'de görülecek tahkim şartını havi bir sözleşme akdedilmiştir. 12 milyon Fransız Frank'ı tutarındaki ihtilafa ilişkin olarak Cenevre'de başlatılan tahkim davasında dönemin Bangladeş cumhurbaşkanı tarafından bir kararname ile *EBIDC*'in tüm hisselerinin, yönetim kurulunun ve çalışanlarının yanında borçlarının da yeni kurulan *BIDC*'e devredilmesine karar verilmiştir. Ayrıca kararnamede, daha evvel *EBIDC*'e karşı yürütülen tahkimlerin iptal edildiği, hiçbir kararın bağlayıcı ve icra edilebilir olmadığı öngörülmüştür. Akabinde, önce *EBIDC*'in, sonra *BIDC*'in lağvedilmesine dair kararlar çıkarılmıştır.

Hakem heyeti, *SGTM*'nin Bangladeş'e davanın ihbarı ve tahkime *EBIDC* yerine *BIDC*'e karşı devam edilmesi talebini uygun bulmuştur. *BIDC* ve Bangladeş'in müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu sonuca varılırken hakem heyeti tarafından Bangladeş kararnamelerinin niteliği ve amaçlanan etkisinin, İsviçre'nin doğal adalet anlayışına, adil muamele standartlarına ve egemen devletleri bağlayan ahlaki prensiplere tamamen aykırı olduğu belirtilmiştir. Devamla, borçlunun borcunun tartışılmaya açılmasının engellenmesi için baştan itibaren geçersiz olduğu iddiasının, doğal adalet anlayışına tamamen zıt düşen bir husus olduğu ve kişi veya kamu otoritesinin kendi lehine yargıçlık yaptığı kabul edilmiştir. Hakem heyeti, *lex fori*'nin kesinlikle bu kararnameleri tanımayacağı veya uygulamayacağını, hakkın aşikâr bir

¹⁵⁰² *Ibid.*, para. 103(b).

¹⁵⁰³ Silva, s. 135 vd.

¹⁵⁰⁴ ICC Case No. 1803 of 1972, V *Yearbook Commercial Arbitration*, 1980, 177-185.

şekilde kötüye kullanılmasının İsviçre ‘*ordre public*’ (kamu düzeni) ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Böyle bir olgunun İsviçre’de hiçbir mahkeme tarafından veya İsviçre usul hukukuna tabi olan hiçbir tahkimde tanınmaması ve uygulanmaması gerektiği vurgulanmıştır¹⁵⁰⁵. *BIDC*’in münfesihi olduğu ve hakem heyetinin de Bangladeş bakımından yargı yetkisinin bulunmadığından bahisle tahkim kararının daha sonra Cenevre mahkemesi tarafından iptal edildiğini, iptal kararının da İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi tarafından onandığını belirtmek gerekir.

Söz konu hakem kararı iptal edilmiş olmasına rağmen ve *lex arbitri* olarak İsviçre hukuku uygulanmış olmakla birlikte, hakkın kötüye kullanılmasının niteliği ve uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi statüsü konusunda yol göstericidir. Borçlunun hakkın kötüye kullanılması teşkil eden davranışı, doğal adalete, hakkaniyete ve ahlak standartlarına aykırı bulunmuştur. Bu güçlü çıkar ve normlar genel olarak uluslar ötesi kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır¹⁵⁰⁶. Bu nedenle, hakem tarafından temel İsviçre normlarının korunmasının amaçlanarak hakkın kötüye kullanılması ilkesine başvurulduğu, ancak dayanan gerekçenin uluslar ötesi kamu düzenini yansıttığı görülmektedir¹⁵⁰⁷. Bu bakımdan karar, hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile uluslar ötesi kamu düzeni arasındaki karşılıklı ilişkinin kabul edildiği görüşe de uygundur¹⁵⁰⁸.

Ele alınan örnekler ve değerlendirmeler ışığında, hakkın kötüye kullanılmasının hukukun temel bir uluslar ötesi ilkesi olarak kabul edildiği açıktır. Hatta, daha da ileri gidilerek uluslar ötesi kamu düzenine ilişkin olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵⁰⁹. Bu kabule göre, ilkenin uygulanabilirliğine dair koşullar sağlandığında, hukuk seçimine bakılmaksızın hakemler ilkeyi uygulamalıdır¹⁵¹⁰. Uluslararası tahkim usulü çerçevesinde

¹⁵⁰⁵ *Société des Grands Travaux de Marseille v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corporation*, Swiss Federal Tribunal, 5 May 1976, **V Yearbook Commercial Arbitration**, 1980, 217-219.

¹⁵⁰⁶ Hunter/Silva, s. 368; Mayer/Sheppard, s. 259.

¹⁵⁰⁷ **ICC Case No. 6474 of 1992, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility**, **XXV Yearbook of Commercial Arbitration**, 2000, 278, para. 36.

¹⁵⁰⁸ Silva, s. 135.

¹⁵⁰⁹ UNCITRAL, **Guide**, s. 241 vd.

¹⁵¹⁰ Lew/Mistelis/Kröll, s. 419 vd.

mevcut düzenlemelerin hakemlere yetki tanıdığı göz önüne alındığında¹⁵¹¹, genel kabul gören usul ilkeleri ve usuli hakların kötüye kullanılmasının sürekli engellenmesine istinaden, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslar ötesi kamu düzeni boyutuyla hakkaniyet mülahazaları çerçevesinde tahkime ilişkin hakların da kötüye kullanılması engellenmektedir¹⁵¹². Dolayısıyla ilke, uygulanacak hukuka ve *lex arbitri*'ye bakılmaksızın usuli haklar üzerinde de etkilidir¹⁵¹³.

Maddi haklarla ilgili olarak, güvence altına almayı amaçladığı güçlü çıkarlar göz önüne alındığında hakkın kötüye kullanılması temel bir ilke olarak kabul edilmekle birlikte, şimdiye kadar hakkın kötüye kullanılmasının uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi olduğu önermesinin yeterince gelişmediğini de belirtmek gerekir. Özellikle ilke *açıkça* uluslararası kamu düzenine ilişkin olmadıkça, vazgeçilmez taraf özerkliği ilkesini ihlal ettiği için uygulanacak maddi hukuk olan *lex causae*'dan herhangi bir sapma hoş karşılanmamaktadır¹⁵¹⁴. Bu nedenle, *de lege lata* bakış açısıyla ilkenin uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi olduğunun ileri sürülmesi aşırı bulunabilecektir. Ancak ilkenin gücünün, ilkenin *de lege ferenda* seviyesine yükseltilmesine uygun ve elverişli olduğu açıktır.

Tahkim yargılaması sırasında karşılaşılan çeşitli suistimal biçimlerinin giderek artması, uluslararası toplumun ve özellikle hakemlerin, bu tür usul suistimallerini gidermek için geleneksel araçlar dışında alternatif çözümler bulmasını gerektirmiştir. Uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesine dair gerçekleştirilen bu inceleme sayesinde, ilkenin çoğu hukuk sisteminde ve uluslararası hukukta her yerde bulunduğu gösterilmiştir. Aynı zamanda, uluslararası tahkimde genel bir hakların kötüye

¹⁵¹¹ *An Indian cement Company v a Pakistani bank*, Preliminary Award, ICC Case No. 1512, 1971, ed. Pieter Sanders, **Yearbook Commercial Arbitration, Volume 5**, Kluwer Law International, 1980, para. 128.

¹⁵¹² Stavros Brekoulakis, "Transnational Public Policy", ed. Thomas Schultz/Federico Ortino, **The Oxford Handbook of International Arbitration**, Online edn., Oxford, Oxford Academic, 120-149, para. 129 vd. Ayrıca örneğin bkz. dn. 1496 vd.

¹⁵¹³ Bkz. dn. 1361 vd., 1379, 1483 vd.

¹⁵¹⁴ Gaillard, **Myths**, s. 163; Gaillard/Savage, s. 785, 841 vd.; Lew/Mistelis/Kröll, s. 419 vd.

kullanılması ilkesinin ortaya çıktığına dair ikna edici kanıtların bulunduğu da ortaya konulmuştur.

Yerel hukuk düzenlerinin karşılaştırmalı bir şekilde incelenmesi neticesinde, ilke hem maddi hukuk hem de usul hukuku boyutuyla kabul edilmektedir. Bu tespit, önde gelen hukukçuların konuya dair müspet yaklaşımlarının yanında, ilkenin genel bir hukuk ilkesi olarak açık bir şekilde veya zımnen uygulanmasıyla da adeta tasdik edilmiştir. Bu çerçevede ilkenin karar vericilerin koruması ve uygulanması gereken temel menfaatleri yansıttığı kabul edilmekle birlikte, uluslar ötesi kamu düzeninin bir parçası olarak tasviri tartışmalıdır. Tarafların irade serbestisinin hakemlere de geniş bir takdir yetkisi olarak yansıdığı göz önüne alındığında, ilkenin uluslar ötesi boyutunun usule ilişkin haklar bakımından genel olarak kabul edildiği, haliyle *lex arbitri*'ye tabi olmaksızın uygulanması gerektiği sonucuna rahatlıkla varılabilmektedir.

Diğer taraftan ilkenin maddi hukuk boyutunda uluslar ötesi niteliği tartışılabilir hukuk düzenlerinde ekseriyetle kabul edildiği gözetilerek, ilkenin uygulanmasından pratik anlamda kaçınılamaz. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uluslararası kamu düzeninin özünü oluşturduğu hakkında artan eğilim ve gerek maddi gerek usuli boyutuyla burada ele alınan mülahazalar değerlendirildiğinde, tarafların hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek herhangi bir davranış için ihtiyatlı olması tavsiye edilmektedir.

SONUÇ

Uluslararası tahkimin bir bilim değil, sanat olduğu ileri sürülmektedir¹⁵¹⁵. Çünkü bu sistem neredeyse tamamen tarafların irade özerkliğine tabi olmakla adeta bir tuval teşkil etmektedir. Tarafların tercihleri ve hakemlerin yetkileri arasındaki karşılıklı ilişki çerçevesinde, her yargılama çok farklı esas ve usullere tabi olmasının yanı sıra, değişik bakış açılarından farklı görünümler arz etmekte ve tuvaldeki resim böylece netleşmektedir. Bu irade özerkliğinin doğurduğu geniş yelpazede, uluslararası tahkimin usuli suistimal ve kötüye kullanmalara maruz kaldığı da görülmektedir. Haliyle, uluslararası tahkimin böylece bozulan bir sisteme dönüşmesinin engellenmesine dair ciddi bir ihtiyaç bulunmaktadır.

Çalışmamız çerçevesinde, maddi ve usuli hakların kötüye kullanılmasının önlenmesinde *hakkın kötüye kullanılması ilkesinin* uluslararası tahkime nasıl sirayet ettiği değerlendirilmiş ve ilkenin hukukun genel bir ilkesi olarak tanınması ve gelişmesi incelenmiştir. Uluslararası tahkimde ilkenin rolü ve işlevi bu kapsamda ele alınarak bu ilkenin tahkim yargılamasının iyi yönetilmesini nasıl sağladığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu incelememiz kapsamında özetle, **(i)** hakkın kötüye kullanılması ilkesinin temel unsurlarına ve uygulama sınırlarına, **(ii)** ilke hakkında endişelere ve kısıtlamalara, **(iii)** uluslararası tahkimin dengelenmesi ve adaletin iyi yönetilmesi bakımından ilkenin işlevine, **(iv)** uluslararası tahkimde ilkenin maddi hukuk ve usul hukuku boyutuna, **(v)** genel ve uluslar ötesi ilke niteliğine dair bir dizi bakış açısı ve öneri sunulmuştur.

İlkenin genel bir hukuk ilkesi teşkil ettiğini ortaya koymak için tüm hukuk düzenlerinde aynen ve açık bir şekilde kabul edilmesinin zorunlu olmadığı görülmektedir. Benimsediğimiz yaklaşım çerçevesinde, ele alınan hukuk düzenlerinde hakim olan eğilim ilkenin geniş bir çapta tanındığını ve benimsendiğini ortaya koymaktadır. Bazı hukuk

¹⁵¹⁵ Aksent, s. 255; Thomas H. Webster, "Party Control in International Arbitration", **Arbitration International**, 2003, Cilt 19 Sayı 2, 119-142, s. 127.

sistemlerinde varlığı ve uygulaması tartışmalı olmakla birlikte yaygın bir şekilde kabul edilen bir ilkenin, hukukun genel bir ilkesini teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁵¹⁶. Ayrıca, bu ilkenin varlığı ve uygulamasının ilkenin tanınmadığı hukuk düzenlerine dahi yabancı olmadığı ve hukukun temel kavramlarını ihlal etmediği gözetilerek ilkenin önemini koruduğu söylenebilmektedir¹⁵¹⁷. Bu çerçevede ilkenin yaygın bir şekilde tanındığını belirlemek, doğasını tespit etmek, ulusal hukuk düzenlerindeki uygulamasını benzerlikleri ve farklılıklarıyla göstermek amacıyla, ilke karşılaştırmalı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Farklı hukuk sistemlerinin ve milli hukuk düzenlerinin bu şekilde değerlendirilmesi sayesinde, ilkenin hakkaniyete dair *çok yönlü* bir uygulama olduğu, hakkaniyete ilişkin mülahazaları açıkça gözettiği, katı hukuk kuralları ve sözleşmesel hükümlerin sertliğini iyileştirdiği ve düzelttiği görülmüştür.

İlke hukuki ve yasal bir zemine sahip olmakla birlikte, tanınması ve uygulaması hukuk düzenleri arasında kaçınılmaz olarak farklı görünümsergilemektedir. İlkenin hiçbir hukuk düzenine yabancı olmamasından hareketle *her yerde geçerli olduğu* öne sürülmektedir. Ancak buradaki hukuki zemin farklılık gösterebilmektedir. Fransa ve Louisiana hukuklarında ilke muğlak bir hukuki düzenlemeye tabi bulunmakta ve yargı makamları tarafından katı göstergeler çerçevesinde ele alınarak geliştirilmektedir. Almanya, İsviçre ve Türk hukukunda ilke açık bir kanuni düzenlemeye dayanmakla beraber, ilkenin uygulaması yine yargı makamlarına teslim edilmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesi öncelikle eşya/mülkiyet hukukunda ortaya çıkmış, zaman içinde hukukun diğer alanlarına yayılmıştır. Artık *hukukun tüm alanlarında etkili olduğu* kabul edilmektedir. Böylece, ilkenin hukukun genel bir ilkesi olarak her türlü hakkın kötüye kullanımını engellediği ileri sürülmektedir. İlke, usuli haklar bakımından da belirgin bir görünüm sergilemektedir. Bazı hukuk düzenlerinde usule ilişkin her türlü suistimalin hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle önleniği, bazı hukuk düzenlerinde ise usuli suistimalin önlenmesinde çeşitli kanuni düzenlemelerden

¹⁵¹⁶ Galliard, **2010**, s. 48 vd.; Barlas, s. 191; Uyar, s. 440; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 259; Uçaryılmaz, **Bona Fides**, s. 359.

¹⁵¹⁷ Gutteridge, **Comparative**, s. 65.

faaydalanılmakta ancak burada da aslında ilkenin uygulanmasıyla ulaşılabilir sonuçlara varılmaktadır.

İlkenin Anglo-Sakson hukukundaki tezahürü de ele alınmış ve burada ilkeye dair genel bir kabul bulunmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, farklı kötüye kullanımların önlenmesinde ilkenin işlevsel eş değerlerine başvurulmaktadır. Burada, maddi hukuk ve usul hukuku ayrımı yapılması zaruridir. Usul hukukundaki işlevsel eş değerler aynen hakkın kötüye kullanılması ilkesi gibi işlemektedir. Maddi hukuk kapsamında ise ancak haksız fiil teşkil etmesi halinde maddi kötüye kullanımlar sınırlandırılmaktadır. Öğreti ve uygulamada ilkeyi benimsemeye dair güçlü bir eğilim de bulunduğu ileri sürülmektedir.

Çeşitli hukuk düzenleri ve farklı hukuk sistemlerinde bu şekilde ele alınması akabinde ilke, görüş ve öneriler de belirtilerek unsurları özelinde incelenmiştir. Görüldüğü üzere, hakkın kötüye kullanılması ilkesi hukuken tanınan bir hakkın varlığını ve bu hakkın şekli sınırları içinde uygulandığını, ancak zarar veya zarar tehlikesi doğurarak hakkın özünün bahsettiği korumayı ortadan kaldırdığını varsaymaktadır. Bu bağlamda, haklara dair zaten yaygın bir şekilde desteklenen karma görüş benimsenmiştir. Karma görüşün menfaat teorisi boyutu sayesinde, hakkın kötüye kullanılması yasaklanmış ve hakkın kötüye kullanılması ilkesi böylece ortaya çıkmıştır.

Karşılaştırmalı hukuk incelemesinde değerlendirilen ölçütler de göz önünde bulundurularak ilkenin uygulanması gereğini gösteren çeşitli emareler incelenmiştir. Her bir ölçüte dair çeşitli endişe ve eleştiriler ele alınmıştır. Farklı ölçütler büyük ölçüde ilişkili olduğu ve açık bir şekilde örtüştüğü için haliyle bazılarının gereksiz kalmaktadır. Bu çerçevede, **(i)** diğer ölçütlerin kapsamına girmeyen alanlarda da etkili olduğu, **(ii)** farklı düzeylerde de olsa tüm hukuk sistemleri ve düzenlerinin yanında uluslararası hukukta da başvurulduğu, **(iii)** diğer ölçütlerin kendilerini etkili bir şekilde kapsadığı, **(iv)** nesnel olduğu gözetilerek *makullük ölçütü* en etkili araç olarak değerlendirilmiştir. Gerçekten, hiçbir hakkın makul olmayan bir şekilde kullanılamayacağına dair genel kabul bulunduğu, makul olmayan kullanımların katı bir kural veya testle tespit edilemeyeceği, mevcut çatışan menfaatlerin esnek bir dengeleme uygulamasıyla karşılaştırılması gerektiğini ileri

sürmek de ‘makul’dür¹⁵¹⁸. Dengeleme faaliyeti sayesinde her hakkın sınırları tespit edilmekte ve böylece hukuk sisteminin düzgün işlemesi desteklenmektedir¹⁵¹⁹.

Ayrıca, başka ilkelerin de kötüye kullanımı önlemedeki rolü ele alınmıştır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin *daha geniş bir kapsamı ifade eden iyi niyet/dürüstlük kuralının bir uygulaması* olduğu açıkça görülmüştür. İyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması arasındaki dikey ilişki ve iyi niyetin hakkın kötüye kullanılması ilkesini de barındırdığına dair yaygın algı sayesinde, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin açıkça tanınmadığı veya bu ilkenin hakları kısıtlamak üzere uygulanmasının benimsenmediği sistemlerde, yargı makamları yine de iyi niyet temelinde hakların kullanımını sınırlandırmaktadır. Örneğin, Alman hukuku ve Amerikan hukuku yanında bazı tahkimlerde de böyle bir yaklaşım sergilediği tespit edilmiştir¹⁵²⁰.

Hakkın kötüye kullanılmasına dair temel mülahazalar böylece ortaya konduktan sonra, *ilkenin uluslararası tahkimdeki yansımaları* ele alınmıştır. İlkenin tahkim uygulamasına yabancı olmadığı, tahkim adaletinin ve yargılamasının iyi yönetilmesini sağlamadaki üstün önemi nedeniyle hakkın kötüye kullanılması ilkesinin genel bir ilke olarak tanındığı ve geliştiği değerlendirilmiştir. Tahkim yargılamasının ve adaletinin iyi yönetilmesi meselesinin çok geniş ve muğlak kapsamı nedeniyle, meselenin temel sütunlarını teşkil eden adillik, yargı süreci gereklilikleri ve usuli etkinlik/verimlilik esaslarının bunu nasıl sağladığı ortaya konmuştur. Hakemlerin, tahkimin dayanağı ve temelini teşkil eden irade serbestisini nasıl sınırlandırabileceği incelenmiştir. Haliyle, ‘*irade serbestisi paradoksu*’ kapsamında, aslında irade özerkliğinin yarattığı serbestiye dayanarak tarafların tüm tercih ve kullanımlarının bu serbestiyi kısıtladığı tespit edilmiştir. İrade serbestisi alanının köşe taşları olan *taraf özerkliği, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi* ve *adil yargılanma hakkının* temin edilmesinde, hakemlerin hepsini birden

¹⁵¹⁸ *Tidewater Inc. et al v. the Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, 8 February 2013, Decision on Jurisdiction, para. 147.

¹⁵¹⁹ Cheng, s. 136.

¹⁵²⁰ Judgment, 29 November 1956, 22 BGHZ 226, 230 (1957), çev. Bolgar, s. 1029-1030; *Fortune v. National Cash Register Co.*, 364 N.E. 2d 1251 (Mass. 1977), 1252-1253; WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, Decision, para. 158; *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, UNCITRAL, Ad-hoc Arbitration, 4 May 1999, Final award, XXV Yearbook Commercial Arbitration 2000, 11.

*denge*li bir şekilde sağlaması gerektiği vurgulanmıştır. Aksi halde, irade serbestisi özünde zedelenmiş olacağından, devlet mahkemelerinin iptal veya tenfiz davaları çerçevesinde denetimiyle karşılaşılacaktır. Hem hakemlerin yargılama sırasında yargılamanın iyi yönetilmesi uğruna taraflar arasında denge kurması gerektiği hem de kararın tenfizi aşamasında devlet mahkemelerinin de yine bu yönde denetim yaptığı gözetildiğinde, hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile ilkenin en önemli ölçütü olarak vurgulanan makullük ve dengeleme faktörünün önemi açık bir şekilde görölmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukukun genel bir ilkesi olarak kabulüyle tahkim mahkemeleri, tarafların yargılamanın adilliğini etkileyebilecek veya engelleyebilecek davranışlarının veya taleplerinin gerekçelerini ve amaçlarını yargılamanın etkin bir şekilde yürütölmesi için dikkate alabilecektir. Böylece hakemler, davaya eşlik eden vakıaları ele alıp tarafların çatışan menfaatlerini dengeleyerek herhangi bir talebin makul olup olmadığının tespit edebilecektir. Bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması ilkesinin, uluslararası tahkim özelinde oldukça sık karşılaşılan ve çokça tartışmaya sebep olan çeşitli uygulamaları incelenmiştir.

Tahkime erişimde kurumsal manevralar ve devlet manevraları, paralel yargılamalar, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili gibi güncelliğini koruyan konuların çeşitli örnekler ışığında ele alınması sayesinde, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin yaygın veya istisnai her türlü suistimalin önlenmesindeki başarısı ortaya konmuştur. Aksi takdirde, *CME/Lauder* uyuşmazlıklarındaki gibi paralel yargılamaların taraflara ve tahkim sistemine nasıl zarar verebileceği, tahkimin ve tahkim adaletinin itibarının nasıl zedelenebileceği açıklanmıştır. Gerçekten, bu uyuşmazlıklarda tahkim mahkemeleri tarafından hakkın kötüye kullanılması ilkesi etkili bir şekilde uygulan(a)madığından adillik, yargı süreci ve verimlilik gerekliliklerinin hiçbirini temin edilememiştir. Bu nedenle, bu konuyla karşı karşıya kalan tahkim mahkemeleri *Scylla* ve *Charybdis* arasında gidip gelmekte, aşılması güç bir ikilemle mücadele etmektedir. İnatçı geciktirmeler ve benzeri suistimalleri ifade eden gerilla taktikleri, sistemin adilliğini ve verimliliğini zayıflatarak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya muktedir görönmektedir. Ancak tarafların bu tür yaklaşımlarının tamamen engellenmesi de yargı süreci gerekliliklerine aykırı düşebilir. Hatta, yargı sürecine dair iki ihlal iddiasına yol açabilir: Makul olmayan gecikmeler

nedeniyle maliyetlerin artması, özellikle ekonomik olarak güçlü olmayan tarafların tahkime erişimini kısıtlayabilir. Böylece hem adillik hem de yargı süreci ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, tahkim yargılamasının yönetiminde, verimlilik ve adillik arasındaki hassas denge korunmalıdır. Tahkim mahkemelerinin en zor görevlerinden birinin bu dengeyi sağlamak olduğu söylenebilir.

Tahkimin dengelenmesi kavramı terminolojik olarak yargılamada yarışan değerler görünümündeki adillik, yargı sürecinin gereklilikleri ile verimlilik arasındaki karşılıklı ilişkiyi doğru bir şekilde ifade etmektedir. Dengeleme faktörü sayesinde hakkın kötüye kullanılması ilkesi işlevselleştirilerek usule ilişkin verimlilik, adillik ve yargı süreci arasındaki karşılıklı ilişki güçlendirilip herhangi bir gerilim giderilebilir. Verimsizlik, suistimal teşkil eden davranıştan kaynaklandığında ve böylece yargı sürecinin boynuzlarının törpülenmesi icap ettiğinde, gerekli dengeleme sürecini sağlamak bu ilke sayesinde mümkün olabilir. Uluslararası tahkimde hakkın kötüye kullanılması ilkesi uygulanarak bu *yargı süreci paranoyasının* da aşılabileceği ileri sürülmektedir.

Diğer taraftan, uluslararası tahkimde çeşitli kötüye kullanım biçimleriyle mücadele etmek için faydalanılan diğer kurallar ve ilkeler de tartışılmıştır. Bu kurallar ve hakemlerin bunların uygulama alanlarını nasıl belirlediği ele alındığında, bunların iyileştirici veya düzeltici işlevi bulunmadığı, ancak sonuçları hafifletici bir vazife üstlendiği tespit edilmiştir. Örneğin, masrafların hakkını kötüye kullanan tarafa tahmil edilmesi, caydırıcı bir nitelik arz etmemekte ve usul ekonomisine aykırı davranışları engellemekte yetersiz kalmaktadır. Benzer şekilde, *derdestlik* ve *kesin hüküm* prensipleri de müteakip ve paralel yargılamaları sınırlamak için etkili müesseselerdir. Ancak uygulamada genellikle tarafların veya talep sonuçlarının farklı olduğu gözetildiğinde, *üçlü kimlik testinin* katı gereklilikleri sağlanması çok zor bir eşik teşkil etmektedir. Benzer kurallar da çeşitli suistimal biçimleriyle başa çıkmaya çalışmaktadır ama bu kuralların kategorik yaklaşımları uygulama kapsamalarını son derece daraltmaktadır. Bu sebeplerle, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin gereksiz olduğu hiçbir şekilde ileri sürülemez. Zira, geniş bir uygulama alanını ve kapsayıcı bir önermeyi haiz tek bir teorinin meziyeti ve etkinliği, çok farklı şekillerde ortaya çıkabilen suistimallerin ele alınmasında ve hukukun genel ilkelerinin esnekliğinde yatmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulamasında

hiçbir katı veya şekli bir şart aranmamakta, böylece herhangi bir kötüye kullanım düzeltilmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması genel ilkesinin önemi, adaletin ve hakkaniyetin temin edilmesi ve yargılamanın iyi yönetilmesini sağlamasındaki rolünün yanında, kapsamlılığı ve diğer prensiplerin uygulanmadığı hallerde esnek bir şekilde uygulanabilmesinden ileri gelmektedir. Gücü de aynı şekilde bir kurala tabi kılınmamış herhangi bir suistimali gidermesinden kaynaklanmaktadır. İlkenin çeşitli görünümüleri belirli özel kurallarda belirginleşmekle birlikte, hukukun genel ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılmasının kabulü her türlü kötüye kullanımı düzeltmek için vazgeçilmezdir. Bu bulgular sayesinde, hakkın kötüye kullanılmasının meşru dayanağı belirlenebilir kılınmıştır.

İlkenin genel bir maddi hukuk ilkesi niteliği, öğretideki konuya dair görüşler ve uygulamadaki yaklaşımların incelenmesiyle kanıtlanmaya çalışılmıştır. Burada ilkenin *lex causae*'nin bir parçası olarak değil, hukukun genel ilkesi olarak değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca ilke, uluslararası hukuk düzenlemelerinde de genel bir ilke olarak ele alınmaktadır. İlke sadece özel hukukta değil, uluslararası kamu hukukunda dahi hukukun genel bir ilkesi teşkil etmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hukukun genel bir ilkesi olduğu ve çok çeşitli meselelerde uygulandığı görüşü, uluslararası mahkemeler ve tahkim mahkemeleri (CJEU, ICJ, WTO, ICSID gibi) uygulamalarıyla da teyit edilmiştir.

Ayrıca, ilkenin usul hukukunda da genel ilke olduğu ileri sürülmektedir. Bu amaçla öncelikle uluslararası tahkimde uluslar ötesi ilkelerin uygulanması ele alınmıştır. Hakemlere takdir yetkisi tanımak veya başka sebeplerle çeşitli tahkim kurallarının usuli süreçlere ilişkin hususlarda genel olarak sessiz kaldığı ve sadece eşitlik, adil yargılanma hakkı gibi geniş ilkelere atıfta bulunduğu, uluslararası tahkimin usuli çerçevesinin böylece *görünüş itibarıyla dar, yetki itibarıyla geniş* bir şekilde çizildiği görülmüştür. Hakemlerin buradaki olası boşlukları doldurmak amacıyla genel usuli ilkeleri tespit etmesi gereği ifade edilmiştir. Ayrıca, tahkim adaleti ve yargılamanın iyi yönetilmesi çeşitli uluslar ötesi ilkelerin doğmasına sebebiyet vermektedir. Uluslararası tahkimin bu şekilde ele alınması özerk bir tahkim düzeninin varlığına delalet ettiğinden, uluslar ötesi bir tahkim düzeninin

varlığı savunulmuştur. Bu özerk sistemin de farklı hukuk sistemlerinde yaygın bir şekilde kabul edilerek uluslar ötesi norm haline gelen prensipler ve usuli ilkeler ışığında temellenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, hakkın kötüye kullanılması ilkesi tahkim usulünün de genel bir ilkesidir. Çünkü bu ilke her türlü suistimalin ele alınmasında genel bir şekilde uygulanmakta, uluslararası düzenlemelerde kabul edilmektedir. Uygulama ve ilgili düzenlemeler çerçevesinde, makullük ölçütünün hakkın kötüye kullanılması ilkesinin en esaslı ve vazgeçilmez temeli olduğu saptanmıştır.

Tahkim mahkemelerinin ilkeye dair uygulamaları incelendiğinde, *ilk bakışta*, katı bir ölçüt benimsenmediği, davaya ilişkin tüm vakıalar çerçevesinde devlet mahkemelerinin başvurduğu niyet, makullük, hakların amacı gibi göstergelerden faydalandığı görülmüştür. Hakkın kötüye kullanılması etkili bir hukuki çözüm olarak kabul edilmekle birlikte, ilkeye dair birleştirici bir ölçütün bulunmaması eleştirilmiştir. Devlet veya tahkim mahkemeleri tarafından farklı sonuçlara varılsa dahi her hâlükârda hukukun genel ilkesi olarak hakkın kötüye kullanılmasının uygulanmasında dengeleme faktörü öne çıkmaktadır. Bir ICSID hakem heyeti tarafından hakkın kötüye kullanılmasında esas ölçütün, hakların korunması ve korumanın reddedilmesi arasında adil bir denge sağlaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu ölçütün uygulanması için çatışan menfaatler bağlamsal bir incelemeye tabi tutulmaktadır. Dengelemenin nasıl yapılacağı veya çatışan menfaatlerin nasıl tespit edileceğine dair pozitif bir düzenleme bulunmamakla birlikte, salt bu durum dahi hakkın kötüye kullanılması ilkesinin iyileştirici ve düzeltici işlevini teyit etmektedir. Bu sayede hukuk ve adalet iyi yönetilmiş olmaktadır. Nitekim uyuşmazlığın özellikleri göz önüne alınarak, ilkenin esnekliği de korunmalıdır. Buna göre, hakkın kötüye kullanıldığı tespiti, hakemlerin uyuşmazlık kapsamında tüm faktörleri ve menfaatleri dengelemesini gerektiren, hakikate dayalı bir soruşturmadır.

Makullük ve dengeleme faktörü, ilkenin görünümünün hepsinde farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. ICSID tahkimine erişmek için kurumsal yapı değişikliklerindeki karşılaştırılan menfaatler ile paralel yargılamalarda ele alınan çıkarlar farklıdır. Bunlara verilen önem de yine uyuşmazlığa göre değişmektedir. Bununla birlikte, çeşitli uyuşmazlıklar incelendiğinde, hakkın kötüye kullanımının tespitinde aynı hukuki ve kişisel menfaatlere başvurulduğu görüldüğünden, makullük ölçütünün hukuki

öngörülebilirliğe hizmet ettiği ileri sürülmektedir. Örneğin, paralel tahkim yargılamaları kapsamında ilkenin uygulaması incelendiğinde, genellikle çelişkili karar riski, verimlilik, yargılamanın yönetilmesi ve mağdur tarafın davranışına dair çatışan menfaatlerin ele alındığı görülmektedir. Özellikle sonuncusunun, yani mağdur tarafın davranışının, *temiz eller* prensibi uyarınca suistimale kirlenip kirlenmediği de düzenli olarak göz önünde tutulmaktadır. Bu konuda dikkat çekici bir örnek olan *Ampal v. Egypt* uyuşmazlığında, hakem heyeti tarafından davalının davaların birleştirilmesi talebini reddettiği ve farklı yargılamalarda değişik hakemler atadığı görüldüğünden, davalının paralel yargılamalar başlatılmasına dayanan hakkın kötüye kullanılması itirazı reddedilmiştir. Ayrıca, ilke sayesinde NYC veya başka hukuki düzenlemelerdeki tahkim anlaşmasına dair katı koşullar da yumuşatılabilmektedir. Söz gelimi NYC’de aranan *yazılılık şartı* daha geniş yorumlanarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmekte, böylece hakkın bu şekilde kötüye kullanılması engellenmektedir.

İlkenin hukuki niteliği bakımından, hakkın kötüye kullanılmasına dayanılmasında tahkim mahkemelerinin genellikle yargılamanın bütünlüğünü ve adillliğini korumak ve adaletin iyi ve adil yönetimini sağlamaya ilişkin içsel yetkilerinden faydalandığı tespit edilmiştir. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin kaynağını teşkil eden iyi niyet ve dürüstlük kuralının her hâlükârda geçerli olduğu, bunun *lex mercatoria*’nın bir prensibi olduğu göz önüne alındığında hakkın kötüye kullanılması ilkesini sadece maddi hukuka özgülemenin de doğru olmadığı, usule ilişkin haklarda da geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Mevcut ticari/yatırım tahkim çerçevesinin hakların kötüye kullanılmasına ilişkin pozitif bir hukuki düzenleme içermediği doğrudur. Ancak uluslararası tahkimde hakemlerin, usule ilişkin kötüye kullanımın ve usuli suistimalin önlenmesi uygulamalarında hakkın kötüye kullanılması ilkesine sıklıkla başvurdıkları görülmüş ve ilkenin pozitif temelden tamamen yoksun olmadığı sonucuna varılmıştır. Hakemlerin bu önleme faaliyetinde hakkın kötüye kullanılması ilkesini hukukun genel bir ilkesi olarak algıladığı ve uyguladığı belirlenmiştir. Özellikle *Orascom* kararında önceki uygulama ve kararlar eleştirilerek hakkın kötüye kullanılmasının usuli boyutu da açıkça gözetilmiştir. Tarafların irade serbestisinin hakemlere de geniş bir takdir yetkisi olarak yansıdığı göz önüne alındığında, ilkenin uluslar ötesi boyutunun usule ilişkin haklarda genel olarak kabul edildiği, haliyle *lex arbitri*’ye tabi olmaksızın uygulanması gerektiği sonucuna

rahatlıkla varılabilmektedir. Bunun yanında, ilkenin gerçekten genel olarak çoğu hukuk düzeninde kabul edilmiş olduğu ve *hiçbir* hukuk düzeninin ilkeyi inkâr etmediği de değerlendirildiğinde (ilkenin maddi hukuk boyutunda uluslar ötesi niteliğinin yadsınamayacağı görüşümüze rağmen) uluslar ötesi niteliği bulunmadığı görüşünde dahi ilkenin pratik anlamda uygulanacağı ileri sürülmektedir.

Çalışmamız kapsamında ve yukarıda özetlenen bulgular ışığında, ilkenin uluslararası tahkimdeki yansımalarına dair önerilerimizi aşağıdaki şekilde ifade edebiliriz:

- Hakkın kötüye kullanılması ilkesi çerçevesinde herhangi bir hakkın kullanımının kısıtlanması mümkündür. Hakların kullanımı üzerindeki bu denetim mekanizması, hiçbir hakkın mutlak olmadığı görüşünü de pekiştirmektedir.
- İlkenin uygulanmasında çeşitli ölçütler benimsenmekte ve uygulanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta sosyal amaca aykırı kullanım, iyi niyete aykırılık, zarar verme kastı, kötü niyet gibi çeşitli ölçütlerin kullanıldığı tespit edilmiştir. Ancak bunların büyük ölçüde örtüştüğü, bazılarının diğerlerini gerçekten atıl dahi bıraktığı görülmektedir. Bunlardan *zarar verme kastı* kesinlik sağlamasıyla, *hakkın tesis edildiği amacın dikkate alınması* toplumsal menfaatleri gözetmesiyle, *iyi/kötü niyet* ölçütü de ahlak ve hakkaniyeti korumasıyla öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu ölçütlerin öznel doğası, ilkenin uygulamasını güçleştirmekte ve hukuki belirliliği zedelemektedir. Ayrıca bu ölçütler kapsamı itibariyle de dardır. Gerçekten de hak sahibinin kusuru dahi yoksa, hak sahibinin zarar verme niyetinin bulunduğu, hakkın amacından sapıldığı veya hakkın kötü niyetli bir şekilde kullanıldığının ispatlanması esaslı bir güçlük arz etmektedir.
- İlkenin *makullük ölçütü ve dengeleme faktörü* esas alınmalıdır. Hakların makul olmayan bir şekilde kullanılamayacağına dair evrensel kabul gözetilerek herhangi bir kullanımın çatışan menfaatlerin esnek bir dengeleme faaliyetiyle değerlendirilmesi gerekmektedir. Çatışan menfaatlerin dengelenmesi sayesinde, her hakka uygun bir sınır çizilerek hukuk sisteminin işleyişi de desteklenmektedir.

Dengeleme faktörü adillığe böylece hizmet etmektedir. Ayrıca, her türlü hukuk sisteminde ve uluslararası hukukta da kabul edilmektedir.

- Dengeleme faktörü, diğer ölçütler kapsamında ele alınan çeşitli emarelere tabi tutulmalıdır. Somut uyuşmazlığa göre değişebilecek olmakla birlikte, *kötü niyet*, *hakkın amacı*, *meşru menfaat*, *karşılaştırmalı zarar testi* gibi göstergeler sayesinde karar vericiler de daha somut bir rehberle kavuşmuş olacaktır.
- Bu ölçütün uygulanmasında *makul adam* testi benimsenmeli, toplumun bir davranışa dair objektif algısının yanında kişinin sübjektif özellikleri de objektif bir yaklaşımla ele alınarak, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenmelidir.
- Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin kanunun ve hukuki düzenlemelerin katılığını gidererek *iyileştirici* veya *düzeltilici* bir fonksiyon üstlendiği, dürüstlük kuralına aykırı hak kullanımında *sınırlayıcı* bir fonksiyon gösterdiği ve böylece hukuka aykırı bir sonucun doğmasını *önleme* veya *engelleme* işlevi taşıdığı açıktır.
- Hakkın kötüye kullanılması ilkesinin esnekliği ve kapsamı dikkate alınarak, uygulamasının oldukça ihtiyatlı yapılması gerektiği savunulmakta ve ancak kötüye kullanımın aşikâr olduğu hallerde ilkeye başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Aksi halde, ilkenin uygulanması hukuki belirsizliğe dahi sebep olabilecektir. Bu bağlamda, hakkaniyete uygunluk ve adillik ile hukuki belirsizlik kurumlarının da dengelenmesi gerekmektedir. Haliyle, hiçbir hakkın mutlak olmadığının kabulü ve tüm hakların makul kullanımının aranması çerçevesinde, yargı makamları tarafından hak sahibinin hak ve yükümlülükleri de ayırt edilmelidir.
- Uluslararası tahkimde hakemlerin maddi ve usuli her türlü kötüye kullanımı önleme yetkisi ve görevi, tahkim yargılamasının iyi yönetilmesi ve tahkim adaletini sağlama yükümlülüklerinin esaslı bir yansımasıdır. İlke, yargılamanın verimliliğini artırmakta, yargılamanın adillliğini ve taraflar arasındaki eşitliği korumakta, sürecin bütünlüğünü temin etmekte ve tarafların makul beklentilerini desteklemektedir.
- İlke, hukukun genel bir ilkesi olarak ele alınmalı ve uygulanmalıdır. ICJ tarafından tesis edilen *Barcelona Traction* kararında hakkın kötüye kullanılması, hukukun genel bir ilkesi olarak açıkça vurgulanmıştır.
- İlkenin dayanağı, uygulanacak hukukta açık veya zımnen bulunabilmektedir. Ancak buradaki pozitif düzenlemenin öngördüğü kapsamın ve ilkenin uygulanma biçiminin aşılması gereği ileri sürülmektedir. İlkenin yaygın kabulü, tahkim

sürecindeki önemi, sürekli uygulaması, genel bir ilke olarak ele alınması da bu önermeyi pekiştirmektedir. Bu sayede, ilkenin düzeltici işlevi hakkaniyetin açık bir şekilde sağlanmasını temin edecektir. Ulusal kuralları, uluslar ötesi algıya aykırı düşebilecek dar kapsamlarından, kısıtlamalarından ve katılığından kurtaracaktır.

- Kamu düzeni kavramı milli, uluslararası ve uluslar ötesi kamu düzeni olmak üzere çeşitli boyut ve görünümler arz etmektedir. Ancak ilkenin hakkaniyet ve makullüğe ilişkin esaslı boyutunun yanında uygulanması için açık görünümünün aranması, bu teorik ayrımın önemini pratik anlamda azaltmaktadır.
- Buna rağmen, ilkeye uluslar ötesi kamu düzeni meselesi olarak başvurulmalıdır. Bu kapsamda, ilkenin uygulamasına dair koşulların olduğu hallerde, hakemlerin tahkim yeri hukuku veya uygulanacak hukuktan bağımsız olarak ilkeyi uygulaması gerekmektedir.
- Uluslararası tahkim hukuku özerkliğinin kabulü, mevcut düzenlemelerin hakemlere bahsettiği usuli genel ilkelere başvurma yetkisi ile hakemlerin tahkim yargılamasını iyi yönetme görevi değerlendirildiğinde, tahkime ilişkin hakların kötüye kullanılmasının önlenmesinde de ilke uluslar ötesi kamu düzeni ilkesi olarak işletilmelidir. Dolayısıyla, uygulanacak kurallar ve *lex arbitri*'ye tabi olmaksızın ilke, usuli haklar bakımından da geçerlidir. Gerçekten, ilkenin hakemler tarafından uygulanmasını engelleyen hiçbir husus da tespit edilememiştir.
- Nihayet, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin hiç uygulanmadığı veya yanlış uygulandığı hallerde tahkim yargılamasının atıl kalabileceği gözetilmelidir. Vatandaşlık planlamasının ve tahkime ilişkin hakların da kötüye kullanılabileceği kabulüyle *Orascom* kararının yanında, çatışan menfaatlerin hakkın kötüye kullanılması ilkesinin uygulanmasıyla yumuşatılarak hakların sınırlandırılmasına ilişkin

Libananco kararından özellikle dengeleme faktörü boyutuyla yeknesak bir uygulama sağlanmasında emsal olarak faydalanılmalıdır.

Başladığımız şekilde, konunun en özünü yansıtan bir özdeyişle çalışmanın önemini vurgulamak ve gelecek çalışmalara yön vermesini temenni ederiz.

*“The highest proof of virtue is to possess boundless power without abusing it.”*¹⁵²¹

Lord Thomas Babington Macaulay



¹⁵²¹ “*Erdemin en büyük kanıtı, sınırsız bir güce sahip olup onu kötüye kullanmamaktır.*”



KAYNAKÇA

- Abdelwahab Mohamed S., “Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum”, ed. Franco Ferrari/ Stefan Kröll, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Sellier, 2010, 161.
- Acemoğlu Kevork, Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkemesi, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1962, Cilt 1 Sayı 1, 149-163.
- Adams John/ Brownsword Roger, **Understanding Contract Law**, 4. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2004.
- Akın Pelin, “Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık”, **Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt 18 Sayı 3-4, 313.
- Akıncı Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1996 (“*İnşaat*”).
- Akıncı Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfiz**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1994 (“*Tenfiz*”).
- Akıncı Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Akipek Jale/ Akıntürk Turgut/ Ateş Derya, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C: 1, 12**. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.
- Aksen Gerald, “Reflections of an International Arbitrator”, **Arbitration International**, 2007, Cilt 23 Sayı 2, 255-260.
- Akyol Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, 2006.
- Alban Jorge O., “The General Principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods”, **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2012, Sayı 4, 165.
- Alexy Robert, “Individual Rights and Collective Goods”, ed. Carlos Nino, **Rights**, New York, New York University Press, 1992.
- Altaş Hüseyin, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK 1-7)**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020 (“*Medeni Hukuk*”).
- Altaş Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin, 1998 (“*Şekil*”).
- Altenkirch Markus/ Gremminger Nicolas, “Parties’ Preferences in International Arbitration: The Latest Statistics of the Leading Arbitral Institutions”, **Global Arbitration News**, 2015, 1.
- Altınok Ormancı Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat, 2011.
- Ames James B., “How Far An Act May be a Tort Because of the Wrongful Motive of the Actor”, **Harvard Law Review**, 1905, Sayı 18, 411.
- Ames James B., “Law and Morals”, **Harvard Law Review**, 1908, Sayı 22, 97.

- Amos M. S., “Abusive Exercise of Rights According to French Law”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, 1900, Cilt 2, 453 (“**Abuse**”).
- Andersen Camilla B., “General Principles of the CISG – Generally Impenetrable?”, ed. Camilla B. Andersen/ Ulrich G. Schroeter, **Sharing International Commercial Law across Boundaries**, Wildy, Simmonds & Hill, 2008, 13-33.
- Anderson David, “Abuse of Rights”, **Judicial Review**, 2006, Cilt 11 Sayı 4, 348-355.
- Andrews Neil, “London Arbitration and Streamlined Courts Post- “Brexıt”, **Justicia civil y penal en la era global**, 2017, 201-238.
- Ansari Jamshed, “Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis”, **Researcher**, 2014, Cilt 6 Sayı 6, 47-53.
- Antalya Osman Gökhan/ Topuz Murat, **Medeni Hukuk C: 1, 3**. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019.
- Antalya Osman Gökhan, **Hukuk Metodolojisi C 2**, Ankara, Seçkin, 2021.
- Anzorena Carlos S., “Multiplicity of Claims under BITs and the Argentine Case”, **Transnational Dispute Management**, 2005, Cilt 2 Sayı 2, 25.
- Armstrong George M./ LaMaster John C., “Retaliatory Eviction as Abuse of Rights: A Civilian Approach to Landlord-Tenant Disputes”, **Louisiana Law Review**, 1986, Sayı 47, 1.
- Arnaldez Jean-Jacques/ Derains Yves/ Hascher Dominique (edt), **Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013.
- Arnaldez Yves Derains/ Jacques Jarvin Jean (edt.), **ICC Arbitral Awards 1986-1990**, Paris, ICC, 1994.
- Arroyo Diego P. Fernandez, “Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?”, ed. Franco Ferrari, **Limits to Party Autonomy in International Arbitration**, ABD, Juris, 2016, 199-233.
- Arsebük Esat, **Medeni Hukuk**, İstanbul, Tan Matbaası, 1938.
- Arslan İlyas, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi**, İstanbul, Adalet, 2019.
- Arslan Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989.
- Ascensio Hervé, “Abuse of Process in International Investment Arbitration”, **Chinese Journal of International Law**, 2014, Cilt 13, 763.
- Ataay Aytekin, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Atalı Murat/ Ermenek İbrahim/ Erdoğan Ersin, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020.
- Ataman Fıganmeşe İnci, “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011, Yıl 31 Sayı 2, 51.
- Ateş Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007, Cilt 20 Sayı 72, s. 75-93.
- Ayan Mehmet/ Ayan Nurşen, **Medeni Hukuka Giriş**, 13. Bs. Ankara, Adalet, 2020.

- Aygül Musa, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2014.
- Ayoğlu Tolga, **Lex Mercatoria**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, 2011.
- Ayoğlu Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Badia Albert, **Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2014.
- Baert Philippe R., “The Potential of Online Arbitration (OARB) in Resolving Disputes at the Lower End of Value”, **Gent Üniversitesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017.
- Baldwin Edward/ Kantor Mark/ Nolan Michael, “Limits of Enforcement of ICSID Awards”, **Journal of International Arbitration**, 2006, Sayı 23, 1.
- Balkar Bozkurt Süheyla, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Ballantine Henry W., “Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporations”, **California Law Review**, 1925, Sayı 14, 12.
- Barlas Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, **İÜHFM**, 1997, Cilt 55 Sayı 3, 191-208.
- Barnett Peter, **Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments**, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Barraclough Andrew/ Waincymer Jeff, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, **The Melbourne Journal of International Law**, 2005, Cilt 6, 205-244.
- Başaran Halil Rahman, **Uluslararası Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014.
- Bauen Marc/ Bernet Robert, **Swiss Company Limited by Shares**, Belçika, Bruylant and Schulthess, 2007.
- Bayata Canyaş Aslı, **UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, Ankara, Adalet, 2016, s. 110
- Bentham Jeremy, “Of Laws in General”, ed. J. H. Burns/ H. L. A. Hart, **The Collected Works of Jeremy Bentham - An Introduction of the Principles of Morals and Legislation**, Tıpkı Baskı, ABD, Oxford University Press, 2005.
- Berg Albert Jan van den, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, **Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Resiman**, Brill Nijhoff, 2011, 821-843.
- Berger Klaus Peter, “Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”, **Arbitration International**, 2018, Cilt 34, 473-493 (“*Paradox*”).
- Berger Klaus Peter, “The International Arbitrator’s Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction: A German Perspective”, **Arbitration International**, 2009, Cilt 25 Sayı 2, 217-238 (“*Dilemma*”).
- Berger Klaus Peter, “The Need for Speed in International Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, 2008, Cilt 25, 595 (“*Speed*”).
- Berger Klaus Peter, **The Creeping Codification of the Lex Mercatoria**, Kluwer Law International, 1999 (“*Lex Mercatoria*”).

- Berger Klaus Peter/ Jensen J. Ole, "Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour For Procedural Management Decisions by International Arbitrators", **Arbitration International**, 2016, Cilt 32, 415-435.
- Bermann George A., "Introduction: Mandatory Rules of Law in International Arbitration", **American Review of International Arbitration**, 2007, Cilt 18, 1-20.
- Besson Sébastien, "Corruption and Arbitration", ed. Domitille Baizeau/ Richard H. Kreindler, **Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration**, Kluwer Law International, 2015 ("**Corruption**").
- Besson Sébastien, "Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track", ed. Bernard Hanotiau/ Eric A. Schwartz, **Multiparty Arbitration**, ICC Publications, 2010 ("**Corporate**").
- BIICL, "Case Note: Karaha Bodas and Himpurna Arbitrations", 2008, 6 (http://www.biicl.org/files/3931_2000_himpurna_and_karaha_bodas_arbitrations.pdf -Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Bianchi Simon, "Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories in Switzerland: The Supreme Court Sticks to Her Guns", Kluwer Arbitration Blog, 2020 (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/03/extension-of-arbitration-agreements-to-non-signatories-in-switzerland-the-supreme-court-sticks-to-her-guns/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Binder Peter, **International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, 4. Baskı, Kluwer Law International, 2019.
- Black's Law Dictionary**, 4. Baskı, ABD, West Publishing Co., 1968.
- Blychak Paul Michael, "Access and Advantages Expanded: Mobil Corporation v. Venezuela and Other Recent Arbitration Awards on Treaty Shopping", **Journal of World Energy Law & Business**, 2011, Cilt 4 Sayı 1, 32-39.
- Bolgar Vera, "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine", **Louisiana Law Review**, 1975, Sayı 35, 1015.
- Bond Stephen, "Dépeçage or Consolidation of the Disputes Resulting from Connected Agreements: The Role of the Arbitrator", ed. Bernard Hanotiau/ Eric A. Schwartz, **Multiparty Arbitration**, ICC Publications, 2010.
- Bonell Michael Joachim, "A 'Global' Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative", **Arbitration International**, 2001, Cilt 17 Sayı 3, 249.
- Bonell Michael Joachim, **An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**, 3. Baskı, Londra, Transnational Publishers, 2005 ("**Principles**").
- Borman Yael R., "Treaty Shopping Through Corporate Restructuring of Investments: Legitimate Corporate Planning or Abuse of Rights?", **Hague Yearbook of International Law**, 2011, Cilt 24, Hollanda, Brill Nijhoff, 359-389.
- Born Gary B. **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing**, 3. Baskı, Hollanda, Kluwer Law International, 2010 ("**Forum**").
- Born Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Hollanda, Kluwer Law International, 2014 ("**Arbitration**").

- Borris Christian/ Hennecke Rudolf, "Improper Tribunal Composition or Flawed Proceedings Article V(1)(d)", ed. Reinmar Wolff, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, 2. Baskı, Hart Publishing, 2019, 342-370 ("**Article V**").
- Böckstiegel Karl-Heinz, "Party Autonomy and Case Management- Experiences and Suggestions of an Arbitrator", **German Arbitration Journal**, 2013, Cilt 11, Sayı 1, 1-5 ("**Party Autonomy**").
- Böckstiegel Karl-Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement", **Dispute Resolution International**, 2008, Cilt 2 Sayı 1, 123-132 ("**Public Policy**").
- Brabandere Eric De, "'Good Faith', 'Abuse of Process' and the Initiation of Investment Treaty Claims", **Journal of International Dispute Settlement**, 2012, Cilt 3 Sayı 3, 1-28 ("**Abuse**").
- Brabandere Eric De, "The ICSID Rule on Early Dismissal of Unmeritorious Investment Treaty Claims: Preserving the Integrity of ICSID Arbitration", **Manchester Journal of International Economic Law**, 2012, Sayı 9, 23.
- Brabandere Eric De/ Gazzini Tarcisio, **Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests**, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- Branson John David, "The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration", **Journal of International Arbitration**, 2021, Cilt 38 Sayı 2, 187-214.
- Brekoulakis Stavros, "International Arbitration Scholarship and the Concept of Arbitration Law", **Fordham International Law Journal**, 2013, Sayı 36, 745 ("**Concept**").
- Brekoulakis Stavros, "Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality", ed. Stavros Brekoulakis/ Julian D.M. Lew et al., **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016 ("**Consent**").
- Brekoulakis Stavros, "Res Judicata and Third Parties", **The American Review of International Arbitration**, 2005, Cilt 16 Sayı 1, 177.
- Brekoulakis Stavros, "Transnational Public Policy", ed. Thomas Schultz/ Federico Ortino, **The Oxford Handbook of International Arbitration**, Online edn., Oxford, Oxford Academic, 120-149 (ouplaw.com - Erişim tarihi: 15.04.2023)
- Brekoulakis Stavros, **Third Parties in International Commercial Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2010 ("**Third Parties**").
- Bridge Michael, "Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?", **Canadian Business Law Journal**, 1984, Sayı 9, 385.
- Brower Charles N./ Brower Charles H./ Sharpe Jeremy K., "The Coming Crisis in the Global Adjudication System", **Arbitration International**, 2003, Sayı 4, 415-440.
- Brower Charles N./ Rosenberg Charles B., "Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded", **Arbitration International**, 2013, Cilt 29 Sayı 1, 7-44.
- Brown Chester, "The Inherent Powers of International Courts and Tribunals", **British Yearbook of International Law**, 2005, Sayı 76, 195 ("**Inherent**").
- Brown Chester, "The Relevance of the Doctrine of Abuse of Process in International

- Adjudication”, **Transnational Dispute Management**, 2010, Cilt 8 Sayı 2, 1 (“**Relevance**”).
- Brownsword Roger, “Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law”, ed. Roger Brownsword/ Norma Hird/ Geraint Howells, **Good Faith in Contract**, Dartmouth, Ashgate, 1999.
- Brunner Chris, “Abuse of Rights in Dutch Law”, **Louisiana Law Review**, 1976, Sayı 37, 729.
- Burton Steven J., “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, **Harvard Law Review**, 1980, 369-404.
- Bücheler Gebhard, **Proportionality in Investor-State Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Byers Michael, “Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age”, **McGill Law Journal**, 2002, Sayı 47, 389.
- Cai Wenrui, "The Relationship Between A Duty of Good Faith and Implied Terms In English Contract Law", **Exeter Student Law Review**, 2015, Cilt 1 Sayı 1, 1.
- Cambini Carlo/ Rubino Alessandro, “Legal Issues Relating Cross-Border Gas Pipeline Projects”, **Regional Energy Initiatives – Medreg and Energy Community**, Routledge, 2014, 192-208.
- Cameron Peter D., “Stability of Contract in the International Energy Industry”, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 2009, Cilt 27 Sayı 3, 305-332.
- Campbell David, “Gathering the Water: Abuse of Rights After the Recognition of Government Failure”, **Journal Jurisprudence**, 2010, Sayı 7, 487.
- Carlston Kenneth S., “Theory of the Arbitration Process”, **Law and Contemporary Problems**, 1952, Cilt 17 Sayı 4, 631-651.
- Caron David/ Caplan Lee M, **The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary**, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Carter James H., “Preface”, ed. James H. Carter, **The International Arbitration Review**, 6. Baskı, Londra, Law Business Research Ltd, 2015.
- Casas Manuel, “Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement”, **New York University Journal of International Law and Politics**, 2016, Cilt 49 Sayı 1, 63.
- Catala Pierre/ Weir John A., “Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II”, **Tulane Law Review**, 1964, Cilt 38, 221.
- Chang Mann-Long, “Harmonisation of Procedural Law in International Commercial Arbitration”, **Stirling Üniversitesi**, Yayınlanmamış doktora tezi, 2009.
- Chen Jason, "Should English Contract Law Adopt A General Duty To Negotiate In Good Faith?", **Bristol Law Review**, 2017, Cilt 4, 18.
- Cheng Bin, **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Cheng Tai-Heng/ Bento Lucas, “ICSID’s Largest Award in History: An Overview of Occidental Petroleum Corporation v the Republic of Ecuador”, 19.12.2012 (<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/> - Erişim tarihi: 18.03.2023)

- Cohen Morris R., "On Absolutisms in Legal Thought", **University of Pennsylvania Law Review**, 1936, Sayı 84, 681.
- Cole Sarah Rudolph, "Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution", **Hastings Law Journal**, 2000, Cilt 5 Sayı 6, 1199-1263.
- Collins Hugh, "Implied Terms: The Foundation In Good Faith and Fair Dealing", **Current Legal Problems**, 2014, Cilt 67 Sayı 1, 297-331.
- Collins Lawrence, **Dicey and Morris on the Conflict of Laws Volume 1**, 13. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2001.
- Crabb John H., "The French Concept of Abuse of Rights", **Inter-American Law Review**, 1964, Cilt 6, 1.
- Crawford James, **Public International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Cremades Bernardo M., "Good Faith in International Arbitration", **American University International Law Review**, 2012, Sayı 27, 761.
- Cremades Bernardo M., "Introduction", ed. Bernardo M. Cremades/ Julian D M Lew, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Paris, ICC, 2005.
- Cremades Bernardo M., "The Use and Abuse of "Due Process" in International Arbitration", **Alexander Lecture**, 2016 (<http://hdl.handle.net/10637/12614> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Cremades Bernardo M./ Caims David J. A., "Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud", ed. Andrew Berkeley/ Kristine Karsten, **Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud**, Kluwer Law International, 2003.
- Cremades Bernardo M./ Fina Ignacio, "Parallel Proceedings in International Arbitration", **Arbitration International**, 2008, Cilt 24 Sayı 4, 507-540.
- Cromie Stephen, **International Commercial Litigation**, 2. Baskı, Oxford, Butterworths, 1997.
- Crosswhite Mark, "Abuse of Process and Malicious Prosecution in Alabama", **Alabama Law Review**, 1986, Sayı 38, 99.
- Cueto-Rua Julio, "Abuse of Rights", **Louisiana Law Review**, 1975, Sayı 35, 965.
- Cuniberti Gilles, "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, 2006, Sayı 21, 381.
- Çalışkan Yusuf, "Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, Cilt 22 Sayı 3, 645-658.
- Çelikbaş Demet, "Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1987, Cilt 3 Sayı 1-4, 593.
- Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2020.
- Çobanoğlu Rahmi, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1964.
- D'Amato Anthony, "Good Faith", ed. Rudolf Bernhardt, **Encyclopaedia of Public International Law Volume 2**, Hollanda, Elsevier, 2003.

- Daniel Girsberger/ Nathalie Voser, **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**, 3. Baskı, Kluwer Law International, 2016, para. 889.
- Dayınlarlı Kemal, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür, 1988, 655-692.
- De Ly Filip, “Paradigmatic Changes – Uniformity, Diversity, Due Process and Good Administration of Justice: The Next Thirty Years”, ed. Stavros Brekoulakis/ Julian D.M. Lew et al., **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016 (“*Changes*”).
- De Ly Filip, **International Business Law and Lex Mercatoria**, Hollanda, North Holland, 1992 (“1992”).
- De Ly Filip/ Sheppard Audley, “ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration”, **Arbitration International**, 2009, Cilt 25 Sayı 1, 3-34.
- Decock Wim, **Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1983.
- Dedek Helge, “From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law”, **McGill Law Journal**, 2010, Cilt 56 Sayı 1, 77-114.
- Demirkol Berk, “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos V Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 2015, Cilt 15 Sayı 3, 93.
- Deren Yıldırım Nevhis, “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002, Sayı 4, 37-44.
- Devine J., “Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights”, **Acta Juridica**, 1964, 148.
- DiMatteo Larry A./ Dhooge Lucien et al, “The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence”, **Northwestern Journal of International Law and Business**, 2004, Sayı 34, 299.
- Dimsey Mariel, **The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions**, Eleven International Publishing, 2008.
- Dugan Christopher/ Wallace Don/ Rubins Noah/ Sabahi Borzu, **Investor-State Arbitration**, New York, Oxford University Press, 2011.
- Dural Mustafa/ Sarı Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt 1**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Dursun Şeyda, A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, 161-188.
- Dworkin Ronald, **Taking Rights Seriously**, Yeniden Baskı, Londra, Bloomsbury, 2013..
- Eastwood Gillian, “A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators”, **Arbitration International**, 2001, Sayı 17, 287.
- Edis Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Baskıdan Tıpkı Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993.
- Edmeades, “Abuse of Rights”, **McGill Law Journal**, 1978, Sayı 24, 136.
- Egger August, **İsviçre Medeni Kanunu Şerh Giriş ve Kişinin Hukuku**, çev. Volf Çernis, Ankara, Yeni Cezaevi Basımevi, 1947.

- Eisenberg Russel A., “Good Faith under the Uniform Commercial Code – A New Look at an Old Problem”, **Marquette Law Review**, 1971, Sayı 54, 1.
- Ekşi Nuray, “İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetim”, **Argumentum Hukuk Dergisi**, 1992, Sayı 24, 1992 (“*İngiliz Hukuku*”).
- Ekşi Nuray, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2003, Cilt 23, Sayı 1-2, 295-338 (“*Tahkim Kanunu*”).
- Ekşi Nuray, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Ocak, 91-115 (“*Teşmil*”).
- Ekşi Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 2020, Cilt 40 Sayı 1, 143-201 (“*Kamu Düzeni*”).
- Ekşi Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- El Far Ahmed, **Abuse of Rights in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Eldin E. I. Alam (edt), **Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration II**, Hollanda, Kluwer Law International, 2003.
- Ellinghaus M. P., “In Defense of Unconscionability”, **Yale Law Journal**, 1968, Sayı 78, 757.
- Ellis Jaye, “General Principles and Comparative Law”, **The European Journal of International Law**, 2011, Cilt 22 Sayı 4, 949-971 (<https://doi.org/10.1093/ejil/chr072> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Emmanuel Gaillard, “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, **ICSID Review**, 1995, Cilt 10 Sayı 2, 208-231 (“*Lex Mercatoria*”).
- Erdem Bahadır, “İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık”, **ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 2014, 109-119.
- Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019.
- Erk Nadja, **Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective**, Hollanda, Kluwer Law International, 2014.
- Erkan Mustafa/ Özel Sibel/ Pürselim Hatice Selin/ Karaca Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2022.
- Ermenek İbrahim, “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt 16, Özel Sayı, 1215-1252.
- Esen Emre, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011, Sayı 1, 355-380 (“*Kompetenz–Kompetenz*”).
- Esen Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008, (“*Teşmil*”).
- Exnicios James C., “Abuse of Rights: An Overview of the Historical Evolution and the Current Application in Louisiana Contracts”, **Law Review**, 1987, Cilt 32, 946.

- Fagbemi Sunday A., "The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality?", **The Journal of Sustainable Development Law and Policy**, 2015, Cilt 6 Sayı 1, 222-246.
- Farnsworth Allan, "Good Faith in Contract Performance", ed. Jack Beatson/ Daniel Friedmann, **Good Faith and Fault in Contract Law**, Oxford, Clarendon Press, 1995 ("**Performance**").
- Farnsworth Allan, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code", **University of Chicago Law Review**, 1962, Sayı 30, 666 ("**UCC**").
- Feldman Mark, "Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration", **ICSID Review**, 2012, Cilt 27 Sayı 2, 281-302.
- Ferrari Franco, "Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context: Setting the Stage", ed. Franco Ferrari, **Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context**, Münih, Sellier European Law Publisher, 2013.
- Ferrari Franco, "The CISG's Interpretative Goals, Its Interpretative Method and Its General Principles in Case Law (Part II)", **Internationales Handelsrecht**, 2013, Cilt 13 Sayı 5, 181-197, s. 190
- Ferrario Pietro, "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration", **Journal of International Arbitration**, 2009, Cilt 26 Sayı 5, 647-673.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, "Maden Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", **Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, 1978.
- Fiadjoe Albert, **Alternative Dispute Resolution: A Developing Perspective**, Londra, Cavendish Publishing Ltd, 2004.
- Fiebinger Rudolf/ Hauser Christoph, "An Arbitrator's View: Can Party Autonomy Hinder Procedural Efficiency", ed. Nathalie Voser, **10 Years of Swiss Rules of International Arbitration**, ABD, JurisNet, 2014.
- Fleming John, **The Law of Torts**, 8. Baskı, ABD, The Law Book Company, 1992.
- Fletcher George P., "The Right and the Reasonable", **Harvard Law Review**, 1985, Sayı 98, 949-982.
- Foote Simon, **The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law**, Wolters Kluwer Law International, 2021.
- Fortese Fabricio/ Hemmi Lotta, "Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration", **Groningen Journal of International Law**, 2015, Cilt 3 Sayı 1, 110-124.
- Fortier Yves, "Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes", **The University of Southern Wales Law Journal**, 2008, Cilt 31 Sayı 1, 1.
- Fortier Yves, "International Arbitration and National Courts: Who Has the Last Word?", ed. Albert Jan Van den Berg, **International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story ICCA Congress Series**, Cilt 10, Kluwer Law International, 2001, 69-70.
- Foster Hamar, "Abuse of Rights – Civil Law – Legal Reasoning: Bradford v. Pickles Revisited", **University of British Columbia Law Review**, 1973, Sayı 8, 343.
- Fouchard Philip, "Relationship Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral

- Institution”, **The Status of the Arbitrator**, ICC, 1995.
- Fouchard Philippe/ Gaillard Emmanuel/ Goldman Berthold, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, ed. Emmanuel Gaillard/ John Savage, Boston, Kluwer Law, 1999.
- Franck Susan D., “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, **Fordham Law Review**, 2005, Cilt 75 Sayı 4, 1521.
- Fraser E. Scott, “International Arbitration of Multi-Party Contract Disputes: The Need For Change”, **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, 1983, Sayı 6, 427.
- Fridman G. H. L., “Motive in the English Law of Nuisance”, **Virginia Law Review**, 1954, Sayı 40, 583.
- Friedmann Wolfgang, **Legal Theory**, 2. Baskı, Londra, Stevens & Sons, 1949.
- Gaffney John P., “‘Abuse of Process’ in Investment Treaty Arbitration”, **Journal of World Investment & Trade**, 2010, Cilt 11 Sayı 4, 515-538.
- Gaffney John, “The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable To The Arbitration Agreement”, **Mealy’s International Arbitration Report**, 2004, Cilt 19 Sayı 6, 1.
- Gaillard Emmanuel, “Abuse of Process in International Arbitration”, **ICSID Review**, 2017, Cilt 32, 17 (“**Abuse**”).
- Gaillard Emmanuel, “International Arbitration as a Transnational System of Justice”, ed. Albert Jan van den Berg, **Arbitration – The Next Fifty Years**, Kluwer Law International, 2012, 66 (“**Justice**”).
- Gaillard Emmanuel, **Legal Theory of International Arbitration**, Martinus Nijhoff, 2010 (“**Theory**”).
- Gaillard Emmanuel/ Pinsolle Philippe, “Advocacy in Practice: The Use of Parallel Proceedings”, ed. Doak Bishop/ Edward G. Kehoe, **The Art of Advocacy in International Arbitration**, 2. Baskı, Juris, 2010.
- Gambaro Antonio, “Abuse of rights in civil law tradition”, **European Review of Private Law**, 1995, Cilt 3 Sayı 4, 561-570.
- Garnett Richard L./ Gabriel Henry, **A Practical Guide to International Commercial Arbitration**, Oceana Publications, 2000.
- Gemalmaz Burak, “Başlangıç Notları - Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AİHM’e Götürülmesi”, **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, 55-97.
- Gentry Bradford/ Ronk Jennifer, “International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy”, **From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy**, 2007, 25-78.
- Gerbay Rémy, “Due Process Paranoia”, **Kluwer Arbitration Blog**, 2016 (<http://kluwerarbitrationblog.com/2016/06/06/due-process-paranoia/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Gibson Christopher S., “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and The Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, **Penn State Law Review**, 2009, Sayı 113, 1227-1267.

- Giritlioğlu Necla, **Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması**, İstanbul, 1989.
- Goldberg David/ Kryvoian Yarık/ Philippov Ivan, “Empirical Study: Provisional Measures in Investor-State Arbitration”, 2019 (<https://ssrn.com/abstract=3495386> – Erişim tarihi: 18.03.2023);
- Goode Roy, “International Restatements of Contract and English Contract Law”, **Uniform Law Review**, 1997, Sayı 2, 231.
- Gordley James, “The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition”, ed. Rita de la Feria/ Stefan Vogenauer, **Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?**, Oxford, Hart Publishing, 2011 (“*Abuse*”).
- Gordley James, **The Jurists: A Critical History**, Oxford, Oxford University Press, 2013 (“*Critic*”).
- Gotanda John Y., “Recovering Lost Profits in International Disputes”, **Georgetown Journal of International Law**, 2004, Sayı 36, 61.
- Gölcüklü İlyas, **Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları**, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Gönensay Samim, **Medeni Hukuk C 1**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1936.
- Gradinaru Nicholae, “Abuse of Rights”, **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, 2012, Cilt 4 Sayı 2, 1010-1015.
- Greaves Valerian E., “The Social-Economic Purpose of Private Rights: Section 1 of the Soviet Civil Code. A Comparative Study of Soviet and Non-communist Law”, **New York University Law Quarterly Review**, 1934, Sayı 12, 439.
- Green Leslie Claude, “Comparative Law as a “Source” of International Law”, **Tulane Law Review**, 1967, Sayı 42, 52.
- Gutteridge Harold C., “Abuse of Rights”, **Cambridge Law Journal**, 1935, Sayı 5, 22 (“*Abuse*”).
- Gutteridge Harold C., “Comparative Law and The Law of Nations”, **British Year Book of International Law**, 1944, Sayı 21, 1 (“*Comparative*”).
- Guyenot J, “La rüptüre abusive des contrats a duree indeterminee”, **La tendance a la stabilite du rapport contractuel**, Paris, LGDJ, 235-299.
- Güren Kadir, **Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Güriz Adnan, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, ed. Adnan Güriz, **Adalet Kavramı**, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013.
- Gürsoy Kemal Tahir, **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus – Emprevizyon Nazariyesi**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950.
- Habegger Philipp, “Arbitration and Groups of Companies – The Swiss Practice”, **European Business Organization Law Review**, 2002, Cilt 3 Sayı 3, 517-551.
- Häberli Christian, “The Group of Companies Doctrine in Swiss Arbitration Law”, **Swiss Review of International Arbitration & Public International Law**, 2022, Cilt 13 Sayı 2, 197-216.
- Hacıbekiroğlu Ekin, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2012.

- Hanağası Emel, **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Hanotiau Bernard, “Complex-Multicontract-Multiparty Arbitrations”, **Arbitration International**, 1998, Cilt 14 Sayı 4, 369-394 (“**Issue**”).
- Hanotiau Bernard, “Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?”, **Arbitration International**, 2011, Sayı 27, 539 (“**Vision**”).
- Hanotiau Bernard, “International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future”, **Journal of International Arbitration**, 2011, Cilt 28 Sayı 2, 89 (“**Challenge**”).
- Hanotiau Bernard, “Non-signatories, Groups of Companies and Groups of Contracts in Selected Asian Countries: A Case Law Analysis”, **Journal of International Arbitration**, 2015, Cilt 32 Sayı 6 (“**Non-Signatories**”).
- Hanotiau Bernard, “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues – An Analysis”, **Journal of International Arbitration**, 2001, Sayı 18, 253 (“**Problems**”).
- Hanotiau Bernard, **Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions**, Hollanda, Kluwer Law International, 2005 (“**Complex**”).
- Hanotiau Bernard/ Caprasse Olivier, “Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention”, **Journal of International Arbitration**, 2008, Sayı 25, 721.
- Hanotiau Bernard/ Caprasse Olivier, “Public Policy in International Commercial Arbitration”, ed. Emmanuel Gaillard/ Domenico Di Pietro, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, Londra, Cameron, 2008.
- Hanotiou Bernard, “Groups of Companies in International Arbitration”, ed. Julian Lew/ Loukas Mistelis, **Pervasive Problems in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2006 (“**Group**”).
- Hart Herbert L. Adolphus, **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- Hartkamp S., “Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands”, **The American Journal of Comparative Law**, 1992, Sayı 40, 551.
- Hatemi Hüseyin, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Heilbron Hilary, **Dispute Resolution Guides A Practical Guide to International Arbitration in London**, London, Routledge, 2008.
- Henckels Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2013, Cilt 4 Sayı 1, 197-215.
- Henriques Duarte G., “Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations”, **Arbitration International**, 2015, Cilt 31 Sayı 2, 349-362.
- Herman Shael, “Classical Social Theories and the Doctrine of ‘Abuse of Right’”, **Louisiana Law Review**, 1977, Sayı 37, 747.
- Hill Jonathan, “Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and

- the Interpretation of Arbitration Agreements”, **International and Comparative Law Quarterly**, 2014, Cilt 63, 517–534.
- Hirsch Alain, “The Place of Arbitration and the Lex Arbitri”, **The Arbitration Journal**, 1979, Cilt 34 Sayı 3, 43-48.
- Holtzmann Howard M./ Neuhaus Joseph. E., **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**, Lahey, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.
- Hopt Klaus J., “Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies”, ed. Clive M. Schmitthoff/ Frank Wooldridge, **Groups of Companies**, Sweet & Maxwell, 1991, 104.
- Horvath Günther J./ Wilske Stephan et al., “Categories of Guerrilla Tactics”, ed. Stephan Wilske/ Günther J. Horvath, **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013.
- Hosking James M., “Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent”, **Arbitration International**, 2004, Cilt 20 Sayı 3, 289-304.
- Hunter Martin/ Silva Gui Conde E., “Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations”, **The Journal of World Investment**, 2003, Cilt 4 Sayı 3, 367.
- Hunter Martin/ Sinclair Anthony C., “*Aminoil Revisited: Reflections on a Story of Changing Circumstances*”, ed. Todd Weiler, **International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law**, Cameron, 2005, 355.
- Huysal Burak, **Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Huysal Burak, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat, 2010.
- ICC Commission on Arbitration, “Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration”, **ICC Publication**, 2007, No. 843, s. 15, (<http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-controlling-time-and-cost.pdf> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- ICC Commission Report, “Decisions on Costs in International Arbitration”, **ICC Dispute Resolution Bulletin**, Sayı 2015.
- ICSID Caseload Statistics, Sayı 2016-1.
- ICSID, “ICSID Secretariat Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, 12.10.2004 (<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> - Erişim tarihi: 11.04.2023).
- Iluyomade Babatunde O., “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, **Harvard International Law Journal**, 1975, Cilt 16, 47.
- Ingлот Magdalena, “Separability of or Overlap Between Public Policy and Procedural Grounds for Refusal of Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under New York Convention”, **Polish Review of International and European Law**, 2015, Cilt 4 Sayı 1, 41-69.
- International Bank for Reconstruction and Development, “Report of the Executive

- Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, 1965, Bölüm 9.
- International Institute for the Unification of Private Law, **Report by the Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts**, ABD, 2003.
- International Law Association, “Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, **London Conference**, 2000.
- International Law Association, “Interim Report: ‘Res Judicata’ and ‘Arbitration’”, **Berlin Conference 2004**.
- International Law Association, **Resolution No. 1/2006 on Lis Pendens and Arbitration**, 2006.
- Investor-State Dispute Settlement Cases, (<https://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/> - Erişim tarihi: 18.03.2023)
- Işık Fatih, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Işık Serpil, **MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, İstanbul, On İki Levha, 2021.
- İlhan Hüseyin Afşın, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Ankara, Seçkin, 2006.
- İmre Zahit, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Janig Philipp, “Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law”, ed. Björnstjern Baade/ Dana Burchardt/ Prisca Feihle/ Alicia Köppen/ Linus Mührel/ Lena Riemer/ Raphael Schäfer, **Cynical International Law? Abuse and Circumvention in Public International and European Law**, 2021, 309-325 (<https://ssrn.com/abstract=3818917> – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Japaridze Nana, “Fair Enough? Reconciling the Pursuit of Fairness and Justice with Preserving the Nature of International Commercial Arbitration”, **Hofstra Law Review**, 2008, Sayı 36, 1415.
- Jarvin Sigvard, “Irregularity in the Composition of the Arbitral Tribunal and the Procedure”, ed. Emmanuel Gaillard/ Domenico Di Pietro, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice**, Londra, Cameron, 2008, 729-756 (“*Procedure*”).
- Jenkins Iredell, “Rudolf von Jhering”, **Vanderbilt Law Review**, 1960, Sayı 14, 169.
- Joachim Willi E., “The ‘Reasonable Man’ in United States and German Commercial Law”, **Comparative Law Yearbook of International Business**, 1992, Sayı 15, 341.
- John D. Lawson, “The Action for the Malicious Prosecution of a Civil Suit”, **The American Law Register**, 1882, Cilt 30 Sayı 5, 281-290
- José María/ Tella Falcón, **Equity and Law**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Jukier Rosalie, “Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law”, **McGill Law Journal**, 1992, Sayı 37, 221.
- Kabra Ridhi, “Has Abaclat v Argentina left the ICSID with a ‘mass’ive problem?”, **Arbitration International**, 2015, Sayı 31, 425.

- Kalkan Oğuztürk Burcu, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat, 2008.
- Kalpsüz Turgut, “Hakem Kararlarının Milliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 1978, Cilt 9 Sayı 3, 601-633 (“*Milliyet*”).
- Kalpsüz Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, İstanbul, Yetkin, 2010 (“*Tahkim*”).
- Kaplan Yavuz, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2001, Yıl 21, 43-73 (“*Hakem*”).
- Karkın Murat, “Tahkim Şartının Üçüncü Kişilere Etkisi”, **ICC XII. Milletlerarası Tahkim Semineri**, İstanbul, 27.12.2014, 79-93.
- Karrer Michael, “Arbitration Saves! Costs: Poker and Hide and Seek”, **Journal of International Arbitration**, 1986, Sayı 3, 35.
- Karrer Pierre A., “Switzerland”, ed. Frank-Bernd Weigand ve Antje Baumann, **Practioner’s Handbook on International Commercial Arbitration**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2019 (“*Switzerland*”).
- Karşlı Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014.
- Kaufman-Kohler Gabrielle, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? – The 2006 Freshfield Lecture”, **Arbitration International**, 2007, Cilt 23 Sayı 3, 357.
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, “Globalization of Arbitral Procedure”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2003, Cilt 36, 1313-1333 (“*Globalization*”).
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, “How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions”, **Disp. Resol. Int’l**, 2008, Sayı 2, 110-113.
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, “Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration”, ed. Albert Jan Van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention ICCA Congress Series**, Cilt 9, Kluwer Law International, 1999, 336-365 (“*Place*”).
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, “When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard”, **Arbitration International**, 2009, Sayı 25, 187 (“*Settlement*”).
- Kaufmann-Kohler Gabrielle/ Schultz Thomas, “The Group of Companies Doctrine in International Arbitration: A Comparative Analysis”, **Journal of International Arbitration**, 2021, Cilt 38 Sayı 6, 723-756.
- Kavak Yalçın, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Legal, 2019.
- Kawharu Amokhura, “The Public Policy Ground for Setting Aside and Refusing Enforcement of Arbitral Awards” **Journal of International Arbitration**, 2007, Cilt 24 Sayı 5, 510.
- Kay Lord Justice Maurice, **Blackstone’s Civil Practice 2013**, 13. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Keser Berber Leyla, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999.

- Kessedjian Catherine, "Transnational Public Policy", ed. Albert Jan Van den Berg, **International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series**, Cilt 13, Kluwer Law International, 2007, 857-870.
- Khanna Devika, "England", ed. Frank-Bernd Weigand/ Antje Baumann, **Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2019, 371-449.
- Kırca Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teologische Reduktion)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, Cilt 50 Sayı 1, 91-119.
- Kiss Alexandre, "Abuse of Rights", ed. Rudolf Bernhardt, **Encyclopedia of Public International Law Volume 1**, Hollanda, North-Holland, 1992.
- Klaus Sachs, "Time and Money: Cost Control and Effective Case Management", ed. Julian Lew/ Loukas Mistelis, **Pervasive Problems in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2006, s. 113
- Klemm Ulrich, "Investment Through Third Countries: State Practice and Needs of Investors", **ICSID Review**, 2009, Cilt 24 Sayı 2, 528-533.
- Knapp Viktor, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, Sayı 11, 105.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/ Hatemi Hüseyin/ Serozan Rona/ Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C 1**, 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz, 2017.
- Koepp Johannes/ Ason Agnieszka, "An anti-Enforcement bias? The application of the substantive public policy exception in Polish annulment proceedings", **Journal of International Arbitration**, 2018, Cilt 35 Sayı 2, 157.
- Kolb Robert, "General Principles of Procedural Law", ed. Andreas Zimmermann et al., **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2006 ("**Procedure**").
- Kolb Robert, "Principles as Sources of International Law: With Special Reference to Good Faith", **Netherlands International Law Review**, Cilt 53 Sayı 1, 1-36 ("**Good Faith**").
- Kolb Robert, **The International Court of Justice**, Oxford, Hart Publishing, 2013 ("**ICJ**").
- Koral Rabi, "Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1983, Cilt XLVIII-XLIX Sayı 1-4, 75-98 ("**İzlenim**").
- Koral Rabi, "Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkında Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1977, Cilt XLII Sayı 1-4, 155-199 ("**Otorite**").
- Köprülü Bülent, **Medeni Hukuk**, 2. Baskı. İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1984.
- Köse Hazal, "Milletlerarası Ticari Tahkimde İrade Özgürlüğünün Eleştirel İncelemesi", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, 2018, Cilt 7 Sayı 2, 317-382.
- Krauze Mateusz, "English Law and the Doctrine of Abuse of Rights", **Oxford University Undergraduate Law Journal**, 2012, Sayı 1, 1.

- Kreindler Richard, "Arbitral Forum Shopping", ed. Bernardo M. Cremades/ Julian D M Lew, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Paris, ICC, 2005 ("**Forum**").
- Krommendijk Jasper/ Morjin John, "Proportional" by What Measure(s)?: Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration", **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2009, 421-455.
- Kryvoi Yaraslau, "Piercing the Corporate Veil in International Arbitration", **Global Business Law Review**, 2011, Sayı 1, 169.
- Kurkela Matti S./ Turunen Santtu, **Due Process in International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C. 6, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- Kuru Baki/ Aslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, **Medenî Usul Hukuku-Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara, Yetkin, Ankara 2014.
- LaLumiere Catherine, "Speech", Europarat, **Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application: Proceedings of the 19th Colloquy on European Law Luxembourg 6-9 November 1989**, Strasbourg, Council of Europe, 1990.
- Landbrecht Joannes, "Singapore International Commercial Arbitration Court (SICC) – An Alternative to International Arbitration", **ASA Bulletin**, 2016, Sayı 34, 112.
- Lane Byron R., "Kendall v. Ernest Pestana, Inc.: Landlords May Not Unreasonably Withhold Consent to Commercial Lease Assignments", **Pepperdine Law Review**, 1986, Sayı 14, 81.
- Lane Patrick M., "Dilatory Tactics: Arbitral Discretion", ed. Albert Jan van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, Hollanda, Kluwer Law International, 1999.
- Lauterpacht Hersch, **The Development of International Law by the International Court**, Cambridge, Cambridge University Press, 1982 ("**Development**").
- Lauterpacht Hersch, **The Function of Law in the International Community**, Oxford, Oxford University Press, 2011 ("**Function**").
- Lawson H./ Anton A. E./ Brown L. Neville/ Amos Maurice Sheldon, **Amos and Walton's Introduction to French Law**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 1967 ("**Introduction**").
- Leahy Edward R./ Pierce Kenneth J., "Sanctions To Control Party Misbehavior in International Arbitration", **Virginia Journal of International Law**, 1986, Cilt 26, 291.
- Leboulanger Philippe, "Multi-Contract Arbitration", **Journal of International Arbitration**, 1996, Sayı 13, 43.
- Lenaerts Annekatrien, "The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law", **European Review of Private Law**, 2010, Sayı 18, 1121.

- Léonard Amandine, “‘Abuse of Rights’ in Belgian and French Patent Law – A Case Law Analysis”, **JIPITEC**, 2016, Cilt 7 Sayı 1, 30.
- Levine E., “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, **Berkeley Journal of International Law**, 2011, Cilt 29, 200-224.
- Levy Laurent, “Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators”, **IAI International Arbitration**, 2003, Sayı 2.
- Lew Julian D. M., “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, **Arbitration International**, 2006, Cilt 22 Sayı 2, 179-203 (“**Autonomous**”).
- Lew Julian D. M./ Mistelis Loukas A./ Kröll Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003.
- Lew Julian D.M., “Iura Novit Curia and Due Process”, **Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper No. 72/2010**, 2011 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733531 - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Litvinoff Saul, “Good Faith”, **Tulane Law Review**, 1997, Sayı 71, 1645, s. 1660-1661
- Llamazon Aloysius P., “Corruption in International Investment Arbitration”, Loukas Mistelis (eds), **Oxford International Arbitration Series**, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Lowe Vaughan, “Good Faith in International Law”, **International & Comparative Law Quarterly**, 1992, Cilt 41 Sayı 2, 484-485.
- Lowe Vaughan, “Overlapping Jurisdiction in International Tribunals”, **Australian Yearbook of International Law**, 1999, Cilt 20 Sayı 1, 191-204.
- Lyons David, “Rights, Claimants, and Beneficiaries”, **American Philosophical Quarterly**, 1969, Cilt 6 Sayı 3, 173-185.
- MacCormick Neil, “Rights in Legislation”, ed. P. M. S. Hacker/ J. Raz, **Law, Morality and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart**, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- Majeed Nudrat, “Good Faith and Due Process: Lessons from the Shari’a”, **Arbitration International**, 2004, Sayı 20, 97.
- Mann Francis A., “The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum”, **Arbitration International**, 1986, Cilt 2 Sayı 3, 241.
- Mann Francis A., **The Legal Aspects of Money**, 5. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Mantilla-Serrano Fernando, “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, **Arbitration International**, 2004, Cilt 20 Sayı 4, 2004, 333-354.
- Markert Lars, “Improving Efficiency in Investment Arbitration”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, 2011, Sayı 4, 215.
- Martinez-Fraga P.J./ Samra H.R., “The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration”, **Northwestern Journal of International Law & Business**, 2012, Cilt 32 Sayı 3, 419-449.
- Mattei Ugo, **Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction**, Connecticut, Greenwood Press, 2000.
- Mayer Pierre, “Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration”, **Journal**

- of International Dispute Settlement**, 2013, Cilt 4 Sayı 2, 407-419.
- Mayer Pierre, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", **Arbitration International**, 1986, Cilt 2 Sayı 4, 274-293 ("**Mandatory Rules**").
- Mayer Pierre/ Sheppard Audley, "Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", **Arbitration International**, 2003, Cilt 19 Sayı 2, 249-263.
- Mayrand Albert, "Abuse of Rights in France and Quebec", **Louisiana Law Review**, 1974, Cilt 34, 993.
- Mckendrick Ewan, "The Regulation of Long-Term Contracts in English Law", ed. Jack Beatson/ Daniel Friedmann, **Good Faith and Fault in Contract Law**, Oxford, Clarendon Press, 1995 ("**Regulation**").
- McKendrick Ewan, **Contract Law**, 9. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2020 ("**Contract**").
- McLachlan Campbell, **Lis Pendens in International Litigation**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- McLachlan Campbell/ Shore Laurence/ Weiniger Matthew, **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Mcmeel Gerard, "Foucault's Pendulum: Text, Context and Good Faith In Contract Law", **Current Legal Problems**, 2017, Cilt 70 Sayı 1, 365-397, s. 366
- Meier Andrea, "Multi-party Arbitrations", ed. Manuel Arroyo, **Arbitration in Switzerland**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013.
- Meyniel Alexandre, "That Which Must Not be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine", **The Arbitration Brief**, 2013, Sayı 3, 18.
- Miller Alan D./ Perry Ronen, "Good Faith Performance", **Iowa Law Review**, 2012, Sayı 98, 689, s. 704
- Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA), **1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı**, çev. Ali Yeşilirmak/ İsmail Esin, Lahey, 2015 (http://www.arbitration-icca.org/media/3/14344084296340/icca_guide_turkish_final.pdf - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Mitchell Andrew D., "Good Faith in WTO Dispute Settlement", **Melbourne Journal of International Law**, 2006, Cilt 7 Sayı 2, 339-371.
- Molineaux Charles, "Applicable law in arbitration: The coming convergence of civil and Anglo-Saxon law via Unidroit and Lex Mercatoria", **Journal of World Investment and Trade**, 2000, Cilt 1 Sayı 1, 127-135.
- Moroğlu Erdoğan, "Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011, Cilt 22 Sayı 2, 499-506.
- Moss Giuditta Cordero, **International Commercial Arbitration Party Autonomy and Mandatory Rules**, Tano Aschehoug, 1999 ("**Mandatory Rules**").
- Mourre Alexis, "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator", **Arbitration International**, 2006, Cilt 22 Sayı 1, 95-118.
- Mustill Michael, "The New Lex Mercatoria: The Next Twenty-five Years", **Arbitration**

- International**, 1988, Cilt 4 Sayı 2, 86-119.
- Naimark Richard W./ Keer Stephanie E., “International Private Commercial Arbitration: Expectations & Perceptions of Attorneys & Business People”, **International Business Lawyer**, 2002, Sayı 30, 203.
- Narçin Zelal, “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Taraflara Eşit Davranılması Prensibine Aykırılığın Hakem Kararına Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2016, Cilt 11 Sayı 123, 29-40.
- Nigel Blackaby/ Partasides Constantine/ Redfern Alan/ Hunter Martin, **Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version**, 6. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2015 (“**Redfern**”).
- Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul, Beta, 2017.
- Nomer H N/ Akbulut P E, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz, 2020.
- Note, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration”, **Harward Law Review**, 1988, Sayı 101, 1816.
- O’Malley Nathan D., **Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide**, Londra, Informa, 2012.
- O’Sullivan Richard, “Abuse of Rights”, **Current Legal Problems**, 1955, Cilt 8 Sayı 1, 61-73.
- Obersteiner Thomas, “In Accordance with Domestic Law Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors”, **Journal of International Arbitration**, 2014, Cilt 31 Sayı 2, 265–288.
- Obersteiner Thomas, “Provisional Measures Under ICSID Rules: The Power of Tribunals to Interfere with Domestic Criminal Proceedings”, **Journal of International Arbitration**, 2020, Cilt 37 Sayı 5 (“**Criminal**”).
- Oğuzman Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1978 (“**Medeni Hukuk**”).
- Oğuzman M. Kemal/ Barlas Nami, **Medeni Hukuk**, 26. Baskı, İstanbul, Vedat, 2020.
- Oğuzoğlu Cahit, **Medeni Hukuk I**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1949.
- Okekeifere Andrew, “Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law”, **International Arbitration Law Review**, 1999, Cilt 2 Sayı 2, 72.
- Ollerenshaw Zoe, “Managing Change in Uncertain Times: Relational View of Good Faith”, ed. Larry A. DiMatteo et al., **Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives**, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Onwuamaegbu Ucheora, “International Dispute Settlement Mechanisms – Choosing Between Institutionally Supported and Ad Hoc; and Between Institutions”, ed. Katia Yannaca-Small, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Oxford Advanced Learner’s Dictionary**, 7. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Özdemir Kocasakal Hatice, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, ed. Hatice Özdemir Kocasakal/ Süheyla Balkar, **Tahkim Anlaşması**, İstanbul, On İki Levha, 2020 (“**Teşmil**”).
- Özdemir Kocasakal Hatice, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri”, **ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri**, 14 Nisan 2014, Ankara, 37-84 (“**İptal**”).

Sebepleri”).

Özdemir Kocasakal Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001 (“**Kurallar**”).

Özdemir Kocasakal Hatice, **Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)**, İstanbul, Vedat, 2013 (“**CAS**”).

Özdemir Olgu, **İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.

Özel Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal, 2008.

Özkan Işıl, “Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin**, 2020, Cilt 40 Sayı 2, 831-858.

Özsunay Ergin, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Baskı. İstanbul.

Park William W., “Arbitrators and Accuracy”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, Cilt 1, 25 (“**Accuracy**”).

Park William W., “National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration”, **Tulane Law Review**, 1989, Cilt 63, 647-709 (“**Procedural Integrity**”).

Park William W., “Non-Signatories and the New York Convention”, **Dispute Resolution International**, 2008, Sayı 2, 84 (“**Non-Signatories**”).

Park William W., “The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All nor All-For-One”, ed. Yves Derains/ Laurent Lévy, **Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator**, Kluwer Law International, 2011 (“**Musketeers**”).

Park William W., **Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012 (“**Arbitration**”).

Park William W., “Private Disputes and the Public Good: Explaining Arbitration Law”, **American University International Law Review**, 2005, Sayı 20, 903.

Patry Robert, “Güven Teorisi ve Ticaret Hukuku ve Kamu Hukukundaki İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, çev. Haluk Burcuoğlu, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1990, Sayı 18, İstanbul, 1990, 15-25 (“**Güven Teorisi**”).

Paulsson Jan, “Arbitration in Three Dimensions”, **LSE Legal Studies Working Paper**, No. 2/2010 (“**Dimension**”).

Paulsson Jan, “*Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*”, **International and Comparative Law Quarterly**, 1981, Cilt 30 Sayı 2, 358-387 (“**Origin**”).

Paulsson Jan, “Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters”, **International & Comparative Law Quarterly**, 1983, Cilt 32 Sayı 1, 53-61 (“**Delocalisation**”).

Paulsson Jan, “International Arbitration is Not Arbitration”, **Stockholm International Arbitration Review**, 2008, Cilt 2, 1 (“**Not Arbitration**”).

Paulsson Jan, “The Expectation Model”, ed. Yves Derains/ Richard H. Kreindler, **Evaluation of Damages in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2006 (“**Expectation**”).

Paulsson Jan, **Denial of Justice in International Law**, Cambridge, Cambridge University

- Press, 2005 (“**Denial**”).
- Paulsson Jan, **The Idea of Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2018 (“**Ders Kitabı**”).
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet/ Atalı Murat/ Erdönmez Güray/ Akkan Mine/ Yeşilirmak Ali/ Taş Korkmaz Hülya, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (“**Pekcanitez Usul**”).
- Perillo Joseph M., “Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept”, **Pacific Law Journal**, 1996, Cilt 27, 37.
- Perry Christina, "Good Faith In English And US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities", **Business Law International**, 2016, Cilt 17 Sayı 1, 27.
- Perry Sebastian, “Panel Forbids Duplicate Claims in Egyptian Gas Dispute”, **Global Arbitration Review**, 25 Mayıs 2016 (<http://globalarbitrationreview.com/article/1036361/panel-forbids-duplicate-claims-in-egyptian-gas-dispute> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Petrochilos Georgios, “Three Pillars of International Public Policy”, ed. Photini Pazartzis/ Maria Gavouneli et al., **Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade**, Hart Publishing, 2016 (“**Pillars**”).
- Petrochilos Georgios, **Procedural Law in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2004 (“**Procedure**”).
- Petrova Irina, “‘Stepping on the Shoulders of a Drowning Man’ The Doctrine of Abuse of Right as a Tool for Reducing Damages for Lost Profits: Troubling Lessons from the Patuha and Himpurna Arbitrations”, **Georgetown Journal of International Law**, 2004, Sayı 35, 455.
- Pfeiffer Robert/ Wilske Stephan, “An Etymological and Historical Overview”, ed. Stephan Wilske/ Günther J. Horvath, **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2013.
- Piers Maud, “Good Faith in English Law – Could a Rule Become a Principle?”, **Tulane European & Civil Law Forum**, 2011, Cilt 26.
- Planiol Marcel, **Treatise on the Civil Law**, çev. Louisiana State Law Institution, 12. Baskı, 1959.
- Pornbacher Karl/ Dolgorukow Alexander, “Reconciling Due Process and Efficiency in International Arbitration – The Arbitrator’s Task of Achieving The One Without Sacrificing the Other”, **Belgrade Law Review**, 2013, 50.
- Poroy Reha/ Tekinalp Ünal/ Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Baskı, İstanbul, Vedat, 2019.
- Postacıoğlu İlhan E./ Altay Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, İstanbul, Vedat, 2020.
- Poudret Jean-François/ Besson Sébastien, **Comparative Law of International Arbitration**, 2. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2007.
- Pound Roscoe, “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, **Harvard Law Review**, 1913, Sayı 27, 195 (“**End**”).

- Pound Roscoe, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", **Harvard Law Review**, 1911, Sayı 25, 140 ("**Scope**").
- Pound Roscoe, **Jurisprudence Volume 1**, ABD, West Publishing Co., 1959 ("**Jurisprudence**").
- Pound Roscoe, **The Spirit of the Common Law**, Bost, Marshall Jones Company, 1921 ("**Spirit**").
- Price Alexander/ Wilske Stephan, "Costs and Efficiency in International Arbitration: The Arbitrators' Toolbox for Achieving the "Ideal"", **DAJV Newsletter**, 2007, Sayı 32, 184.
- Prodromou Zena, "The Public Order Exception in International Commercial Arbitration", **International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes**, Kluwer Law, Cilt 56, 2020.
- Prosser William, **Law of Torts**, 3. Baskı, ABD, West Publishing Co., 1964.
- Prosser William/ Dobbs Dan et al., **Prosser and Keeton on the Law of Torts**, 5. Baskı, ABD, West Publishing Co., 1984.
- Pryles Michael, "Lost Profit and Capital Investment", **World Arbitral & Mediation Review**, 2007, 1.
- Pryles Michael/ Waincymer Jeffrey, "Multiple Claims in Arbitration between the same Parties", 2009, 50 (https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012223886747020multiple_claims_in_arbitrations_between_the_same_parties.pdf - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Queen Mary University of London/ PricewaterhouseCoopers LLP, "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration", 2015.
- Queen Mary University of London/ PricewaterhouseCoopers LLP, "2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process", 2012.
- Queen Mary University of London/ PricewaterhouseCoopers LLP, "International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices", 2006.
- Queen Mary University of London/ White & Case, "2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration", (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018> - Erişim Tarihi: 18.03.2023).
- Radi Yannick, **Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration**, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- Rainbolt George W., **The Concept of Rights**, Hollanda, Springer, 2006.
- Ramberg Richard, "Piercing the Corporate Veil: Comparing the United States with Sweden", **New England Journal of International and Comparative Law**, 2011, Sayı 17, 159.
- Redfern Alan, "Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy", ed. Albert Jan Van den Berg, **International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series**, Cilt 13, Kluwer Law International, 2007, 871-875.
- Redfern Alan/ Hunter Martin/ Blackaby Nigel/ Partasides Constantine, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2004 ("**Practice**").

- Redmann Glenda, "Abuse of Rights: An Overview of the Historical Evolution and the Current Application in Louisiana Contracts", **Loyola Law Review**, 1986, Sayı 32, 946.
- Reed Lucy, "Ab(use) of Due Process: Sword and Shield", **Arbitration International**, 2017, Cilt 33, 361-377, 369.
- Reich-Graefe René, "Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany", **Connecticut Law Review**, 2004, Sayı 37, 785.
- Reid Elspeth, "Abuse of Rights in Scots Law", **Edinburgh Law Review**, 1998, Cilt 2 Sayı 2, 129-157 ("**Scots**").
- Reid Elspeth, The Doctrine of Abuse of Rights: Perspective from a Mixed Jurisdiction, **Electronic Journal of Comparative Law**, 2004, Cilt 8 Sayı 3, 1 (<http://www.ejcl.org/83/abs83-2.html> - Erişim tarihi: 18.03.2023) ("**Mixed**").
- Reid James, "The Law and the Reasonable Man", **Proceedings of the British Academy**, 1968, Sayı 54, 189 ("**Reasonable Man**").
- Reinhold Steven, "Good Faith in International Law", **UCL Journal of Law and Jurisprudence**, 2013, Sayı 2, 40.
- Reinisch August, "International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdictions", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2008 ("**Multiple**").
- Reinisch August, "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", **Law and Practice of International Courts and Tribunals**, 2004, Cilt 3 Sayı 1, 37-77 ("**Limits**").
- Reinsich August, "The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions", **The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality**, Kluwer Law International, 2010, 113-126.
- Reiter Barry J., "Good Faith in Contracts", **Valparaiso University Law Review**, 1983, Sayı 17, 705.
- Richards Paul, **Law of Contract**, 13. Baskı, New York, Pearson Education, 2017.
- Rivkin David W., "Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited", **Arbitration International**, 2008, Sayı 23, 375.
- Robilant Anna Di, "Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law", 61 **Hastings Law Journal**, 2010, Cilt 61 Sayı 3, 687.
- Rosenberg George A., "The Notion of Good Faith in the Civil Law of Quebec", **McGill Law Journal**, 1960, Sayı 7, 2.
- Rubino-Sammartano Mauro, **International Arbitration Law and Practice**, 3. Baskı, New York, Juris Net, 2014.
- Ryan Margaret, "Gaillard on Tackling Abuse of Process", **Global Arbitration Review**, 2015 (<http://globalarbitrationreview.com/news/article/33992/gaillard-tackling-abuse-process> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Sajó András, **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Hollanda, Eleven International Publishing, 2006.
- Salama Nadia Ramzy, "Nature, Extent, and Role of Parties' Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements", **Manchester Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi**, 2015.

- Saleh Nabil, "The Role of Intention (Niyya) Under Saudi Arabian Hanbali Law", **Arab Law Quarterly**, 2009, Cilt 23 Sayı 4, 469-475.
- Salmond John W., **The Law of Torts**, Londra, Sweet & Maxwell, 1936.
- Sanders Pannal A., "'At Will' Franchise Terminations and the Abuse of Rights Doctrine", **Louisiana Law Review**, 1981, Sayı 42, 210.
- Sarıöz Büyükalp İpek, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Konusunda Karşılaşılan Bazı Usul Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler", ed. Hatice Özdemir Kocasakal/ Süheyla Balkar, **Tahkim Anlaşması**, İstanbul, On İki Levha, 2020, 185-213.
- Sawyer David C., "Revising the UNCITRAL Arbitration Rules: Seeking Procedural Due Process Under the 2010 UNCITRAL Rules for Arbitration", **International Commercial Arbitration Brief**, 2011, Sayı 1, 24.
- Saymen Ferit Hakkı, **Türk Medeni Hukuku Cilt 1**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1948.
- Scherer Maxi/ Prasad Dharshini/ Prokic Dina, **The Principle of Equal Treatment in International Arbitration**, 2018, (<https://ssrn.com/abstract=3377237> – Erişim tarihi 18.03.2023).
- Schlesinger Rudolf B., "Research on the General Principles of Law Recognised by Civilized Nations", **The American Journal of International Law**, 1957, Cilt 51 Sayı 4, 734-753.
- Scholtens E., "Abuse of Rights", **South African Law Journal**, 1958, Sayı 75, 39.
- Schreuer Christoph, "Nationality Planning", ed. Arthur W. Rovine, **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers**, Hollanda, Brill Nijhoff, 2012.
- Schreuer Christoph, "Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", **The Journal of World Investment & Trade**, 2004, Cilt 5 Sayı 231 ("**Fork**").
- Schreuer Christoph, "The Concept of Expropriation Under the ETC and Other Investment Protection Treaties", 2005, 108-159 (www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/82_concept_expropriation.pdf - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Schwartz E. A., "The Rights and Duties of ICC Arbitrators", **ICC Bulletin**, 1995, 77.
- Schwartz Eric A., "Multi-Party Arbitration and the ICC", **Journal of International Arbitration**, 1993, Sayı 10, 5.
- Seliçi Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1976.
- Serozan Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 8. Baskı. İstanbul, Vedat, 2018.
- Shackelford Elizabeth, "Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration", **University of Pittsburgh Law Review**, 2006, Cilt 67 Sayı 4, 897-912.
- Shany Yuval, "Similarity in the Eye of the Beholder: Revisiting the Application of Rules Governing Jurisdictional Conflicts in the Lauder/CME Cases", ed. Arthur W. Rovine, **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation**, Martinus Nijhoff, 2007.

- Shany Yuval, **The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals**, Oxford, Oxford University Press, 2003 (“**Competing**”).
- Shapiro Scott J., “The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed”, **Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 77**, 2007, 9 (<https://ssrn.com/abstract=968657> – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Sheppard Audley, “Res Judicata and Estoppel”, ed. Bernardo M. Cremades/ Julian D.M. Lew, **Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration**, Hollanda, Kluwer Law International, 2006.
- Shookman Jamie, “Too Many Forums for Investment Disputes?”, **Journal of International Arbitration**, 2010, Sayı 27, 361.
- Sızmaçoğlu Turgut, **İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı**, İstanbul, Halk Basımevi, 1953.
- Silberman Linda, “Report: International Arbitration: Comments from a Critic”, **American Review of International Arbitration**, 2002, Sayı 13, 9.
- Silberman Linda/ Ferrari Franco, “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong”, ed. Franco Ferrari/ Stefan Kröll, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Sellier, 2010.
- Sims Vanessa, “Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Circles”, **Ankara Law Review**, 2004, Cilt 1 Sayı 2, 213-232.
- Singh Arun, **Business and Contract Law**, Londra, Thorogood, 2010.
- Smit Hans, “A-National Arbitration”, **Tulane Review**, 1989, Cilt 63, 629-645 (“**Anational**”).
- Smit Hans, “Comments on Public Policy in International Arbitration”, **American Review of International Arbitration**, 2002, Cilt 13, 65-67 (“**Comments**”).
- Smith Gordon, “Dismissal of Arbitration Proceedings For Want of Prosecution”, **Asian International Arbitration Journal**, 2009, Sayı 5, 190.
- Smits Jan M., **Contract Law A Comparative Introduction**, 2. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Sono Kazuaki/ Fujioka Yasuhiro, “The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan”, **Louisiana Law Review**, 1975, Cilt 35 Sayı 5, 1037.
- Stack David, “The Two Standards of Good Faith in Canadian Contract Law”, **Saskatchewan Law Review**, 1999, Sayı 62, 201.
- Stapleton Jane, “Good Faith in Private Law”, **Current Legal Problems**, 1999, Cilt 52 Sayı 1, 1.
- Steingruber Andrea M., **Consent in International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Stipanowich Thomas J./ Lamare Ryan, “Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations”, **Harvard Negotiation Law Review**, 2014, Sayı 19, 1.
- Stipanowich Thomas, “Arbitration and Choice: Taking Charge of the 'New Litigation'”, **DePaul Business & Commercial Law Journal**, 2009, Sayı 7, 383.
- Stone Richard/ Devenney James, **The Modern Law of Contract**, 11. Baskı, Abingdon, Routledge, 2015.

- Storme Matthias E., “Case 22: Sitting on One’s Rights - Belgium”, ed. Zimmermann/Whittaker.
- Styles Scott Crichton, “Good Faith, A Principled Matter”, ed. Angelo Forte, **Good Faith in Contract and Property Law**, Oxford, Hart Publishing, 1999.
- Summers Robert S., ““Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, **Virginia Law Review**, 1968, Sayı 54, 195 (“**UCC**”).
- Sussman Edna, “All’s Fair in Love and War – Or is it? The Call for Ethical Standards for Counsel in International Arbitration”, **Transnational Dispute Management**, 2010, Sayı 7, 1.
- Sussman Edna, “Why Arbitrate: The Benefits and Savings”, **Transnational Dispute Management**, 2010, Sayı 7, 2 (“**Savings**”).
- Şanlı Cemal, “Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **Ergin Nomer’e Armağan**, 2002, 773-789 (“**Devir**”).
- Şanlı Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1986 (“**Esasa Uygulanacak Hukuk**”).
- Şanlı Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 319-324 (“**Ticari Akitler**”).
- Şanlı Cemal/ Esen Emre/ Ataman Figanmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.
- Takavut İbrahim Doğan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Tang Sophia Zheng, **Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law**, Abingdon, Routledge, 2014.
- Taniguchi Yasuhei, “Good Faith and Abuse of Procedural Rights in Japanese Civil Procedure”, **Tulane Journal of International & Comparative Law**, 2000, Sayı 8, 167.
- Tanrıöver Süha, **Medeni Usul Hukuku Cilt I**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Tarman Zeynep Derya, “Tahkim Kızunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2009, Sayı 40, 121;
- Tavender E.D.D., “Considerations of Fairness in the Context of International Commercial Arbitrations”, **Alberta Law Review**, 1995, Sayı 34, 509.
- Teitelbaum Ruth, “Case Report on Saipem v. Bangladesh”, **Arbitration International**, 2010, Cilt 26 Sayı 2, 313-322.
- Teitz Louise Ellen, “Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation”, **Roger Williams University School of Law Review**, 2004, Cilt 10 Sayı 1, 24.
- Tekinalp Gülören/ Uyanık Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları**, İstanbul, Vedat, 2016.
- Tekinay Selahattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

- Temmerman Michelangelo, “The Legal Notion of Abuse of Patent Rights”, **NCCR Trade Regulation Working Paper**, 2011, Sayı 2011/23.
- Terry Andrew/ Lernia Cary Di, “Franchising and the Quest for the Holy Grail: Good Faith or Good Intentions”, **Melbourne University Law Review**, 2009, Cilt 33 Sayı 2, 542-578.
- Tête William T., “Tort Roots and Ramifications of the Obligations Revision”, **Loyola Law Review**, 1987, Sayı 32, 47.
- Tetley William, “Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering”, **Journal of Maritime Law & Commerce**, 2004, Sayı 35, 561.
- The American Law Institute, **UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure**, ABD, Cambridge University Press, 2006.
- Thomson Douglas, “Israel Wins Gas Supply Claim Against Egypt”, **Global Arbitration Review**, 7 Aralık 2015, s. 1, (<http://globalarbitrationreview.com/article/1034988/israel-wins-gas-supply-claim-against-egypt> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Tiryaki Betül, “The Legal Results of the Abuse of Rights in Case of Contradiction to the Formal Rules of Contracts”, **Ankara Bar Review**, 2008, Cilt 1 Sayı 1, 30-37.
- Tiryakioğlu Bilgin, “Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik”, ed. Hatice Özdemir Kocasakal/ Süheyla Balkar, **Tahkim Anlaşması**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Topcan Utku, “Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration”, **ICSID Review**, 2014, Sayı 29, 627.
- Topçuoğlu Hamide, **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)**, İzmit, Selüloz Basımevi, 1950.
- Townsend John M., “Non-Signatories and Arbitration”, **ADR Currents**, 1998, Cilt 3 Sayı 3, 23.
- Trevino Javier, **Classic Writings in Law and Society**, 2. Baskı, Abingdon, Routledge, 2017.
- Tudor I., **The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Tuna Ekin, **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Uçaryılmaz Talya Şans, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, Cilt 30 Sayı 135, 335-382 (“**Dürüstlük Kuralı**”).
- Uçaryılmaz Talya Şans, **Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)**, Ankara, Yetkin, 2019 (“**Bona Fides**”).
- Uçaryılmaz Talya, “Equitable Estoppel and CISG”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt 3 Sayı 2, 161-178 (“**CISG**”).
- UNCITRAL Secretariat, **Explanatory Note on the Model Law of 1985 (with amendments as adopted in 2006)**, (<https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/ExplanatoryNote-UNCITRALSecretariat.pdf> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- UNCITRAL, “3. Çalışma Grubu Raporu”, A/CN.9/233, 1983, para. 154

(<https://undocs.org/en/A/CN.9/233> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- UNCITRAL, “Recommendation Regarding the Interpretation of Art. II (2) and Art. VII (1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, **UN Doc. A/61/17 Annex II**, 7 July 2006.
- UNCITRAL, **Guide on the Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**, 2016 Baskısı, New York, UN, 2016.
- Uyar Talih, “Yargıtay Kararlarında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK 2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK 2/II)”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000, 442.
- Veeder V. V., “The 2001 Goff lecture: The Lawyer’s Duty to Arbitrate in Good Faith”, **Arbitration International**, 2002, Cilt 18 Sayı 4, 431-451.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları**, 4. Baskı, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1951.
- Vial Gonzalo, “Influence of The Arbitral Seat in The Outcome of an International Commercial Arbitration”, **International Lawyer**, 2017, Cilt 50, 329-346.
- Vicuña Francisco Orrego, “Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society”, **International Law Forum du droit international**, 2003, Sayı 5, 188-197.
- Voon Tania/ Mitchell Andrew/ Munro James, “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2014, Cilt 5 Sayı 1, 41-68.
- Voser Nathalie, “The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: ‘Traditional Approach with a Twist Regarding Abuse of Rights’ or ‘Consent Theory Plus’”, ed. Stavros Brekoulakis/ Julian D.M. Lew et al., **The Evolution and Future of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016.
- Voyame Joseph/ Cottier Bertil/ Rocha Bolivar, “Abuse of Right in Comparative Law”, ed. Europarat, **Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application: Proceedings of the 19th Colloquy on European Law Luxembourg 6-9 November 1989**, Strasbourg, Council of Europe, 1990.
- W. Michael Reisman/ Brian Richardson, “Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration”, ed. Albert Jan van den Berg, **Arbitration – The Next Fifty Years**, Kluwer Law International, 2012.
- Wagner Gerhard/ Koester Jan Philipp, “Originalism Meets International Arbitration: The US Supreme Court’s Interpretation of the New York Convention”, **Journal of International Arbitration**, 2021, Cilt 38 Sayı 2, 163-186.
- Waincymer Jeff, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012, (“**Procedure**”).
- Waincymer Jeffrey, “Promoting Fairness and Efficiency of Procedures in International Commercial Arbitration – Identifying Uniform Model Norms”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, 2010, Cilt 3, 25 (“**Uniform**”).
- Walde Thomas W., “‘Equality of Arms’ in Investment Arbitration: Procedural Challenges”, ed. Katia Yannaca-Small, **Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, Oxford, Oxford University

- Press, 2010 (***Equality***).
- Walde Thomas W., “Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State”, **Arbitration International**, 2010, Sayı 26, 3 (***Procedure***).
- Walde Thomas/ Hober Kaj, “The First Energy Charter Treaty Arbitral Award”, **Journal of International Arbitration**, 2005, Cilt 22 Sayı 2, 83-104.
- Wallwork Adam, “A Requirement of Good Faith in Construction Contracts?”, **Building and Construction Law**, 2004, Cilt 20 Sayı 4, 257.
- Walton F. P., “Delictual Responsibility in the Modern Civil Law (More Particularly in the French Law) as Compared with the English Law of Torts”, **Law Quarterly Review**, 1933, Sayı 49, 70 (***Responsibility***).
- Walton F. P., “Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law”, **Harvard Law Review**, 1909, Sayı 22, 501 (***Motive***).
- Webster Thomas H., “Party Control in International Arbitration”, **Arbitration International**, 2003, Cilt 19 Sayı 2, 119-142.
- Wehland Hanno, **The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Weiler Todd, **The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context**, Martinus Nijhoff, 2013.
- Weinrib Ernest J., **Corrective Justice**, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Weir Tony, “The Common Law System”, ed. René David et al., **International Encyclopedia of Comparative Law Cilt II, The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification**, Hollanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1975.
- Welser Irene/ Klausegger Christian, “Fast Track Arbitration: Just 361tat ef Something Different?”, ed. Gerold Zeiler/ Irene Welser, et al., **Austrian Arbitration Yearbook 2009**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.
- Welser Irene/ Wurzer Susanna, “Formality in International Commercial Arbitration – For Better or for Worse?”, ed. Gerold Zeiler/ Irene Welser et al., **Austrian Arbitration Yearbook 2008**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2008.
- Whittaker Simon, “Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 2019, Cilt 39 Sayı 2, 404-434.
- Wiederkehr Martin, “The Group of Companies Doctrine in International Arbitration: A Swiss Perspective”, **Swiss Arbitration Association Bulletin**, 2022, Cilt 1, 15-24.
- Williams David A.R./ Kirk Anna, “Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?”, ed. Neil Kaplan/ Michael J. Moser, **Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum**, Kluwer Law International, 2018, 87-106.
- Williams Glanville L., “The Foundation of Tortious Liability”, **Cambridge Law Journal**, 1939, Cilt 7 Sayı 1, 111.
- Wilske Stephan, “‘Internationalisation of Law’ in Arbitration: A Way to Escape Procedural Restrictions of National Law?”, ed. Nedim Peter Vogt, **Reflections on**

the International Practice of Law: Liber Amicorum 362nd of 35th Anniversary of Bär & Karrer, Helbing & Lichtenbahn, 2004 (“*Internationalisation*”).

Wilske Stephan, “Crisis? What Crisis? The Development of International Arbitration in Tougher Times”, **Contemporary Asia Arbitration Journal**, 2009, Cilt 2, 187 (“*Crisis*”).

Wilske Stephan/ Shore Laurence/ Ahrens Jan-Michael, “The ‘Group of Companies Doctrine’ – Where is it Heading?”, **American Review of International Arbitration**, 2006, Sayı 17, 73.

Wolff Reinmar, “Public Policy, Article V(2)(b)”, ed. Reinmar Wolff, **New York Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -Commentary-**, 2. Baskı, Hart Publishing, 2019, 416-461 (“*Public Policy*”).

World Bank, “The ICSID Caseload – Statistics”, (Sayı 2019–1) ([https://icsidworldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsidworldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Yee Woo Pei, “Protecting Parties’ Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith”, **Oxford University Commonwealth Law Journal**, 2001, Cilt 1 Sayı 2, 195-229.

Yelpaala Kojo, “Restraining the Unruly Horse: The Use of Public Policy in Arbitration, Interstate and International Conflict of Laws in California”, **The Transnational Lawyer**, 1989, Sayı 2, 379.

Yeşilirmak Ali, **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim**, İstanbul, On iki Levha, 2011.

Yeşilirmak Ali, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulanması**, İstanbul, On İki Levha, 2018 (“*ICC*”).

Yeşilova Bilgehan, “Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Cilt IV Sayı 1, 265–349 (“*Lex Arbitri*”).

Yılmaz Ejder, “Hakem Kararlarının Denetimi”, **Makaleler (1973-2013)**, Cilt 2, İstanbul, Yetkin, 2014, 1805-1828.

Yılmaz İlhan, “Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında “Gerçek Bağlantı” İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, Sayı 1, 965-1011 (“*Gerçek Bağlantı*”).

Yılmaz İlhan, “ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, **Galatassaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, 455-519 (“*ICSID*”).

Yılmaz İlhan, **Uluslararası Yatırım Hukukunda Faydaların Reddi**, İstanbul, Legal, 2023 (“*Faydaların Reddi*”).

Yiannopoulos N., “Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New”, **Louisiana Law Review**, 1994, Sayı 54, 1173 (“*Abuse*”).

Yiannopoulos N., “The Civil Codes of Louisiana”, **Civil Law Commentaries**, 2008, Sayı 1, 1 (“*Code*”).

Youssef Karim, “The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-signatories in Group of Companies”, ed. Bernard Hanotiau/ Eric A. Schwartz, **Multiparty Arbitration**, ICC Publications, 2010.

- Yu Hong-Lin, “Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime”, **Journal of International Arbitration**, 1998, Cilt 15 Sayı 2, 145-166.
- Zarra Giovanni, **Parallel Proceedings in Investment Arbitration**, Eleven International Publishing, 2017.
- Zevkliler Aydın, **Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, İzmir, Savaş Yayınları, 1991.
- Zhou Qi, “The Yam Seng Case: A New Development of Good Faith In English Contract Law”, **International Trade and Business Law Review**, 2014, Sayı 17, 358.
- Zimmermann Andreas/ Tomuschat Christian et al., **The Statute of the International Court of Justice: A Commentary**, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Zimmermann Reinhard/ Whittaker Simon, **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 (“*Good Faith*”).
- Zuberbühler Tobias, “Non-signatories and the Consensus to Arbitrate”, **ASA Bulletin**, 2008, Sayı 26, 18.
- Zweigert Konrad/ Kötz Hein, **An Introduction to Comparative Law**, 3. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- 210 Baronne St. Ltd. Partnership v. First Nat’l Bank of Commerce*, 543 So. 2d 502, 507 (La. App. 4th Cir.), 546 So. 2d 1219 (1989) (<https://casetext.com/case/210-baronne-st-partsp-v-first-nat> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
2018. *S.p.A. v. B AG*, Geneva Chamber of Commerce, 25 September 1997, Decision, 19 **ASA Bulletin** 745 (2001) (<https://lawexplores.com/10-provisional-measures-in-international-arbitration/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Abaclat v. Argentine Republic*, **ICSID** Case No. ARB/07/5, 4 August 2011, Decision on Jurisdiction and Admissibility (<https://www.italaw.com/cases/35> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. v. Eastern Bechtel Corp.*, [1982] 2 **Lloyd’s Rep.** 425 (<https://vlex.co.uk/vid/abu-dhabi-gas-liquefaction-792788381> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Abu Dhabi National Tanker Company v. Product Star Shipping Limited*, [1993] **L1 Rep** 397 ([https://uk.westlaw.com/Document/IB900D940F6BC11E0AD7ADE73440AF78D/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec656b403d6a9d7f%3Fppcid%3D2189e9b71d65461fba139bd951c9667f%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI47BFA391E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=72cb6c518b3d33c8154d403e39e2fff4&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=2189e9b71d65461fba139bd951c9667f&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wlu](https://uk.westlaw.com/Document/IB900D940F6BC11E0AD7ADE73440AF78D/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec656b403d6a9d7f%3Fppcid%3D2189e9b71d65461fba139bd951c9667f%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI47BFA391E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=72cb6c518b3d33c8154d403e39e2fff4&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=2189e9b71d65461fba139bd951c9667f&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wlu) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, **ICSID** Case No. ARB/03/16, 2 October 2006, Award of the Tribunal,

(<https://www.italaw.com/cases/41> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Addison v. Williams, 546 So. 2d 220 (La. 1989) (<https://casetext.com/case/addison-v-williams-1> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

AES Solar and others (PV Investors) v. The Kingdom of Spain, **UNCITRAL**, **PCA** Case No. 2012/14, 28 February 2020 (https://jsumundi.com/en/document/decision/en-aes-solar-and-others-pv-investors-v-spain-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-187-2020-tuesday-23rd-february-2021#decision_15342 - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, **ICSID** Case No. ARB/02/3, 21 October 2005, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/57> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Alaphı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, **ICSID** Case No. ARB/08/13 (<https://www.italaw.com/cases/1708> - Erişim tarihi: 18.03.2023)

Alexandros Kefalas and Others v. Elliniko Dimosio (Greek State) and Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)., Case C-367/96, (1998) **ECR** I-02843

([https://uk.westlaw.com/Document/I6E7A7143F94B4AC4A61C006C70B586C4/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec67c2233d6a9f5c%3Fppcid%3D76a4185dd34f46778f96a5c088654455%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DID207E080E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4453dfcdc2282ea6eeb3e3f4cf7c4fd6&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=76a4185dd34f46778f96a5c088654455&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I6E7A7143F94B4AC4A61C006C70B586C4/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec67c2233d6a9f5c%3Fppcid%3D76a4185dd34f46778f96a5c088654455%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DID207E080E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4453dfcdc2282ea6eeb3e3f4cf7c4fd6&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=76a4185dd34f46778f96a5c088654455&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Alfred McAlpine Construction Limited v. Unex Corporation Ltd, [1994] 38 Con. L.R. 63 (<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7a060d03e7f57eb075e> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Allen v. Flood, [1898] App. Cas. 1, 92 ([https://uk.westlaw.com/Document/I5CE7BF00E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec6958f03d6aa0c7%3Fppcid%3D7da96a07728c4a35a6297be8cbe14efc%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI5CE797F0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=799b267b2e620133218172892f1f5df5&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=7da96a07728c4a35a6297be8cbe14efc&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I5CE7BF00E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec6958f03d6aa0c7%3Fppcid%3D7da96a07728c4a35a6297be8cbe14efc%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI5CE797F0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=799b267b2e620133218172892f1f5df5&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=7da96a07728c4a35a6297be8cbe14efc&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Allsop Automatic Inc v. Tecnoski, Milano S.C.*, 1992 (https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=2331 – Erişim tarihi: 18.03.2023)
- Alpha SA v. Beta and Co., State Company of Ruritania Law*, Ad hoc, 1991, Award, 2 **ASA Bulletin** 202, atf. Brekoulakis.
- American Bankers Insurance Group v. Richard F. Long and Lillie M. Long*, 453 F.3d 623, 627 (Fourth Circuit 2006) (<https://cite.case.law/f3d/453/623/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Ampal-American Israel Corp., et al v. Arab Republic of Egypt*, **ICSID** Case No. ARB/12/11, 1 February 2016, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/1926> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- An Indian cement Company v a Pakistani bank*, Preliminary Award, **ICC** Case No. 1512, 1971, ed. Pieter Sanders, **Yearbook Commercial Arbitration, Volume 5**, Kluwer Law International, 1980 (https://www.trans-lex.org/201512/_icc-award-no-1512-yca-1976-at-128-et-seq-/ - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. And Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain*, **ICSID** Case No. ARB/13/31 (<https://www.italaw.com/cases/2319> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. v. United States of America*, **ICSID** Case No. ARB(AF)/12/1, 25 August 2014, Award (<https://www.italaw.com/cases/1687> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Application for Review of Judgment No. 158 of United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, **ICJ Reports**, 1973, 166 (<https://www.icj-cij.org/case/57> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (2002) 41 ILM 1175 (<https://www.icj-cij.org/case/126> - Erişim tarihi: 18.03.2023)
- Ashmore v. British Coal Corp.*, [1990] 2 Q.B. 338 ([https://uk.westlaw.com/Document/I10C854D0F5F211E0AD159D6DD1E2FD65/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad740160000186ec6c5f5f3d6aa372%3Fppcid%3D4519e4c6fcb948899ebe58ff4bfcc4e7%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI67B280A0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=c91b067f384ff93cbf8e83d70adda28e&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=4519e4c6fcb948899ebe58ff4bfcc4e7&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wlu](https://uk.westlaw.com/Document/I10C854D0F5F211E0AD159D6DD1E2FD65/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad740160000186ec6c5f5f3d6aa372%3Fppcid%3D4519e4c6fcb948899ebe58ff4bfcc4e7%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI67B280A0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=c91b067f384ff93cbf8e83d70adda28e&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=4519e4c6fcb948899ebe58ff4bfcc4e7&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wlu) – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Ata Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, **ICSID** Case No ARB/08/2 (<https://www.italaw.com/cases/97> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, **ICSID** Case No. ARB/84/1, 21 April 1986, Award (<https://www.italaw.com/cases/3461> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Attorney General v. Barker, [2000] 1 F.L.R. 759
[https://uk.westlaw.com/Document/I69073B30E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi
 ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0
 ad7401600000186ec6e405e3d6aa4c6%3Fppcid%3D4a28a09843ff432896d460493
 a832c8f%26Nav%3DUK-
 CASES%26fragmentIdentifier%3DI69071420E42711DA8FC2A0F0355337E9%2
 6parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%25
 29%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=2251d
 34e160243db9f903cbda86ec01b&list=UK-
 CASES&rank=4&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2
 06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=4a28a09843ff432896d460493a832c8f&origi
 nationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.S
 earch\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I69073B30E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi

 ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0

 ad7401600000186ec6e405e3d6aa4c6%3Fppcid%3D4a28a09843ff432896d460493

 a832c8f%26Nav%3DUK-

 CASES%26fragmentIdentifier%3DI69071420E42711DA8FC2A0F0355337E9%2

 6parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%25

 29%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=2251d

 34e160243db9f903cbda86ec01b&list=UK-

 CASES&rank=4&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2

 06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=4a28a09843ff432896d460493a832c8f&origi

 nationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.S

 earch)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, **ICSID** Case No. ARB/00/5, 27 September 2001, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/3458> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Azinian, Davitian & Baca v. Mexico, (NAFTA), **ICSID** Case No ARB(AF)/97/2, 1 November 1999, Award (<https://www.italaw.com/cases/114> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Azpetrol Oil Services Group BV v. The Republic of Azerbaijan, **ICSID** Case No. ARB/13/12.

Ballaron v. Equitable Shipyards, Inc. 521 So. 2d 481 (La. 1988) (<https://casetext.com/case/ballaron-v-equitable-shipyards-inc-1> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Banque Nationale du Canada v. Houle, [1990] 3 SCR 122 (<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/685/index.do> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Barcelona Traction (Belgium v. Spain), 5 February 1970, Judgment, **ICJ**, 1970, 39, 56 (<https://www.icj-cij.org/case/50> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Barcelona Traction Case (Separate Opinion of Judge Ammoun), **ICJ I**, 1970 (<https://www.icj-cij.org/case/50> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Bates v. Post Office (No 3), (2019) EWHC, 606Q.B, 711 ([https://uk.westlaw.com/Document/I78134D50496B11E9A278E228521D3BE6/Vi
 ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0
 ad7401600000186ec7367313d6aa953%3Fppcid%3D9e87169e4fee4c4db62e5b2fe
 ac3e756%26Nav%3DUK-
 CASES%26fragmentIdentifier%3DI208E8BB0496811E99BA1D25B033D4B03%
 26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2
 529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=b7ef
 075b882addb7f2b0484d3f4ff9c5&list=UK-
 CASES&rank=4&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2
 06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=9e87169e4fee4c4db62e5b2feac3e756&origin
 ationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Se
 arch\)&navId=593A086B0E66407ADB7ECFDF5832767F&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I78134D50496B11E9A278E228521D3BE6/Vi

 ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0

 ad7401600000186ec7367313d6aa953%3Fppcid%3D9e87169e4fee4c4db62e5b2fe

 ac3e756%26Nav%3DUK-

 CASES%26fragmentIdentifier%3DI208E8BB0496811E99BA1D25B033D4B03%

 26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2

 529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=b7ef

 075b882addb7f2b0484d3f4ff9c5&list=UK-

 CASES&rank=4&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2

 06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=9e87169e4fee4c4db62e5b2feac3e756&origin

 ationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Se

 arch)&navId=593A086B0E66407ADB7ECFDF5832767F&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, **ICSID** Case No. ARB/03/29, 14 November 2005 (<https://www.italaw.com/cases/8817> -

Erişim tarihi: 18.03.2023).

Besant v. Wood, [1879] 12 Ch 605, 620 ([https://uk.westlaw.com/Document/I741DF9F0E42711DA8FC2A0F0355337E9/V
iew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0
ad7401600000186ec74a4123d6aaa1c%3Fppcid%3D78a099e7db7e42b298c03bf7c
93e78a5%26Nav%3DUK-
CASES%26fragmentIdentifier%3DI741DD2E0E42711DA8FC2A0F0355337E9%
26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2
529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=0bb9
d8b0104db71de93e7e0f04ceda81&list=UK-
CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2
06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=78a099e7db7e42b298c03bf7c93e78a5&origi
nationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.S
earch\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I741DF9F0E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec74a4123d6aaa1c%3Fppcid%3D78a099e7db7e42b298c03bf7c93e78a5%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI741DD2E0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=0bb9d8b0104db71de93e7e0f04ceda81&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=78a099e7db7e42b298c03bf7c93e78a5&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Breland v. Louisiana Hospital Services, Inc., 488 So. 2d 1215 (La. App. 1st Cir. 1984), 468 So. 2d 1223 (La. App. 1st Cir. 1985) (<https://casetext.com/case/breland-v-louisiana-hospital-servs> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. [1981] AC 909 (<http://www.uniset.ca/other/cs3/1981AC909.html> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Bridas S.A.P.I.C., et al. V. Turkmenistan, 447 F.3d 411, 420 (5th Cir. 2006), **ICC** Case No. 9058/FMS/KGA (<https://casetext.com/case/bridas-sapic-v-govt-of-turkmenistan> - <https://www.italaw.com/cases/5897> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Brittingham v. Robertson, 280 A.2d 741 (Del. 1971) (<https://cite.case.law/a2d/280/741/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Burger King Corp v Hungry Jack's Pty Ltd, [2001] NSWCA 187 (21 Haziran 2001, Australia) ([https://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/200902261300200.jAustralia_Burge
rKingCorpvHungryJack20010621.pdf](https://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/200902261300200.jAustralia_BurgerKingCorpvHungryJack20010621.pdf) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Burimi SRL v Albania, **ICSID** Case No ARB/11/18, IIC 593, 29 May 2013, Award (<https://www.italaw.com/cases/2010> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Burke v. Smith, 37 N.W. 838 (Mich. 1888) (<https://case-law.vlex.com/vid/burke-v-smith-897017577> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Canfor Corporation v. United States of America, Tembec et al v. United States of America, Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America, **UNCITRAL**, 7 September 2005, Order of the Consolidation Tribunal (<https://www.italaw.com/cases/200> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro, Corte Di Appello Di Napoli, İtalyaItaly, 20 February 1975, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1979, Cilt IV, 275-276 (https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=2298 – Erişim tarihi: 18.03.2023).

CAS 94/129, *USA Shooting & Q. / Union Internationale de Tir (UIT)*, 23.05.1995 (<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/129.pdf> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Cascade Investments NV v. Republic of Turkey, **ICSID** Case No. ARB/18/4, 20 September 2021, Award (<https://www.italaw.com/> - Erişim tarihi: 18.07.2023).

- Cataldie v. Louisiana Health Services & Indemnity Co.*, 456 So. 2d 1373 (La. 1984) (<https://casetext.com/case/cataldie-v-louisiana-health-service-indem> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Cem Uzan v. Republic of Turkey*, SCC Case No. V2014/023 (<https://www.italaw.com/cases/5586> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Cementownia S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB (AF)/06/2, 17 September 2009, Award (<https://www.italaw.com/cases/228> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Certain Norwegian Loans (France v Norway)*, Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, [1957] **ICJ Rep** 9, 53 (<https://www.icj-cij.org/case/29/judgments> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Certain Phosphate Lands in Nauru*, [1992] **ICJ Rep** 240 (<https://www.icj-cij.org/case/80> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Chapman v. Honig*, [1963] 2 Q.B. 502, s. 520 ([https://uk.westlaw.com/Document/I85E11870E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi/ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec7d503f3d6aaf7e%3Fppcid%3D2ca3fb0046dd42cf90f2879fd94cee68%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI85E0F161E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=41d2bc5bbfc6ea9ce1a9d31aefa30630&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=2ca3fb0046dd42cf90f2879fd94cee68&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I85E11870E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi/ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec7d503f3d6aaf7e%3Fppcid%3D2ca3fb0046dd42cf90f2879fd94cee68%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI85E0F161E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=41d2bc5bbfc6ea9ce1a9d31aefa30630&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=2ca3fb0046dd42cf90f2879fd94cee68&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain*, SCC Case No. V062/2012 (<https://www.italaw.com/cases/2082> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, 1 December 2008, Interim Decision (<https://www.italaw.com/cases/251> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.*, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 July 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1995, Cilt XX, 671-680 (https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=947&opac_view=6 - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Christie v. Davey*, [1893] 1 Ch. 316 (<https://uk.westlaw.com/Document/I87083350E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi/ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec80e9263d6ab0f8%3Fppcid%3D60137a8d22e94e1ca93a29dac6a133cb%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI87080C40E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=443632c19091b15a797066534a5a5c07&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2>

[06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=60137a8d22e94e1ca93a29dac6a133cb&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://www.westlaw.com/Document/I1A717315E5E340DEB400FE2DFCCE0035/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8377863d6ab235%3Fppcid%3D5f906d1511dc4b39b27efb41be8708f5%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI98C66FD0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7d6bfe36f66b677e9052ee155ac3b266&list=UK-CASES&rank=6&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=5f906d1511dc4b39b27efb41be8708f5&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd., Supreme Court, Switzerland, 8 February 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, Cilt XI, 538-542 (https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=2265 – Erişim tarihi: 18.03.2023).

CJEU, 23 March 2000, Case C-373/97, *Diamantis* [2000] ECR I-1705, para. 43 ([https://uk.westlaw.com/Document/I1A717315E5E340DEB400FE2DFCCE0035/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8377863d6ab235%3Fppcid%3D5f906d1511dc4b39b27efb41be8708f5%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI98C66FD0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7d6bfe36f66b677e9052ee155ac3b266&list=UK-CASES&rank=6&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=5f906d1511dc4b39b27efb41be8708f5&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I1A717315E5E340DEB400FE2DFCCE0035/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8377863d6ab235%3Fppcid%3D5f906d1511dc4b39b27efb41be8708f5%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI98C66FD0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7d6bfe36f66b677e9052ee155ac3b266&list=UK-CASES&rank=6&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=5f906d1511dc4b39b27efb41be8708f5&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Clark v. Glidden Coating & Resins, 666 F. Supp. 868 (E.D. La. 1987) (<https://cite.case.law/f-supp/666/868/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

CME Czech Republic B. V. V. The Czech Republic, **UNCITRAL**, 14 Mart arch 2003, Final Award (<https://www.italaw.com/cases/281> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

CME v. Czech Republic, **UNCITRAL**, 13 September 2001, Partial Award (<https://www.italaw.com/cases/281> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, **ICSID** Case No. ARB/01/8 (<https://www.italaw.com/cases/288> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Cohen v. Ratinoff, 147 Cal. App. 3d 321, 330, 195 **Cal. Rptr.** 84 (1983) (<https://casetext.com/case/cohen-v-ratinoff> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, [2012] EWHC 781 (QB) ([https://uk.westlaw.com/Document/I72D596B07AC211E18D1FB7AAC6707E21/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8752a13d6ab429%3Fppcid%3De9c50c7f31984f7a9b2a9d79763454cd%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI72D214407AC211E18D1FB7AAC6707E21%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=40be720a6895ae70d6fde7ec60c8e8ee&list=UK-CASES&rank=2&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e9c50c7f31984f7a9b2a9d79763454cd&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=F439A07AA6AAF5D8DCC3A8C92517DBFD](https://uk.westlaw.com/Document/I72D596B07AC211E18D1FB7AAC6707E21/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8752a13d6ab429%3Fppcid%3De9c50c7f31984f7a9b2a9d79763454cd%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI72D214407AC211E18D1FB7AAC6707E21%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=40be720a6895ae70d6fde7ec60c8e8ee&list=UK-CASES&rank=2&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e9c50c7f31984f7a9b2a9d79763454cd&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=F439A07AA6AAF5D8DCC3A8C92517DBFD) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

- ConocoPhillips v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/30, 3 September 2013, Decision on Jurisdiction and Merits (<https://www.italaw.com/cases/321> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, **ICSID** Case No. ARB/00/6 (<https://www.italaw.com/cases/325> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Consultant v Egyptian Local Authority*, **ICC** No. 6162, 1990, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1992, Cilt XVII, 1992, 153-163 (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-icc-case-ndeg-6162-final-award-in-case-6162-extract> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Court of Cassation, *Alcatel Business Systems, Alcatel Micro Electronics and AGF v. Amkor Technology et al*, 11 JCP I 168, (2007), atf. Poudret/Besson. (<https://casetext.com/case/amkor-technology-4> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Cox v. Kirkpatrick*, 404 So. 2d 999 (La. App. 1st Cir. 1981) (<https://casetext.com/case/cox-v-kirkpatrick> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Crawford Adjusters (Cayman) Ltd. v. Sagicor General Insurance (Cayman) Ltd.*, [2013] **UKPC** 17 ([https://uk.westlaw.com/Document/I9E740690DF8311E2AFE686E79B69ED0B/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8b276f3d6ab6d2%3Fppcid%3De335b8940cb040caaedfb162b9d3c946%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI4034D7E0DF3211E2B3CBA83F13A008E1%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=92fafbd946601e53653899a8d8fc44&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e335b8940cb040caaedfb162b9d3c946&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/I9E740690DF8311E2AFE686E79B69ED0B/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8b276f3d6ab6d2%3Fppcid%3De335b8940cb040caaedfb162b9d3c946%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI4034D7E0DF3211E2B3CBA83F13A008E1%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=92fafbd946601e53653899a8d8fc44&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e335b8940cb040caaedfb162b9d3c946&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- CRCICA** Case No 896/2013, Partial Award, 7 August 2015, atf. **ICSID** Case No. ARB/14/4 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- CRCICA** Case No 899/2013, Partial Award, 7 August 2015, atf. **ICSID** Case No. ARB/14/4 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- CRCICA** Case No. 829/2012 (unpublished), atf. Gaillard.
- Creditor under the award (Taiwan) v. Debtor under the award (Germany)*, Court of Appeal, Karlsruhe, Germany, 9 Sch 02/07, 14 September 2007, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2008, Cilt XXXIII, 541-548, para. 9.
- Daitch Crystal Dairies v. Neisloss*, 190 N.Y.S.2d 737 (App. Div. 1959), aff'd mem., 167 N.E.2d 643 (N.Y.1960) (<https://casetext.com/case/daitch-crystal-dairies-v-neisloss> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] **UKSC** 46 (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2 S.C.R. 460, 2001, **SCC** (<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1882/index.do> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Distributor Z (US) v. Company A (Mexico), Subsidiary B (US)*, **ICC** Case No. 13184 of 2011, Final Award, **XXXVI Yearbook Commercial Arbitration**, 2011, 96.
- Eastleigh BC v. Town Quay Developments Ltd*, [2009] EWCA Civ 1391 ([https://uk.westlaw.com/Document/I2C5237C0EC5311DEBAC59E6E1BF2505E/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8da6543d6ab884%3Fppcid%3D21caad64c5dc41c0a849c56e627c5be2%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI2C50D830EC5311DEBAC59E6E1BF2505E%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=8818cd646deac270a08e1a0034951adc&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=21caad64c5dc41c0a849c56e627c5be2&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=05BF613065F026AEB3FBE4532FCFAB6C](https://uk.westlaw.com/Document/I2C5237C0EC5311DEBAC59E6E1BF2505E/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec8da6543d6ab884%3Fppcid%3D21caad64c5dc41c0a849c56e627c5be2%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI2C50D830EC5311DEBAC59E6E1BF2505E%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=8818cd646deac270a08e1a0034951adc&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=21caad64c5dc41c0a849c56e627c5be2&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=05BF613065F026AEB3FBE4532FCFAB6C) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- EDF International S.A. v. Republic of Chile*, **ICC**, 2022.
- Egerton v. Brownlow*, [1853] 10 E.R. 359 (<https://vlex.co.uk/vid/john-william-spencer-brownlow-804571725> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Spain*, **ICSID** Case No. ARB/13/36 (<https://www.italaw.com/cases/5721> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Electrabel S.A. (Belgium) v. Republic of Hungary*, **ICSID** Case No. ARB/07/19 (<https://www.italaw.com/cases/380> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, **ICSID** Case No. ARB/97/7 (<https://www.italaw.com/cases/641> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, **CJEU**, 14 December 2000, Case C-110/99, [2000] ECR I-1569 (<https://plus.lexis.com/uk/document/documentlink/?pdmfid=1001073&crd=4de1eb89-bf68-4a24-9bee-607bda7e6711&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fcases-uk%2Furn%3AcontentItem%3A4SPK-6KT0-TWP1-70W9-00000-00&pdcontentcomponentid=184140&pdproductcontenttypeid=urn%3Apct%3A246&pdiskwicview=false&pdpinpoint=&comp=-k4k&prid=d69103ff-c8cc-41dd-b733-01b08ff6d69a> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- EnBW Energie Baden-Württemberg AG v. Republic of Poland*, **ICC**, 2021.
- Epoux Vullion v. Société immobilière Vernet- Christophe Subsequent Developments*, JCP 1971. 2. 16781, çev. Tony Weir (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1204> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, **ICSID** Case No. ARB/15/50, 4 September 2020, Award (<https://www.italaw.com/cases/5895> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Europe Cement Investment and Trade SA v Turkey*, **ICSID** Case No. ARB(AF)/07/2 (<https://www.italaw.com/cases/421> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

F.R. German Engineering Company v. Polish buyer, Ad-hoc Arbitration, 9 September 1983, Interim Award, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1987, Sayı 63, 72 (<https://www.trans-lex.org/550001/fr-german-engineering-company-v-polish-buyer-interim-award-9-september-1983-yc-1987-p-63-et-seq/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb [1966] 1 Q.B. 630 ([https://uk.westlaw.com/Document/IA671E330E42711DA8FC2A0F0355337E9/VView/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec9454703d6abc53%3Fppcid%3Dd3507f92a6364828baf28a6a95438940%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIA671BC20E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=598cbfa48b140788de4b53d191ec7f06&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=d3507f92a6364828baf28a6a95438940&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&navId=31A07FF2FA4CA10439DCA131BCF0587B&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/IA671E330E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec9454703d6abc53%3Fppcid%3Dd3507f92a6364828baf28a6a95438940%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIA671BC20E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=598cbfa48b140788de4b53d191ec7f06&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=d3507f92a6364828baf28a6a95438940&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&navId=31A07FF2FA4CA10439DCA131BCF0587B&comp=wluk) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Fidelity Bank and Trust Co. v. Hammons, 540 So. 2d 461 (La. 1989) (<https://case-law.vlex.com/vid/fidelity-bank-and-trust-888814196> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Fortune v. National Cash Register Co., 364 N.E. 2d 1251 (Mass. 1977) (<https://case-law.vlex.com/vid/fortune-v-national-cash-894088494> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

France v. Switzerland, **PCIJ** (Ser. A/B) No. 46, 1932 (http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1932.06.07_savoy_gex.htm - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Fujitsu Services Ltd. v. IBM United Kingdom Ltd, (2014) EWHC 752 (TCC) ([https://uk.westlaw.com/Document/I57A69710B50B11E3A5F9C074EB844C63/VView/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec96e9873d6abdee%3Fppcid%3D6b90cceb9a1f4eff83bb59bae7974dae%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI5F846980B0FB11E39FE99FB70AE3F56C%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=981f1e149c8d1b19588cff11b9176967&list=UK-CASES&rank=2&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=6b90cceb9a1f4eff83bb59bae7974dae&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=5C7E9F76628EF0F95F9B7D40B9632F4C](https://uk.westlaw.com/Document/I57A69710B50B11E3A5F9C074EB844C63/VView/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec96e9873d6abdee%3Fppcid%3D6b90cceb9a1f4eff83bb59bae7974dae%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI5F846980B0FB11E39FE99FB70AE3F56C%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=981f1e149c8d1b19588cff11b9176967&list=UK-CASES&rank=2&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=6b90cceb9a1f4eff83bb59bae7974dae&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=5C7E9F76628EF0F95F9B7D40B9632F4C) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Gavrilovic & Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, **ICSID** Case No. ARB/12/39, 30 April 2015, Decision on Claimants' Request for Provisional Measures (<https://www.italaw.com/cases/1966> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

GE Energy Power Conversion France SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC, 140 S.Ct. 1637 (2020) (https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1048_8ok0.pdf - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Germany v. Poland*, **PCIJ** (Ser. A) No. 7, 1926 (http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25_silesia.htm - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Gien v. Gien*, 1979 (2) SA 1121 (South Africa) (<https://www.scribd.com/document/425327906/Gien-v-Gien-1979-Summary-docx> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB(AF)/09/1, 22 September 2014, Award (<https://www.italaw.com/cases/2727> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Goldsmith v. Sperrings Ltd. and Others* [1977] 1 W.L.R. 478, 489 ([https://uk.westlaw.com/Document/IB24D2A70E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec993a663d6abedc%3Fppcid%3Ded88c96281634649b9d76c5c7891398b%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIB24D0360E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=ff1d1018c415380c0c06052e15ac7a15&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=ed88c96281634649b9d76c5c7891398b&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluK&navId=8091062B11DFFF3CE978ABD1B0D0F88B](https://uk.westlaw.com/Document/IB24D2A70E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec993a663d6abedc%3Fppcid%3Ded88c96281634649b9d76c5c7891398b%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIB24D0360E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=ff1d1018c415380c0c06052e15ac7a15&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=ed88c96281634649b9d76c5c7891398b&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluK&navId=8091062B11DFFF3CE978ABD1B0D0F88B) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Greenleaf v. Francis*, 35 Mass. 117 (1836) (<https://cite.case.law/mass/35/117/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Grigson v. Creative Artists Agency LLC*, 219 F.3d 524, 528 (Fifth Circuit 2000) (<https://casetext.com/case/grigson-v-creative-artists-agency> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Guinea-Bissau v. Senegal, Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989*, [1991] **I.C.J. Reports** 53, 63 (<https://www.icj-cij.org/case/82> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, **ICSID** Case No. ARB/07/24, 18 June 2010, Award (<https://www.italaw.com/cases/527> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*, 5 July 2007, Case C-321/05, [2007] **ECR I**-5795 (<https://uk.westlaw.com/Document/I93F441BC161345129BE5DF192849223A/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec821bdc3d6ab1a8%3Fppcid%3De570ec0b77f74f44b32a598f794d91ab%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC31410707BA311DC82E6F187EFDEDCFF%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=d2cddd2475d62d1dde9e31a33de3b3e7&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e570ec0b77f74f44b32a598f794d91ab&origi>

nationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Henderson v. Henderson, [1843] 3 Hare 100, 67 ER 313 ([https://uk.westlaw.com/Document/I2CEE5A6052C711DCB405845D38D78029/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec9bf0f13d6ac15d%3Fppcid%3Dd13ced39e09b490cb9c46bad0116c8cb%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI1E18AE11E57111DAB242AFE6182DD7E%26parentRank%3D0%26startIndex%3D761%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=009f084f0bc2338364d2130d2e2d0190&list=UK-CASES&rank=769&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=d13ced39e09b490cb9c46bad0116c8cb&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=561F544746E73697A2A87AF12A8F8EF2](https://uk.westlaw.com/Document/I2CEE5A6052C711DCB405845D38D78029/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ec9bf0f13d6ac15d%3Fppcid%3Dd13ced39e09b490cb9c46bad0116c8cb%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DI1E18AE11E57111DAB242AFE6182DD7E%26parentRank%3D0%26startIndex%3D761%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=009f084f0bc2338364d2130d2e2d0190&list=UK-CASES&rank=769&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=d13ced39e09b490cb9c46bad0116c8cb&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=561F544746E73697A2A87AF12A8F8EF2) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Hero Lands Co. v. Texaco, Inc., 310 So. 2d 93, 99 (La. 1975) (<https://casetext.com/case/hero-lands-company-v-texaco-inc> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

HICEE B.V. v. The Slovak Republic, **UNCITRAL**, PCA Case No. 2009-11, 23 May 2011, Partial Award (<https://www.italaw.com/cases/534> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Higgins Oil & Fuel Co. v. Guaranty Oil Co., 145 La. 233, 82 So. 206 (1919), 211 (<https://cite.case.law/la/145/233/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero), **UNCITRAL**, Ad-hoc Arbitration, Dissenting Opinion of Arbitrator De Fina, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000.

Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero), **UNCITRAL**, Ad-hoc Arbitration, 4 May 1999, Final Award, **XXV Yearbook Commercial Arbitration**, 2000.

Hollywood Silver Fox Farm Ltd v. Emmett, [1936] 2 KB 468 ([https://uk.westlaw.com/Document/IC2F0A820E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca09fd13d6ac3df%3Fppcid%3Dd8654b410ca84627b5152d0d0abcb1db%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC2F08111E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4695394fbf21c309c50a89438202cc5e&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=d8654b410ca84627b5152d0d0abcb1db&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=3510D7770C299D045E2C0F8E8ADD48F8](https://uk.westlaw.com/Document/IC2F0A820E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca09fd13d6ac3df%3Fppcid%3Dd8654b410ca84627b5152d0d0abcb1db%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC2F08111E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4695394fbf21c309c50a89438202cc5e&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=d8654b410ca84627b5152d0d0abcb1db&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=3510D7770C299D045E2C0F8E8ADD48F8) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Horan v. Byrnes, 72 N.H. 93, 100 (N.H. 1903) (<https://casetext.com/case/horan-v-byrnes> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Hunter v. Chief Constable of the West Midlands, [1982] AC 529 ([https://uk.westlaw.com/Document/IC52191E0E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca1cc513d6ac4c2%3Fppcid%3De6ea56dc609b4bb5be03e1275ecf2b5c%26Nav%3DUC-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC5216AD0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=bb911b46b5574dbd022d316d48ddc9d8&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e6ea56dc609b4bb5be03e1275ecf2b5c&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&navId=473832FB02964597D3FC9C43BC0EAB32&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/IC52191E0E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca1cc513d6ac4c2%3Fppcid%3De6ea56dc609b4bb5be03e1275ecf2b5c%26Nav%3DUC-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC5216AD0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=bb911b46b5574dbd022d316d48ddc9d8&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e6ea56dc609b4bb5be03e1275ecf2b5c&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&navId=473832FB02964597D3FC9C43BC0EAB32&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Hutley Enterprises Ltd v Russia, **UNCITRAL**, **PCA** Case No 2005-03/AA226, IIC 415, 30 November 2009, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (<https://www.italaw.com/cases/544> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Hydro S.r.l & others v. Republic of Albania, **ICSID** Case No. ARB/15/28, 3 March 2016, Order on Provisional Measures (<https://www.italaw.com/cases/3958> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 10947 of 2002, **ASA Bulletin**, 2004, Sayı 22, 308.

ICC Case No. 12456 of 2004, atf. Arnaldez/Derains/Hascher.

ICC Case No. 14208/14236 of 2013, Partial Award, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 2013, Sayı 24, 62 (https://library.iccwbo.org/content/dr/AWARDS/AW_1131.htm?l1=Bulletins&l2=ICC+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.24%2fNo.2+-+Eng – Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 1803 of 1972, **V Yearbook Commercial Arbitration**, 1980, 177-185.

ICC Case No. 18215/GZ/MHM (unpublished), atf. Gaillard, **a.g.e.**, 17.

ICC Case No. 3131 of 1979, **IX Yearbook Commercial Arbitration**, 1984, 109.

ICC Case No. 3267 of 1979, Partial Award, **VII Yearbook Commercial Arbitration**, 1982 (<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-icc-case-ndeg-3267-award-in-case-3267-monday-1st-january-1979> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 3276 of 1979, ed. Sigvard Jarvin/ Yves Derains, **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, 1990, Kluwer Law, s. 86.

ICC Case No. 3380 of 1980, **VII Yearbook of Commercial Arbitration**, 1982, 116.

ICC Case No. 3540 of 1980, **VII Yearbook Commercial Arbitration**, 1982, 124.

ICC Case No. 3879 of 1984, Interim Award, **XI Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, 127.

ICC Case No. 4131 of 1982, Interim Award, *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, **IX Yearbook Commercial Arbitration** 131, (1984) (<https://www.trans-lex.org/204131/-/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 6294 of 1991, **118 Clunet**, 1991, 118, 1050 (1991) (<https://www.trans->

[lex.org/206294](https://www.trans-lex.org/206294) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 6363 of 1991, **XVII Yearbook Commercial Arbitration**, 1992, 186.

ICC Case No. 6474 of 1992, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, **XXV Yearbook of Commercial Arbitration**, 2000, 278 (<https://www.trans-lex.org/206474/> /icc-partial-award-no-6474-of-1992-yca-2000-at-279-et-seq/ - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 7421 of 2010, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, 2010, Sayı 21, 64.

ICC Case No. 8163 of 1996, **ICC Bulletin**, 2005, Cilt 16 Sayı 2, 78.

ICC Case No. 8385 of 1995, **Clunet**, 1997, Sayı 124, 1015, 1061-1066 (1997) (<https://www.trans-lex.org/11> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Case No. 8547 of 1999, ed. Albert Jan van den Berg, **Yearbook Commercial Arbitration 2003 Volume XXVIII**, 2003, Kluwer Law International (<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-icc-case-ndeg-8547-final-award-in-case-8547-extract> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICC Interim Award, Case No. 10671 of 2000, **Clunet**, 2006, 1417 (<https://www.trans-lex.org/210671> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

ICSID Case No. ARB/81/1, 25 September 1983, **X Yearbook Commercial Arbitration**, 1985, 69 (<https://www.italaw.com/cases/3475> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Impregilo SpA v. Argentina, **ICC**, 2021.

Illinois Central Gulf R.R. v. International Harvester Co., 368 So. 2d 1009 (La. 1979) (<https://cite.case.law/so-2d/368/1009/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd., (1989) Q.B. 433 ([https://uk.westlaw.com/Document/ICA529C40E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca3f1de3d6ac5fb%3Fppcid%3D33ac6d39de6948e181962d74f26ef12c%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DICA527530E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=abbb9bbc13ccb041487dfa5f4a93d0d2&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=33ac6d39de6948e181962d74f26ef12c&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=0C6EAD9A49D377AA9B25BA78E993AEA6](https://uk.westlaw.com/Document/ICA529C40E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca3f1de3d6ac5fb%3Fppcid%3D33ac6d39de6948e181962d74f26ef12c%26Nav%3D Duk-CASES%26fragmentIdentifier%3DICA527530E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=abbb9bbc13ccb041487dfa5f4a93d0d2&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=33ac6d39de6948e181962d74f26ef12c&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=0C6EAD9A49D377AA9B25BA78E993AEA6) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

International Status of South West Africa (Advisory Opinion) [1950] **ICJ Rep** 128., 148

Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia, **ICSID** Cases No. ARB/05/18, ARB/07/15, 3 March 2010 (<https://www.italaw.com/cases/464> - <https://www.italaw.com/cases/599> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Ipek Investments Ltd v. Republic of Turkey, **ICSID** Case No. ARB/18/18, 8 December 2022, Award (<https://www.italaw.com/> - Erişim tarihi: 18.07.2023).

Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain, **SCC** Case V2013/153 (<https://www.italaw.com/cases/5893> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Italba v. Oriental Republic of Uruguay*, **ICSID** Case No. ARB/16/9, 15 February 2017, Decision on Claimant's Application for Provisional Measures and Temporary Relief (<https://www.italaw.com/cases/5327> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, **ICSID** Case No. ARB/10/24 (<https://www.italaw.com/cases/2560> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain*, **ICSID** Case No. ABRB/14/12 (<https://www.italaw.com/cases/8049> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, 29 January 1996, **ASA Bulletin**, 1996, Sayı 14, s. 496
- İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, 16 October 2003, **ASA Bulletin**, 2004, Sayı 22, s. 364.
- İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, 4A_450/2013, 7 April 2014 (<http://www.swissarbitrationdecisions.com> – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.*, 863 F.2d 315, 320 ff. (4th Cir. 1988) (<https://casetext.com/case/jj-ryan-sons-inc-v-rhone-poulenc-textile-sa> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Jameel v. Dow Jones and Co. Inc.* [2005] EWCA Civ 75, [2005] QB 946 ([https://uk.westlaw.com/Document/ICBCA9640E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca53ff83d6ac69f%3Fppcid%3D569993f2062142638f41aea0e5186667%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DICBCA2110E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7fd16116ae9c9b55a97844e1ea17758a&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=569993f2062142638f41aea0e5186667&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/ICBCA9640E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca53ff83d6ac69f%3Fppcid%3D569993f2062142638f41aea0e5186667%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DICBCA2110E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7fd16116ae9c9b55a97844e1ea17758a&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=569993f2062142638f41aea0e5186667&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2002] 2 AC 1 ([https://uk.westlaw.com/Document/ICDBBDEF0E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca612013d6ac724%3Fppcid%3D9bff5981698b4d0c910e757ff39e4209%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DICDBBB7E0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4b31688ecf36095e58398811d6689d8a&list=UK-CASES&rank=5&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=9bff5981698b4d0c910e757ff39e4209&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/ICDBBDEF0E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186eca612013d6ac724%3Fppcid%3D9bff5981698b4d0c910e757ff39e4209%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DICDBBB7E0E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=4b31688ecf36095e58398811d6689d8a&list=UK-CASES&rank=5&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=9bff5981698b4d0c910e757ff39e4209&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- K Trading Company (Syria) v. Bayerischen Motoren Werke AG (Germany)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG), Germany, 23 September 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2005, Cilt XXX, 568-573.

- Karaha Bodas Co. v Perusahaan Pertambangan Minyak Das Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004) (<https://cite.case.law/f3d/364/274/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Karaha Bodas Co., L.L.C. (Cayman Islands) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Indonesia), et al.*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, USA, 02-20042; 03-20602, 23 March 2004, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2004, Cilt XXIX, 1262-1297 (<https://www.lexisnexis.com/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, **ICSID** Case No. ARB/10/1 (<https://www.italaw.com/cases/1220> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Killam v Brander-Smith*, Supreme Court of British Columbia Yüksek Mahkemesi, KanadaCanada, No. 456, 1997 (<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/1997/1997canlii2387/1997canlii2387.html> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Kis France SA, Kis Photo Industrie SA v. SA Société Générale, Sogelease Pacifique SA and others*, Cour d' Appel, Paris, 31 October 1989, edt. Albert Jan van den Berg, **XVI Yearbook Commercial Arbitration**, 1991, 145.
- KT Asia Investment Group BV v Kazakhstan*, **ICSID** Case No. ARB/09/8 (<https://www.italaw.com/cases/2277> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Larese v. Creamland Dairies, Inc.*, 767 F.2d 716, 718 (10 Cir. 1985) (<https://casetext.com/case/larese-v-creamland-dairies-inc> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Lars Bramelid and Anne-Marie Malmström v. Sweden* (Application No: 8588/79 & 8589/79) (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-92814%22%7D>) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Lauder v. Czech Republic*, **UNCITRAL**, 3 September 2001, Final Award (<https://www.italaw.com/cases/610> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Lawton v. Smith*, 146 So. 461 (La. App. 2d Cir. 1933) (<https://casetext.com/case/lawton-v-smith> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Libananco Holding Ltd v. Turkey*, **ICSID** Case No. ARB/06/8, 23 June 2008, Decision on Preliminary Issues (<https://www.italaw.com/cases/626> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Lucke v. Clothing Cutters & Trimmers*, 77 Md. 396, 26 A. 505, 509 (1893), atf. *In re Under Seal*, 945 F.2d 1285 (4th Cir. 1991) (<https://casetext.com/case/in-re-under-seal> - Erişim tarihi 18.03.2018)
- Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, **ICSID** Case No. ARB/08/18, 7 February 2011, Award (<https://www.italaw.com/cases/660> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Manufacturer (Slovenia) v. Exclusive distributor (Germany)*, Court of Appeal, Schleswig, Germany, 16 SchH 01/99, 24 June 1999, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2004, Cilt XXIX, 687-696.
- Manufacturer (Ukraine) v. Supplier, in liquidation (Germany)*, Court of Appeal, Munich, Germany, 34 Sch 06/05, 15 March 2006, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2009, Cilt XXXIV, 499-503.
- Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi v. Romania*, **ICSID** Case No. ARB/12/25, 21 April 2015, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability

- (<https://www.italaw.com/cases/2026> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain*, **ICSID** Case No. ARB/14/01 (<https://www.italaw.com/cases/6608> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Massachusetts Mutual Life Insurance Company v. Steven F. Nails*, 549 So. 2d 826 (La. 1989) (<https://cite.case.law/so-2d/549/826/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Maurin-Ogden-1978 Pinhook Plaza v. The Wiener Corporation*, 430 So. 2d 747, (La. App. 5th Cir.1983) (<https://casetext.com/case/maurin-ogden-1978-pinhook-pl-v-wiener> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- McCastle v. Rollins Envtl. Serv.*, 456 So. 2d. 612, 618 (La. 1984) (<https://casetext.com/case/mccastle-v-rollins-environmental-services-1> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Mcinnis v. Mcinnis*, 618 So. 2d 672 (La. App. 2d Cir. 1993), 676 (<https://casetext.com/case/mcinnis-v-mcinnis-8> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Metalclad Corporation v. Mexico*, (**NAFTA**), **ICSID** Case No ARB(AF)/97/1, 30 August 2000, Award (<https://www.italaw.com/cases/671> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Metropolitan Bank v. Pooley*, [1885] 10 App. Cas. 210, 220 ([https://uk.westlaw.com/Document/IF9893FF1E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0 ad7401600000186ecb118823d6acd62%3Fppcid%3D9d5c05d32934418fad6ad434 938c588d%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIF9893FF0E42711DA8FC2A0F0355337E9% 26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2 529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7e0f c1b6928a451f8c274c10c6091a36&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2 06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=9d5c05d32934418fad6ad434938c588d&origi nationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.S earch\)&comp=wluk&navId=83154600FA7C406B980631CA74A4BAFE](https://uk.westlaw.com/Document/IF9893FF1E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0 ad7401600000186ecb118823d6acd62%3Fppcid%3D9d5c05d32934418fad6ad434 938c588d%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIF9893FF0E42711DA8FC2A0F0355337E9% 26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2 529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=7e0f c1b6928a451f8c274c10c6091a36&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2 06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=9d5c05d32934418fad6ad434938c588d&origi nationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.S earch)&comp=wluk&navId=83154600FA7C406B980631CA74A4BAFE) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Mexican Company v. Mexican Citizen*, **ICC** No. 12761, 6 June 2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004)**, **ICC Bulletin**, Paris, **ICC** Publication, 2011, 72-75 (<https://library.iccwbo.org/dr-proceduraldecisions.htm> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Millicom International Operations BV and Sentel GSM SA v. Republic of Senegal*, **ICSID** Case No. ARB/08/20, 16 July 2010, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/705> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Milward v. Glaser* (1949) 4 SA 931, atf. *Brooks v Minister of Safety and Security* (7333/2003) [2007] ZAWCHC 51, [2007] 4 All SA 1389 ©, 2008 (2) SA 397 ©, (20 September 2007) (<http://www.saflii.org/za/cases/ZAWCHC/2007/51.html> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler- Plymouth Inc.*, 105 **S. Ct.** [1985] 3346, 3355-57 (1985) (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/> - Erişim tarihi: 18.03.2023)

- Mobil Corp., v. Republic of Venezuela*, **ICSID** Case No. ARB/07/27, 10 June 2010, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/713> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1973] C.S. 220, atf. *Banque Nationale du Canada v. Houle*
- Morse v. J. Ray McDermott & Co.*, 344 So. 2d 1353 (La. 1977) (<https://casetext.com/case/morse-v-j-ray-mcdermott-co-inc-1> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v. Cottonex Anstalt*, (2016) EWCA Civ. 789 ([https://uk.westlaw.com/Document/I2DEAACB0A83B11E6A6BCA209247A3019/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecb5722f3d6acf7d%3Fppcid%3Dc4a2362f5eb048e6b48602ab7a4a2e26%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC8D86E3053FC11E68F32AB5952EBC016%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=2267596fe8441dc71fb86efc859c55dd&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=c4a2362f5eb048e6b48602ab7a4a2e26&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=F89E3E4E18A9D8BD21B747D92D4FCC61](https://uk.westlaw.com/Document/I2DEAACB0A83B11E6A6BCA209247A3019/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecb5722f3d6acf7d%3Fppcid%3Dc4a2362f5eb048e6b48602ab7a4a2e26%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIC8D86E3053FC11E68F32AB5952EBC016%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=2267596fe8441dc71fb86efc859c55dd&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=c4a2362f5eb048e6b48602ab7a4a2e26&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=F89E3E4E18A9D8BD21B747D92D4FCC61) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- MTD, Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, **ICSID** Case No ARB/01/7 (***Malaysia/Chile BIT***), 25 May 2004, Award (<https://www.italaw.com/cases/717> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, **ICSID** Case No. ARB/12/6 (<https://www.italaw.com/cases/2036> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- N. C. Ratiu et al. V. D. P. Conway* [2005] EWCA Civ. 1302 (<https://www.5rb.com/case/ratiu-others-v-conway-ca/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Spain*, **ICSID** Case No. ABRB/14/11 (<https://www.italaw.com/cases/2585> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Nigerian Company v. Canadian Company*, **ICC** No. 12297, 22.8.2003, **Decisions on ICC Arbitrations Procedure, A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under ICC Rules of Arbitration (2003-2004)**, Paris, ICC Publication, 2011, 47-56.
- Not indicated v. Not indicated*, Court of Appeal, Dresden, Germany, 20 October 1998, **Yearbook Commercial Arbitration**, vol. XXIX, 2004, 673-678.
- Not indicated v. Not indicated*, Court of First Instance, İsviçreSwitzerland, 26 Mayıs 1994, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1998, Cilt XXIII, 754-763.
- Nova Group Investments, B.V. v. Romania*, **ICSID** Case No. ARB/16/19, 29 March 2017, Procedural Order No. 7 – Decision on Claimant’s Request for Provisional Measures (<https://www.italaw.com/cases/6284> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Nykomb Synergetics Technology Holding AB (İsveç) v. Letonya*, Award, **SCC**, 16.12. December 2003, Award (<https://www.italaw.com/cases/759> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

18.03.2023).

Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador, **LCIA** Case No. UN3467 (<https://www.italaw.com/cases/761> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Occidental Petroleum Corporation v The Republic of Ecuador, **ICSID** Case No. ARB/06/11, 5 October 2012, Award, 5.10.2012 (<https://www.italaw.com/cases/767> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Onorato v. Maestri, 173 La. 375, 137 So. 67 (1931) (<https://casetext.com/case/onorato-v-maestri> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Orascom TMT Investments S.à.r.l. v. Republic of Algeria, **ICSID** Case No. ARB/12/35, 31 May 2017, Award (<https://www.italaw.com/cases/2040> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Ouachita National Bank in Monroe v. Palowsky, 554 So. 2d 108 (La. 1989) (<https://casetext.com/case/ouachita-nat-bank-monroe-v-palowsky> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Outokumpu Stainless USA, LLC v. Converteam SAS, 902 F. 3d 1316 (11th Cir. 2018) (<https://casetext.com/case/outokumpu-stainless-united-states-llc-v-sas-1> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others, United States District Court, Southern District of New York, USA, 92 Civ. 4623 (MGC), 21 December 1992, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1994, Cilt XIX, 788–791.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, **ICSID** Case No. ARB/09/12, 1 June 2012, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (<https://www.italaw.com/cases/783> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de L'Industrie Du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969 (<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-parsons-whittemore-overseas-co-v-societe-generale-de-l-industrie-du-papier-rakta> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Patuha Power Ltd. (Bermuda) v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia), **Mealey's Int'l Arb. Rep.** 1999, Sayı 14, B-1, B-44..

Petrobart Ltd. v. Kyrgystan, **SCC** Case No. 126/2003, 184 I.I.C. (2005), 29 March 2005, Award (<https://www.italaw.com/cases/825> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Shaikh of Abu Dhabi, Case. No. 37, **ILR** 1951.

Petromec Inc. Petro-Deep Societa Armamento Navi Appoggio SpA v. Petroleo Brasileiro SA, (2006), **Lloyd's Rep.** 2006, Cilt 1, 121.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, **UNCITRAL, PCA** Case No. 2012-12, 17 December 2015, Award on Jurisdiction and Admissibility (<https://www.italaw.com/cases/851> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Phoenix Action v. The Czech Republic, **ICSID** Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, Award (<https://www.italaw.com/cases/850> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, **ICSID** Case No. ARB/03/24, 8 February 2005, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005 (<https://www.italaw.com/cases/857> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Port of Melbourne Authority v. Anshun Pty Ltd*, (1981) 147 CLR 589 (Australian Supreme Court) (<https://jade.io/article/66930> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others*, [2007] UKHL 40 ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I1BE599107D3611DCBB77A1568C1C893B/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&OWSessionId=15a971da5fdd48e3b4a71b7e6e432195&skipAnonymous=true&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I1BE599107D3611DCBB77A1568C1C893B/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&OWSessionId=15a971da5fdd48e3b4a71b7e6e432195&skipAnonymous=true&firstPage=true) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Prest v. Petrodel Resources Ltd.*, [2013] 2 A.C. 415, 17 ([https://uk.westlaw.com/Document/ID2B3FDF066B211E38F57ED2EE975C48C/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecbd4de43d6ad36b%3Fppcid%3Db6e6c6f471b34ef386ac6568b4358772%26Nav%3DUC-CASES%26fragmentIdentifier%3DI64E4E310D3A611E288A5AC5432BC7A2F%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=1922f36c5329eb149d6bec28e42c2ccd&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=b6e6c6f471b34ef386ac6568b4358772&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=3D521E0270E4881C7090F439AF9E1BAF](https://uk.westlaw.com/Document/ID2B3FDF066B211E38F57ED2EE975C48C/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecbd4de43d6ad36b%3Fppcid%3Db6e6c6f471b34ef386ac6568b4358772%26Nav%3DUC-CASES%26fragmentIdentifier%3DI64E4E310D3A611E288A5AC5432BC7A2F%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=1922f36c5329eb149d6bec28e42c2ccd&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=b6e6c6f471b34ef386ac6568b4358772&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=3D521E0270E4881C7090F439AF9E1BAF) - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, **ICSID** Case No. ARB/02/5 (<https://www.italaw.com/cases/880> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Quilborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia*, **ICSID** Case No. ARB/06/2, 26 February 2010, Decision on Provisional Measures (<https://www.italaw.com/cases/885> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, 1007 (<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/698/index.do> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z Grynberg, & RSM Production Corp. v. Grenada*, **ICSID** Case No. ARB/10/6, 10 December 2010, Award, 10 Dec. 2010 (<https://www.italaw.com/cases/937> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Rath Packing Company v. Joseph W. Jones*, 530 F.2d 1295 (9th Cir. 1975) (<https://casetext.com/case/rath-packing-co-v-becker> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, **ICSID** Case No. ARB/11/17, 9 January 2015, Decision (<https://www.italaw.com/cases/2556> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Renergy S.à.r.l. v. Spain*, **ICSID** Case No. ABR/14/18 (<https://www.italaw.com/cases/9415> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v United States)*, Judgment of 19

- January 2009, Judgement (<https://www.icj-cij.org/case/139> - Erişim tarihi: 18.03.2023)
- Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.*, Supreme Court, Switzerland, 8 February 1978, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, Cilt XI, 1986, 538-542.
- Rogers v. The Queen*, [1994] HCA 42 (<https://jade.io/article/67847> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- RomPetrol Group N.V. v. Romania*, **ICSID** Case No. ARB/06/03, 18 April 2008, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (<https://www.italaw.com/cases/920> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, **UNCITRAL** Arbitration Proceedings, 3 September 2001, Award (<https://www.italaw.com/cases/610> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Spain*, **ICSID** Case No. ARB/13/30 (<https://www.italaw.com/cases/2317> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Russ v. Russ*, [1962] 3 W. L. R. 930, 939 (<http://international.westlaw.com/Find/Default.wl?rs=WLIN1.0&vr=2.0&DB=UK-CASELOC&FindType=Y&SerialNum=1962017788?> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania*, **ICSID** Case No. ARB/07/13 (<https://www.italaw.com/cases/967> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- S.S. Kresge Co. v. Ruby*, 348 So. 2d 484, 489 (Ala. 1977) (<https://casetext.com/case/ss-kresge-co-v-ruby> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- SA v. Alpha Beta & Co*, Ad-hoc Arbitration, 1991, Decision, **ASA Bulletin**, 1992, Sayı 10, 202.
- Saba Fakes v. Republic of Turkey*, **ICSID** Case No. ARB/07/20 (<https://www.italaw.com/cases/429> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, **ICSID** Case No. ARB/05/7, 21 March 2007, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/951> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, **ICSID** Case No. ARB/05/7, 30 June 2009, Decision, (<https://www.italaw.com/cases/951> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Fas*, **ICSID** Case No. ARB/00/4 (<https://www.italaw.com/cases/958> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, **UNCITRAL**, **PCA**, 17 March 2006, Partial Award (<https://www.italaw.com/cases/961> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Sanborn v. Oceanic Contractors Inc.*, 448 So. 2d 91 (La. 1984) (<https://casetext.com/case/sanborn-v-oceanic-contractors-inc> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company*, (1964) 13 **ICLU**, 1964, 13 (<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-sapphire-international-petroleums-ltd-v-national-iranian-oil-company-arbitral-award-friday-15th-march-1963> - Erişim tarihi: 18.03.2023)

Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO), 27 **Int'l L-Rep.** (1963), 27, 117 (https://www.trans-lex.org/260800/_aramco-award-ilr-1963-at-117-et-seq/ - Erişim tarihi: 18.03.2023)

Secretary of State for Employment v. Associated Society of Locomotive Engineers and Fireman (No. 2), [1972] 2 Q.B. 455, 492 ([https://uk.westlaw.com/Document/I9F88AC11E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecc79f403d6ad80a%3Fppcid%3D1b96ca994e7a4b31bd7875446581d3b5%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI9F88AC10E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=6a13b4a448ddde4ba5356cf74b463d&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=1b96ca994e7a4b31bd7875446581d3b5&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=2F1391CE15E07133F246312D6C0EE3F1](https://uk.westlaw.com/Document/I9F88AC11E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecc79f403d6ad80a%3Fppcid%3D1b96ca994e7a4b31bd7875446581d3b5%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI9F88AC10E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=6a13b4a448ddde4ba5356cf74b463d&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=1b96ca994e7a4b31bd7875446581d3b5&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=2F1391CE15E07133F246312D6C0EE3F1) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

SGHC 148, 2014, atf. Foyle.

SGS Société Générale de Surveillance S. A. V. Islamic Republic of Pakistan, **ICSID** Case No. ARB/01/13, 16 October 2002, Procedural Order No. 2 (<https://www.italaw.com/cases/1009> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan, **ICSID** Case No. ARB/01/13, 6 August 2003, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/1009> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Shipowners' Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret AS, [2015] EWHC 258 (Comm) ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/IE8605E70B21311E49FB8F994A94F811/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&OWSessionId=ba66873e70f141929cb2544640113f64&skipAnonymous=true&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/IE8605E70B21311E49FB8F994A94F811/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&OWSessionId=ba66873e70f141929cb2544640113f64&skipAnonymous=true&firstPage=true) - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Siemens AG v. Argentina, **ICC**, 2021.

Siemens Gamesa Renewable Energy S.A. v. Republic of Turkey, **ICC**, 2021.

Smith v. Atlas Off-Shore Boat Services Inc., 653 F.2d 1057 (5th Cir. 1981), 1062 (<https://casetext.com/case/smith-v-atlas-off-shore-boat-service-inc> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Société des Grands Travaux de Marseille v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corporation, Swiss Federal Tribunal, 5 May 1976, **V Yearbook Commercial Arbitration**, 1980, 217-219.

Société Unichips Finanziaria SpA S.A., Unichips International BV and others v. François Gesnouin, Michèle Gesnouin, Paris Court of Appeals, France, 12 February 1993, **Yearbook Commercial Arbitration**, 1994, Cilt XIX, 658-661.

Sourcing Unlimited, Inc. v. Asimco Intern., Inc., 526 F.3d 38 (1st Cir. 2008) (<https://casetext.com/case/sourcing-unltd-v-asimco-intern> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Southern Pacific Railroad Co. v. United States*, 168 U.S. 1, 48 (1897) (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/1/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, **UNCITRAL**, **PCA** Case No. 2011-06, 18 July 2013, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/2447> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- State Bank of Commerce v. Demco of Louisiana*, 483 So. 2d 1119 (La. App. 5th Cir. 1986) (<https://casetext.com/case/state-bank-of-commerce-v-demco-la> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- State Ex Rel. Bailey v. City of W. Monroe*, 418 So. 2d 570 (La. 1982) (<https://casetext.com/case/state-ex-rel-bailey-v-city-of-west-monroe-1> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Suovaniemi and others v Finland*, **AİHM**, 23 February 1999, (https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_31737-96 - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Swiss Federal Tribunal, 24 September 2019, 4A_636/2018 (https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/SIAD%20-%204A_636-2018%20of%2024%20September%202019.pdf - Erişim tarihi: 15.04.2023).
- Swiss Federal Tribunal, 8 March 2006, *Tensaccia S.P.A v. Freyssinet Terra Armata R.L.*, 4P.278/2005, **ASA Bulletin**, 2006, Sayı 24, 550 (<https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-freyssinet-terra-armata-r-l-v-tensaccia-s-p-a-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4p-278-2005-wednesday-8th-march-2006> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, **ICSID** Case No. ARB (AF)/00/2 (<https://www.italaw.com/cases/1087> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, **ICSID** Case No. ARB/09/1, 8 April 2016, Decision on Provisional Measures (<https://www.italaw.com/cases/1648> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- The Australian New South Wales Court of Appeal in Renard Constructions (ME) Pty v Minister for Public Works* (1992) 26 NSWLR 234 (<https://plus.lexis.com/uk/document/documentlink/?pdmfid=1001073&crd=3fe84ba4-d01b-480d-8266-87e7ab8e573d&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fcases-uk%2Furn%3AcontentItem%3A57WW-JY91-DYBP-T3C9-00000-00&pdcontentcomponentid=274714&pdproductcontenttypeid=urn%3Apct%3A285&pdiskwicview=false&pdpinpoint=&comp=-k4k&prid=2b633afa-b8a2-4d98-b0a8-0a86ca868080> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- The Channel Tunnel Group Ltd. and France Monche SAV. Balfour Beatty Construction Ltd.*, 10 **S. Int. And.** 3, 59 (<https://ca.vlex.com/vid/channel-tunnel-gr-v-681218949> - Erişim tarihi: 18.03.2023).
- The Mayor, Aldermen And Burgesses of the Borough of Bradford v. Edward Pickles*, [1895] A. C. 587, 594 (<https://uk.westlaw.com/Document/I799F4730E42711DA8FC2A0F0355337E9/Vi ew/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0>

[ad7401600000186ecce50f13d6adafb%3Fppcid%3D010af01325b4442494cad15f483b6fd2%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI799F4730E42711DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=f722328bd861774bfe34c3d6b7c71229&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=010af01325b4442494cad15f483b6fd2&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=8D45492F9F228F8657C0EC2795973487](https://www.italaw.com/cases/1096) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Tidewater Inc. et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela, **ICSID** Case No. ARB/10/5, 8 February 2013, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/1096> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Tokios Tokelés v. Ukraine, **ICSID** Case No. ARB/02/18, 29 April 2004, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/1099> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Tokios Tokelés v. Ukraine, **ICSID** Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil) (<https://www.italaw.com/cases/1099> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Tongyuan (USA) International Trading Group v. Uni-Clan Limited, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), UK, 19 January 2001, **Yearbook Commercial Arbitration**, 2001, Cilt XXVI, 886-892.

Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, [2003] S.C.J. No. 64 (Sup Ct) (<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc63/2003scc63.html> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Tota Costruzioni Generali SpA v. Republic of Lebanon, **ICSID** Case No. ARB/07/12 (<https://www.italaw.com/cases/1108> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama, **ICSID** Case No. ARB/12/28, 2 June 2016 (<https://www.italaw.com/cases/2242> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Transocean Ltd. v. Republic of Angola, **PCA**, 2022.

Travelers Indemnity Co. v. Hunt, 371 So. 2d 342 (La. Ap. 4th Cir.), 374 So. 2d 657 (1979) (<https://casetext.com/case/travelers-indemnity-co-v-united-states> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, [1977] Q.B. 529, 554 ([https://uk.westlaw.com/Document/ID76BC540E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd142533d6adc9e%3Fppcid%3D2efaa96e07f84e2085712718a0d3ca18%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DID76B9E30E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=f9122d0855df5ff41524952129534cf&list=UK-CASES&rank=3&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=2efaa96e07f84e2085712718a0d3ca18&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Se](https://uk.westlaw.com/Document/ID76BC540E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd142533d6adc9e%3Fppcid%3D2efaa96e07f84e2085712718a0d3ca18%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DID76B9E30E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=f9122d0855df5ff41524952129534cf&list=UK-CASES&rank=3&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=2efaa96e07f84e2085712718a0d3ca18&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Se)

[arch\)&comp=wluk&navId=512BD67591131F3F09BA4BF138FB98EB](#) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Trushinger v. Pak, 513 So. 2d La. 1987, 1151, 1154 (La. 1987) (<https://casetext.com/case/truschinger-v-pak> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Trustees of the National Elevator Industry Pension v. Andrew Lutyk, 332 F.3d 188, 198 (3d Cir. 2003) (<https://casetext.com/case/trustees-nat-elevator-industry-pension-v-lutyk> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

TSG Building Services Plc v. South Anglia Housing Ltd, (2013) EWCH 1151 (TCC) (42) ([https://uk.westlaw.com/Document/IE72EB940BDB711E28710FC53771F06F5/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd26d283d6add29%3Fppcid%3D58f493c3716946339b9d18093f91a570%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI4906BB60B90111E2B8BBAF2FDC14F8B2%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=a6981e5366e28241726c115d3b70fad6&list=UK-CASES&rank=2&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=58f493c3716946339b9d18093f91a570&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&navId=4459D734667472C5473F7EA212D54287&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/IE72EB940BDB711E28710FC53771F06F5/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd26d283d6add29%3Fppcid%3D58f493c3716946339b9d18093f91a570%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DI4906BB60B90111E2B8BBAF2FDC14F8B2%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=a6981e5366e28241726c115d3b70fad6&list=UK-CASES&rank=2&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=58f493c3716946339b9d18093f91a570&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&navId=4459D734667472C5473F7EA212D54287&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Two African printing companies v. An African printing authority, **CRCICA** Case No. 154/2000, 3 August 2000, Final Award, edt. M. E. I. Alam Eldin, **Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration II**, Hollanda, Kluwer Law International, 2003, s. 45-50.

Tymshare Inc. v. Covell, 727 F.2d 1145 (D.C. Cir. 1984) (<https://casetext.com/case/tymshare-inc-v-covell> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Tza Yap Shum v. Republic of Peru, **ICSID** Case No. ARB/07/6 (<https://www.italaw.com/cases/1126> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

UNCITRAL, Case No. SCH-4318, 15 June 1994, **UNILEX**, 1995, 94.

United Kingdom v. Iceland, Memorial of the Merits of the Dispute submitted by the United Kingdom Government, [1973] **ICJ Pleadings** 267.

Vattenfall AB v. Czech Republic, **ICC**, 2021.

Wachovia Bank, National Association v. Schmidt, 445 F.3d 762, 769 (Fourth Circuit 2006) (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/303/> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Walford v. Miles, (1992) 2 A.C. 128 (<https://uk.westlaw.com/Document/IEF4FF370E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd4b3d13d6ade8d%3Fppcid%3D729bd5d36dfc41b7b55fbde874579ba8%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIEF4FA550E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=e147959737a2a0d4e7603e18bd4caec3&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f2>

[06488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=729bd5d36dfc41b7b55fbde874579ba8&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=96A69E994BC4A2DC25D0F4B23080A003](https://uk.westlaw.com/Document/IEFCF3590E42811DA8FC2A0F0355337E9/Vi0ad7401600000186ecd55a0e3d6adf59%3Fppcid%3D686fb16ec3884e21be5b6a106082e743%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIEFCEE771E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=71aa5ecaf95c60cc935c82b39a9762d1&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=686fb16ec3884e21be5b6a106082e743&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023)

Wallis v. Valentine, [2002] EWCA Civ 1034, [2003] E.M.L.R. 8 ([https://uk.westlaw.com/Document/IEFCF3590E42811DA8FC2A0F0355337E9/Vi0ad7401600000186ecd55a0e3d6adf59%3Fppcid%3D686fb16ec3884e21be5b6a106082e743%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIEFCEE771E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=71aa5ecaf95c60cc935c82b39a9762d1&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=686fb16ec3884e21be5b6a106082e743&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk](https://uk.westlaw.com/Document/IEFCF3590E42811DA8FC2A0F0355337E9/Vi0ad7401600000186ecd55a0e3d6adf59%3Fppcid%3D686fb16ec3884e21be5b6a106082e743%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIEFCEE771E42811DA8FC2A0F0355337E9%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=71aa5ecaf95c60cc935c82b39a9762d1&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=686fb16ec3884e21be5b6a106082e743&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk) – Erişim tarihi: 18.03.2023)

Walton v. Gardiner [1993] 177 CLR 378, 395 (Australia) (<https://jade.io/article/188364> - Erişim tarihi 18.03.2023).

Waste Management v Mexico, **ICSID** Case No ARB(AF)/98/2, 2 June 2000, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/1155> - Erişim tarihi: 18.03.2023)

Wasteful Management Inc. v. United Mexican States, **ICSID** Case No. ARB(AF)/00/3, 26 June 2002, Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings, Decision of the Tribunal (<https://www.italaw.com/cases/1158> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Wasteful Management Inc. v. United Mexican States, **ICSID** Case No. ARB(AF)/00/3, 26 June 2002, Decision (<https://www.italaw.com/cases/1158> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, **ICSID** Case No. ARB/98/4, 25 May 1999, Decision on Jurisdiction (<https://www.italaw.com/cases/1162> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization, et al., **ICC** Case No. 3879/1984, Interim Award, **XI Yearbook Commercial Arbitration**, 1986, 127.

Willers v. Joyce, [2016] UKSC 43, 52-56 ([https://uk.westlaw.com/Document/ICBF4A3C04E9511E6B2F0E887FAA21FAB/Vi0ad7401600000186ecd71af43d6ae016%3Fppcid%3D774b9220677d4071acea76d629e1e491%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIAF9D28A04E6311E6AB3A851DDB5DAF14%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=e99a8f73ab7923e85331cd9d01720c7c&list=UK-CASES&rank=5&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=774b9220677d4071acea76d629e1e491&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.S](https://uk.westlaw.com/Document/ICBF4A3C04E9511E6B2F0E887FAA21FAB/Vi0ad7401600000186ecd71af43d6ae016%3Fppcid%3D774b9220677d4071acea76d629e1e491%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3DIAF9D28A04E6311E6AB3A851DDB5DAF14%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=e99a8f73ab7923e85331cd9d01720c7c&list=UK-CASES&rank=5&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=774b9220677d4071acea76d629e1e491&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.S)

earch)&comp=wluk&navId=CFB3D408816E0FACEB577C34BDB512C8 –

Erişim tarihi: 18.03.2023).

Wintershell et al. V. The Government of Qatar, Ad- hoc Decision, **Yearbook of Commercial Arbitration**, 1988, Sayı 15, 30

(<https://jursmundi.com/fr/document/decision/en-wintershall-aktiengesellschaft-v-argentine-republic-award-monday-8th-december-2008> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

WTO Appellate Body, *Report on Brazil-Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 17 December 2007

(https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm - Erişim tarihi: 18.03.2023).

WTO Appellate Body, *Report on United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline and Like Products of National Origin*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996

(https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=14573&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash= - Erişim tarihi: 18.03.2023).

WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, Decision

(<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/58ABR.pdf&Open=True> – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111

([https://uk.westlaw.com/Document/IDEB418C070C111E2A53FE7D17695221E/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd8d23f3d6ae107%3Fppcid%3De9bde2d364a548aa97cd388985623857%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3D10B6089E06F2711E28BB5CD2C4EB00C9C%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=07ee1eda82ff61732c0fc62cd9ae9714&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e9bde2d364a548aa97cd388985623857&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&comp=wluk&navId=406B38FE88F7D56B38D909BAD06F46D2](https://uk.westlaw.com/Document/IDEB418C070C111E2A53FE7D17695221E/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401600000186ecd8d23f3d6ae107%3Fppcid%3De9bde2d364a548aa97cd388985623857%26Nav%3DUK-CASES%26fragmentIdentifier%3D10B6089E06F2711E28BB5CD2C4EB00C9C%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=07ee1eda82ff61732c0fc62cd9ae9714&list=UK-CASES&rank=1&sessionScopeId=d615fa1d7f43b8b2263390388dabd412c9d60f206488ff40519061f24ff3f79f&ppcid=e9bde2d364a548aa97cd388985623857&originContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=wluk&navId=406B38FE88F7D56B38D909BAD06F46D2) – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Younger v. Solomon, 38 Cal. App. 3d 289, 296 (1974) (<https://casetext.com/case/younger-v-solomon> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, **UNCITRAL, PCA** Case No. 2005-04/AA227, 30 November 2009, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (<https://www.italaw.com/cases/1175> - Erişim tarihi: 18.03.2023).

Danıştay 13. HD. 2016/4675 E. 2022/917 K. 09.03.2022 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.07.2023).

Yargıtay 1. HD. 2012/15004 E. 2013/3163 K. 04.03.2013 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Yargıtay 11. HD. 1979/3855 E. 1979/4351 K. 02.10.1979 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).

Yargıtay 11. HD. 1990/2931 E. 1991/6828 K. 07.11.1989 T. (atf. Şanlı, **Devir**, s. 346)

- Yargıtay 11. HD. 2000/9903 E. 2001/1170 K. 13.02.2001 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2003/6774 E. 2004/3751 K. 09.04.2004 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2004/189 E. 2004/9234 K. 04.10.2004 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2014/8411 E. 2014/13676 K. 12.09.2014 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 15.04.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2014/9538 E. 2015/8707 K. 25.06.2015 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2015/14625 E. 2016/248 K. 13.01.2016 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 14.04.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2018/3263 E. 2018/7408 K. 27.11.2018 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2008/5901 E. 2010/3203 K. 23.03.2010 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 11. HD. 2000/9903 E. 2001/1170 K. 13.02.2001 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 12. HD. 2012/18690 E. 2012/25539 K. 10.09.2012 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 13. HD. 2009/12631 E. 2010/2398 K. 01.03.2010 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 13. HD. 2010/5956 E. 2010/13831 K. 25.10.2010 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 14. HD. 2003/9226 E. 2004/3433 K. 27.04.2004 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 14. HD. 2014/16004 E. 2015/825 K. 22.01.2015 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.07.2023).
- Yargıtay 14. HD 2016/690 E. 2018/5640 K. 17.09.2018 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.07.2023).
- Yargıtay 14. HD. 2017/1997 E. 2019/4385 K. 16.01.2017 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.07.2023).
- Yargıtay 15. HD 2016/6273 E. 2017/3638 K. 26.10.2017 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 15. HD. 1994/2876 E., 1995/164 K. 19.01.1995 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 15. HD. 2019/2474 E., 2019/3640 K. 26.09.2019 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 15. HD. 2007/2145 E. 2007/4389 K. 27.06.2007 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 18. HD. 2004/759 E. 2004/1419 K. 01.03.2004 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).

- Yargıtay 19. HD. 1995/9108 E. 1995/9685 K. 15.11.1995 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2002/2249 E. 2002/7219 K. 07.11.2002 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2002/3763 E. 2003/4764 K. 01.05.2003 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2002/7495 E. 2002/6932 K. 24.10.2002 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2003/2654 E. 2004/2603 K. 11.3.2004 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2006/6489 E. 2006/12076 K. 14.12.2006 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2007/380 E. 2007/5114 K. 21.05.2007 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 19. HD. 2016/17898 E. 2017/3683 K. 11.05.2017 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 14.04.2023).
- Yargıtay 2. HD. 2004/3467 E. 2004/4621 K. 12.04.2004 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 22. HD. 2013/21437 E. 2013/26781 K. 26.11.2013 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 23. HD. 2013/4067 E. 2013/4529 K. 28.06.2013 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 23. HD. 2013/4903 E. 2013/6314 K. 11.10.2013 T. (app.e-uyar.com – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 3. HD. 2006/189 E. 2006/1831 K. 07.03.2006 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 3. HD. 2012/22830 E. 2013/1102 K. 24.01.2013 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 6. HD. 2004/220 E. 2004/302 K. 26.01.2004 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 6. HD. 2012/11089 E. 2013/4690 K. 19.03.2013 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 8. HD. 2015/16674 E. 2017/9905 K. 05.07.2017 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 9. HD. 2015/2147 E. 2016/11690 K. 10.05.2016 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 9. HD. 2016/27850 E. 2020/15432 K. 09.11.2020 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay 9. HD. 2017/17390 E. 2020/7550 K. 14.09.2020 (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay İBK 1990/4 E. 1991/3 K. 08.11.1991 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.07.2023).

- Yargıtay HGK 1990/2-346 E. 1990/586 K. 21.11.1990 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 1990/9-52 E. 1990/84 K. 14.02.1990 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 1999/19-467 E. 1999/489 K. 09.06.1999 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023)
- Yargıtay HGK 2002/5-338 E. 2002/386 K. 08.05.2002 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2004/6-50 E. 2004/38 K. 28.01.2004 T. (www.legalbank.net – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2009/14-456 E. 2009/496 K. 11.11.2009 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2010/14-14 E. 2010/15 K. 27.01.2010 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2010/19-559 E. 2010/546 K. 03.11.2010 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2011/11-59 E. 2011/271 K. 04.05.2011 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2011/4-410 E. 2011/511 K. 13.07.2011 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).
- Yargıtay HGK 2012/19-670 E. 2013/171 K. 16.01.2013 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.20182023).
- Yargıtay HGK 2013/1135 E. 2014/973 K. 26.11.2014 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 12.04.2023)
- Yargıtay HGK 2013/1847 E. 2015/2020 K. 30.09.2015 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 12.04.2023)
- Yargıtay HGK 2017/5-788 E. 2017/1711 K. 13.12.2017 T. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 18.03.2023).

ÖZGEÇMİŞ

NECİP FAZIL ERBEYİN

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : NECİP FAZIL ERBEYİN
Tez Başlığı : ULUSLARARASI TAHKİMDE HAKKIN KÖTÜYE
KULLANILMASI
Savunma Tarihi : 25 / 09 / 2023
Danışman : DOÇ. DR. İLHAN YILMAZ

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

DOÇ. DR. İLHAN YILMAZ

PROF. DR. MEHMET ERDEM

PROF. DR. MURAT ATALI

DOÇ. DR. BERK DEMİRKOL

DOÇ. DR. HÜSEYİN AKİF KARACA

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü