

ULUSLARARASI TAHKİMDE VASIFLANDIRMA

Doktora Tezi

AYŞENAZ ÖZTÜRK

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Mayıs 2024

ULUSLARARASI TAHKİMDE VASIFLANDIRMA

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

AYŞENAZ ÖZTÜRK

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Mayıs 2024

ULUSLARARASI TAHKİMDE VASIFLANDIRMA
AYŞENAZ ÖZTÜRK

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

Bilgin Tiryakioğlu
Tez Danışmanı

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

Tuğrul Arat
Tez Jüri Üyesi

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

Osman Berat Gürzumar
Tez Jüri Üyesi

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

Murat Atalı
Tez Jüri Üyesi

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

Aslı Bayata Canyaş
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün Onayı

Refet Soykan Gürkaynak
Müdür

ABSTRACT

QUALIFICATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Öztürk, Ayşenaz

Ph.D. in Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

May 2024

In this study, the role of qualification, which is considered one of the fundamental problems of private international law, in international arbitration is examined. It has been discussed whether the traditional qualification theories of the conflict of laws are applicable for arbitral tribunals which do not have *lex fori*. The governing law, importance and consequences of the qualification that the arbitral tribunal will make at different stages of the arbitration proceedings have been revealed. Thus, the issues that will be subject to qualification in arbitration proceedings have been determined.

The arbitral tribunal, when making qualification, should take into account transnational concepts appropriate to the nature of international arbitration, which it will obtain through comparative law analysis. The main distinction made by the arbitral tribunal in terms of procedure and substance has different consequences affecting the arbitration proceedings. In international arbitration, jurisdiction and admissibility issues and different aspects of arbitration agreement (substantive and formal validity, capacity and arbitrability) are other subjects where qualification plays an important role. The different approaches followed by arbitral tribunals when qualifying these issues sometimes lead to contradictory results in similar cases.

Keywords: Comparative Law Analysis, International Arbitration, Qualification,
Substance and Procedure, Transnational Concepts



ÖZET

ULUSLARARASI TAHKİMDE VASIFLANDIRMA

Öztürk, Ayşenaz
Doktora, Özel Hukuk
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Mayıs 2024

Bu çalışmada, uluslararası özel hukukunun temel problemlerinden biri olarak kabul edilen vasıflandırmanın uluslararası tahkimdeki rolü incelenmiştir. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma konusunda kabul edilen teorilerin, uluslararası tahkimde *lex forisi* olmayan hakem heyeti bakımından geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Hakem heyetinin tahkim yargılamasının farklı aşamalarında farklı ihtiyaçlarla yapacağı vasıflandırmanın tâbi olacağı hukuk, önemi ve sonuçları ortaya koyulmuştur. Böylelikle tahkim yargılamasında vasıflandırmaya konu olacak hususlar tespit edilmiştir.

Hakem heyeti, vasıflandırma yaparken, karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla elde edeceği, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun ulus-ötesi kavramları dikkate almalıdır. Hakem heyetinin temel ayrım olarak usul ve esas bakımından yapacağı vasıflandırmanın tahkim yargılamasını etkileyen farklı sonuçları vardır. Uluslararası tahkimde yetki ve kabul edilebilirlik meseleleri ile tahkim anlaşmasının farklı boyutları (asli ve şekli geçerlilik, ehliyet ve tahkime elverişlilik) vasıflandırmanın belirleyici olduğu diğer alanlardır. Hakem heyetlerinin, bu konuları vasıflandırırken izledikleri farklı yaklaşımlar, bazen, benzer durumlarda çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırmalı Hukuk Analizi, Uluslararası Tahkim,
Vasıflandırma, Ulus-Ötesi Kavramlar, Usul ve Esas Ayrımı



KISALTMALAR CETVELİ

AAA: American Arbitration Association (Amerikan Tahkim Birliği)

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

aşa.: Aşağıda

ATM: Asliye Ticaret Mahkemesi

AÜEHFD: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bkz./bkz. : Bakınız

dn. : dipnot

E. : Esas

EAA: English Arbitration Act (İngiliz Tahkim Kanunu)

ECOSOC: United Nations Economic and Social Council (Birleşmiş Milletler

Ekonomik ve Sosyal Konseyi)

Ed. : Editör

Eds. :Editörler

FAA: United States Federal Arbitration Act (Amerika Birleşik Devletleri Federal Tahkim Yasası)

FCCP: French Code of Civil Procedure (Fransız Medeni Usûl Kanunu)

HD: Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ICC : International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)

ICCA: International Council for Commercial Arbitration (Uluslararası Ticari Tahkim Konseyi)

ICSID :International Centre for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Anlaşmalarının Çözüm Merkezi)

JDI: Journal du Droit International

K. : Karar

LCIA : London Court of International Arbitration (Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi)

m. : madde

MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK : 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK : 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Pace L. Rev.: Pace Law Review

para. : paragraf

PILA: Swiss Private Internatinal Law Act (İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu)

PPIL : Public and Private International Law Bulletin

Rev. Arb.: Revue de l'Arbitrage

s. : sayfa

SCC : Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü)

T. :Tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

UN: United Nations (Birleşmiş Milletler)

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)

UNIDROIT :The International Institute for the Unification of Private Law

UTTDER: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi

vd. : ve devamı

Yarg.: Yargıtay

yuk.: Yukarıda

ZPO: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	i
ÖZET	iii
KISALTMALAR CETVELİ	v
İÇİNDEKİLER	viii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmanın Rolü	3
I. Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Kabul Edilen Vasıflandırma Teorilerinin Uluslararası Tahkim Bakımından Uygunluğu	3
A. Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Vasıflandırmaya İlişkin Teoriler	7
1. Vasıflandırma problemi	12
a. <i>Lex fori</i> ye göre vasıflandırma	15
b. <i>Lex cause</i> aya göre vasıflandırma	18
c. Bağımsız teoriler: Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi (<i>analytical jurisprudence</i>)	21
2. Hukuk kuralının vasıflandırılması sorunu	23
B. Vasıflandırma Teorilerinin Uluslararası Tahkim Bakımından Değerlendirilmesi	28
1. Hakemlerin bir <i>lex foris</i> inin olmamasının vasıflandırma üzerindeki etkisi	33
2. Tahkimin ulus-ötesi niteliğinin vasıflandırma üzerindeki etkisi	36

II. Tahkim Türleri ve Hakem Kararlarının Mensubiyeti Bakımından

Yapılan Sınıflandırmalar _____ 39

A. Tahkim Türleri ve Vasıflandırma İlişkisi _____ 39

1. *Ad hoc* ve kurumsal tahkim ayrımı _____ 40

2. Ticari tahkim ve yatırım tahkimi ayrımı _____ 45

3. İç (*domestic*) tahkim – uluslararası (*international*) tahkim ayrımı _____ 55

a. Objektif kriter _____ 57

b. Sübjektif kriter _____ 58

c. Modern karma kriter: *UNCITRAL* Model Kanununun yaklaşımı _____ 59

B. Hakem Kararlarının Mensubiyeti Sorunu _____ 61

1. Yabancı (*foreign*) hakem kararı kavramı _____ 69

2. Yerli sayılmayan (*non-domestic*) hakem kararı kavramı _____ 73

3. Yabancı ve yerli sayılmayan hakem kararı sınıflandırmasının sonuçları

78

İKİNCİ BÖLÜM _____ 84

Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmaya Konu Olacak Hususlar _____ 84

I. Temel Ayrım: Usûle ve Esasa İlişkin Olarak Vasıflandırma _____ 84

A. Uluslararası Tahkimde Usûl ve Esas Ayrımının Pratik Önemi _____ 86

B. Uluslararası Tahkimde Usûl ve Esas Ayrımının Uygulanacak Hukukun

Tayinindeki Etkisi _____ 88

1. Uluslararası Tahkimde Usûle Uygulanacak Hukuk _____ 90

a. Tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) tayini _____ 92

aa. Tahkim yeri bağlama noktası (ülkesellik ilkesi) _____ 93

bb. Taraf iradesi bağlama noktası (usûl kanunu kriteri) _____ 96

cc. Delokalizasyon teorisi	99
b. Tahkim yargılamasını idare eden hukukun (<i>lex arbitri</i>) uygulama alanı	104
c. Tahkim yargılamasını idare eden hukuk (<i>lex arbitri</i>) ve tahkim usûlüne uygulanacak hukuk ayrımı	106
d. Taraflara tahkim usûlüne ilişkin konularda tanınan serbesti (<i>procedural autonomy</i>)	108
e. Hakem heyetinin tahkim usûlüne ilişkin takdir yetkisi (<i>arbitrators autonomy</i>)	112
f. Tahkim usûlüne uygulanacak hukukun tâbi olduğu sınırlamalar	114
g. MTK m. 1(2)'de “veya” bağlacından sonra yer alan düzenlemenin değerlendirilmesi	115
h. Tahkim usûlüne uygulanacak hukuk ve vasıflandırma ilişkisi	118
2. Uluslararası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk	120
a. Taraflarca esasa uygulanacak hukuk seçimi	121
b. Seçimin olmadığı durumlarda hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemesi	126
c. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve vasıflandırma ilişkisi	131
3. Uluslararası tahkimde usûl ve esas ayrımında “gri alanlar”	132
a. İspat yükü	134
b. Zamanaşımı	137
c. Zararın hesaplanması ve giderilmesi	138
d. Değerlendirmelerimiz	139

II. Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmanın Belirleyici Olduğu Diğer	
Alanlar	141
A. Yetki ve Kabul Edilebilirlik Sorunları	142
1. Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımının sonuçları	143
2. Hakem heyetinin yetkisiyle ilgili konular	146
3. İddianın kabul edilebilirliğiyle ilgili konular	149
B. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Yönelik İtirazlar	150
1. Tahkim anlaşmasının asli geçerliliği (<i>substantive validity</i>) ve uygulanacak hukuk	153
2. Tahkim anlaşmasının şekli ve uygulanacak hukuk	157
3. Tahkim anlaşması yapma ehliyeti ve uygulanacak hukuk	163
4. Tahkime elverişlilik ve uygulanacak hukuk	164
SONUÇ	167
KAYNAKÇA	178

GİRİŞ

Tüm hukuk sistemlerinde hukuk kuralları belirli hayat ilişkilerini farklı hukuki kategoriler altında düzenler. Vasıflandırma, hâkimin önündeki fiili durumun (*factual situation*) ya da hayat ilişkisinin hangi hukuki kategoriye ait olduğunu tespit etmesidir¹. Dolayısıyla vasıflandırmanın yalnızca uluslararası özel hukuku değil tüm hukuk dallarını ilgilendirdiği söylenebilir. Gerçekten de, fiili durum veya olgular ile hukuki kategoriler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar getiren herhangi bir hukuk sisteminde vasıflandırma faaliyetine ihtiyaç duyulacaktır. Hâkim, önündeki uyuşmazlık konusunun hangi hukuki meseleye ilişkin olduğunu tespit etmeden bir çözüm yolu bulamaz.

Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ederken kanunlar ihtilafı kurallarına başvurabileceği bir *lex forisi* yoktur. Hatta bazı hallerde herhangi bir hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaksızın uyuşmazlığa uygun gördüğü hukuku uygulayabilir. Bu durum, vasıflandırmanın uluslararası tahkimdeki rolü konusunda merak uyandırmaktadır. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma konusunda kabul edilen teoriler uluslararası tahkimde uygulama alanı bulabilir mi? Tahkim yargılamasında vasıflandırmanın önem arz ettiği meseleler nelerdir? Hakem heyetinin yapacağı vasıflandırmanın, uluslararası tahkimin doğasından kaynaklanan farklı sonuçları ya da işlevi olabilir mi? Çalışmamızda bu sorulara cevap aranmıştır.

¹ Beckett, W.: *The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law*, British Year Book of International Law, 15, 1934, s. 46.

Planımızda ikili ayırım mümkün olduğu ölçüde benimsenmiş, bölümler, üst ve alt başlıklar konular izin verdiği ölçüde ikiye ayrılarak yazılmıştır. Bu doğrultuda, birinci bölüm, uluslararası tahkimde vasıflandırmanın rolünü ortaya koymak amacıyla kanunlar ihtilafı hukukunda kabul edilen vasıflandırma teorilerinin uluslararası tahkim bakımından uygulanabilir olup olmadığı ve uluslararası tahkimde vasıflandırmanın hangi hukuka tâbi olduğu konularına ayrılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümüne geçmeden önce uluslararası tahkimde tahkim türleri ve hakem kararları bakımından yapılan bazı sınıflandırmaların çalışmamızı ilgilendiren sonuçları ele alınmıştır.

İkinci bölüm ise uluslararası tahkimde vasıflandırmaya konu olabilecek hususlara ayrılmıştır. Bu çerçevede temel ayırım olarak usûle ve esasa ilişkin olarak yapılan vasıflandırma incelenmiştir. Bu bağlamda uluslararası tahkimde usul ve esas ayırımı bakımından yapılan vasıflandırmanın önemi ve uygulanacak hukukun tayinindeki etkisi üzerinde durulmuştur. Bu değerlendirmeler yapılırken uluslararası tahkimde usûle uygulanacak hukuk ile neyin kastedildiği ve diğer benzer kavramlardan farklarının ortaya koyulmasının önemli olduğu düşünülmüştür. Bu kapsamda tahkim yargılamasını bir bütün olarak idare eden hukuk (*lex arbitri*) ve tahkim usulüne uygulanacak hukuk ayırımına yer verilmiştir. Tahkim yargılamasında usule uygulanacak hukuk ve esasa uygulanacak hukukun vasıflandırma ile ilişkisi ayrı ayrı incelenmiştir. Daha sonra hakem heyetinin tahkim yargılamasında vasıflandırma faaliyetine başvurabileceği diğer ihtimaller tartışılmıştır.

Sonuç kısmında birinci ve ikinci bölümde ele aldığımız konular bakımından ulaştığımız tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmanın Rolü

Vasıflandırma, Kıta Avrupası ve Anglosakson hukukçuları tarafından kanunlar ihtilâfının ya da daha geniş anlamda uluslararası özel hukukun en temel problemi olarak kabul edilmektedir². Uluslararası tahkim ve kanunlar ihtilâfı arasındaki geleneksel bağlar göz önüne alındığında vasıflandırma uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasında nasıl bir rol oynar? Uluslararası tahkimde kanunlar ihtilâfı hukukundaki geleneksel yaklaşımların yerine daha çok taraf iradesi esas alındığından vasıflandırmanın uluslararası tahkim bakımından da “temel problem” olduğundan söz edilebilir mi? Birinci bölümde bu sorulara cevap vermeye çalışacağız.

I. Kanunlar İhtilafı Hukukunda Kabul Edilen Vasıflandırma Teorilerinin Uluslararası Tahkim Bakımından Uygunluğu

Vasıflandırma, on dokuzuncu yüzyılın sonunda Alman hukukçu *Franz Kahn* ve Fransız hukukçu *Etienne Bartin* tarafından birbirlerinden bağımsız olarak ve neredeyse aynı zamanda “keşfedilmiş”³, Amerikalı hukukçulara 1920 yılında *Lorenzen*⁴, İngiliz hukukçulara ise 1934 yılında *Beckett*⁵ tarafından tanıtılmıştır⁶.

² Lord Collins of Mapesbury and Harris, J.(ed): Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 16th edition, Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2022, s. 45.

³ Kahn, F.: *Gezetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen privatrechts, Bd. 30, 1891, s. 1-143; yeniden basılmıştır: *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Lenel, O., Lewald, H., 1, 1928, s. 1-123; Bartin, E.: *De l'impossibilite d'arriver a la suppression definitive des conflicts de loi*, Journal de Droit International Prive & Jurisprudence Comparee, 24, 1897, s. 225-255.

⁴ Lorenzen, E.G.: *The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws*, Columbia Law Review, 20, 1920, s. 247.

⁵ Beckett, s. 46.

⁶ Dicey, Morris & Collins, 16th edition, 2022, s. 45.

Kahn, farklı ülkelerdeki kanunlar ihtilâfı kuralları aynı olsa bile, farklı hukuk sistemlerinin doğasında var olan örtülü çatışmalar (*latent conflicts*) sebebiyle münferit davalarda ulaşılan sonuçların farklı olacağını ileri sürmüştür⁷. *Bartin*, 1897’de, *Kahn*’ın daha önce bu konuya değindiğinden habersiz olarak söz konusu sorunu “*qualification*” olarak adlandırmıştır⁸. Kıta Avrupası’nda hâlâ “*qualification*” terimi kullanılmakta olup İngiliz yazar *Beckett* “*classification*”, Kanadalı yazar *Falconbridge* ise “*characterization*” teriminin konuyu anlatma bakımından daha uygun olduğunu öne sürmüştür⁹. Türk hukukunda ise söz konusu mesele ağırlıklı olarak vasıflandırma olarak adlandırılmaktadır¹⁰.

Dicey vasıflandırmayı “*bir uyumsuzluğun hangi hukuki konsept veya kategoriye uygun olduğunun tespit edilmesi*”¹¹ şeklinde açıklamıştır. *Nussbaum*’a göre en geniş anlamda vasıflandırma “*olguların hukuki kategoriler altına veya hukuki kategorilerin daha geniş kategoriler altına alınması*”dır¹².

⁷ Lorenzen, E.G.: *The Qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws*, Yale Law Journal, 50, 1940-1941, s. 743.

⁸ *Bartin*, s. 225.

⁹ *Beckett*, s. 46; *Falconbridge*, J.D.: *Characterization in The Conflict of Laws*, Law Quarterly Review, 53, 1937, s. 239. *Nussbaum* “*characterization*” teriminin dilbilimi açısından daha uygun olduğunu kabul etmiş ancak uluslararası bir tartışmada uluslararası kabul görmüş “*qualification*” teriminin tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir, *Nussbaum*, A.: *Book Review: Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard Studies in the Conflict of Laws, IV, By A. H. Robertson, Columbia Law Review, 40, 1940, s. 1461.

¹⁰ *Nomer*, E.: *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017, s. 96, *Nomer* aynı zamanda nitelendirme terimini kullanmaktadır, bkz. s. 97.; *Şanlı*, C., *Esen*, E., *Ataman Figenmeşe*, İ.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 55; *Çelikel*, A., *Erdem*, B.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta, 2021, s. 74; *Doğan*, V.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, 2019, s. 213.

¹¹ “*The problem of characterisation consists in determining which juridical concept or category is appropriate in any given case*”, *Dicey*, *Morris&Collins*, 16th Ed, 2022, s. 46.

¹² “*Any subsumption of facts under legal concepts, or of legal concepts under broader categories can be called qualification or characterization*”, *Nussbaum*, s. 1462.

Benzer şekilde Türk hukukunda vasıflandırma “[h]ukukun uygulanmasında, farklı anlamlardan hangisinin hukuki kavrama verileceği veya belirli bir hukuki müessesenin hangi hukuk dalına (özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı veya maddi hukuka mı yoksa usûl hukukuna mı) ait olduğu” nun¹³ tespit edilmesi olarak ifade edilmiştir. Berki’ye göre vasıflandırma faaliyeti hâkimin önündeki ilişkiye hukuki bir mahiyet ve hüviyet izafe etmesi demektir¹⁴.

Uluslararası tahkimde, hakem heyeti¹⁵ tahkim yargılamasının başından sonuna kadar *competence-competence*¹⁶ ilkesi gereğince önündeki uyuşmazlığı görmeye yetkili olup olmadığı dahil olmak üzere kendisine tanınan geniş takdir yetkisini kullanarak çeşitli konularda karar verirken vasıflandırma yapmayı gerektiren pek çok soruya cevap vermektedir¹⁷. Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hangi hukuki kategoriye girmektedir? Usûle ilişkin konular ile esasa ilişkin konular ve bu ayrıma bağlı olarak usûle uygulanacak hukuk ve esasa uygulanacak hukuk nelerdir? Davalının itirazının konusu yetkiye mi, yoksa kabul edilebilirliğe (*admissibility*) mi ilişkindir? Tahkim anlaşmasının geçersizliği bakımından öne sürülen sebep tahkim anlaşmasının şekline

¹³ Nomer, E.: Milletlerarası Usul Hukuku, Beta 2018, s. 38.

¹⁴ Berki, O. F.: Devletler Hususi Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 1959, s. 268.

¹⁵ Hakem heyeti ile kastedilen tek hakem (*sole arbitrator*) veya hakem heyeti (*arbitral tribunal*) dir.

¹⁶ Uluslararası tahkimde *competence-competence* (Almanca, *kompetenz-kompetenz*) ilkesi hakem heyetinin uyuşmazlığı karara bağlama konusundaki yetkisine kendisinin karar verebilmesi anlamına gelir, bu konuda bkz. Moses, M. L.: The Principles and Practise of International Commercial Arbitration, 3rd edition, Cambridge, 2017, s. 96; Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M.: Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, Oxford University Press, 2015, para 5.105; Born, G.B.: International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 3rd edition, 2021, s. 1153; Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2021, s. 272 vd.; Özel, S: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 102; Keser Berber, L.: *Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin Yayınları, 2001, s. 123-139.

¹⁷ Born, s. 1139-1140.

mi, asli geçerliliğine mi, ehliyetine mi ilişkindir? Hakem heyetinin tüm bu sorulara cevap verebilmesi için yapması gereken faaliyet vasıflandırmadır.

Uluslararası tahkimde söz konusu olan uygulanacak hukuk çeşitliliği vasıflandırma problemlerine yol açabilir: Tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasına (anlaşmanın varlığı, geçerliliği, icra edilebilirliği ve yorumu dahil olmak üzere) uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki sözleşmenin varlığı, geçerliliği, icra edilebilirliği ve yorumu dahil olmak üzere uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk, hakem kararının tanınması ve tenfizinin talep edileceği yer hukuku tahkim yargılaması sırasında önemli rol oynadığı gibi, yerel, uluslararası, ulus-ötesi (*transnational*) kamu düzeni kurallarının uygulanacak hukuk üzerinde sınırlayıcı rolü göz ardı edilemez. Öte yandan, bağlayıcı olmayan düzenleyici kurallar (*soft law*), kurumsal tahkim kuralları, uluslararası kamu hukukunun bazı kuralları da tahkim yargılamasında uygulanabilir kurallar olarak dikkati çekmektedir. Yukarıda sözü edilen hukukların ve kuralların tespit edilmesi, uygulanması (ve hatta uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi) sırasında yapılacak vasıflandırma hayati rol üstlenmektedir.

Uluslararası tahkimde vasıflandırmanın rolünü anlayabilmek için kanunlar ihtilâfi hukukunda geçmişten bugüne vasıflandırma konusunda öne sürülen teorilerin incelenmesi gerekir. Vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk bakımından öne sürülen teorilerden en çok taraftara ve uygulamaya sahip olan görüş vasıflandırmanın hâkimin hukuku (mahkemenin hukuku, *for*'un hukuku yani "*lex fori*") uyarınca yapılacağıdır¹⁸.

¹⁸ Dicey, Morris & Collins, 16th edition, 2022, s. 48; Rogerson, P.: Collier's Conflict of Laws, 4th edition, Cambridge University Press, 2013, s. 269; Robertson, A. H., Characterization in the Conflict of Laws, Harvard University Press, 1940, s. 25-38.; Beckett, s. 49; Çelikel/Erdem, s. 79.

Vasıflandırmanın *lex fori*ye tâbi tutulmasını mantıklı kılan aşağıda açıklayacağımız bazı sebepler bulunsa da uluslararası tahkimde *lex forisi* olmayan hakemlerin hangi hukuk uyarınca vasıflandırma yapacakları sorusuna verilecek yanıt büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede şu sorunun da yanıtlanması gerekir: Uluslararası tahkimde, vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk kapsamında ileri sürülen diğer teoriler uygulanabilir mi? Bu sorulara cevap ararken, uluslararası özel hukukta vasıflandırma konusunda yapılan tartışmaların teorik temellerinden hareket etmenin uygun olacağı kanısındayız.

A. Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Vasıflandırmaya İlişkin Teoriler

Falconbridge, yabancı unsurlu bir olayda uyuşmazlığı görmeye yetkili mahkemenin yapacağı incelemenin, resmi veya açık bir şekilde olmasa bile, fiilen üç aşamaya bölünmesi gerektiğini söylemiştir¹⁹. Bu aşamalar mahkemenin önündeki konu veya sorunun (başka bir deyişle hayat ilişkisinin) vasıflandırılması, uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve uygulanmasıdır²⁰. *Falconbridge*'e göre bu üç aşamanın her biri bakımından “kanunlar ihtilâfı kurallarının çatışması” (“*conflict of conflict rules*”) olarak adlandırdığı problem ortaya çıkabilir²¹. Ülkelerin “kanunlar ihtilâfı kurallarının çatışması”, kanunlar ihtilâfı problemini doğuran “iç hukuk kurallarının çatışması” durumundan farklıdır²².

Hâkim, ilk aşamada, hakkında karar vermesi gereken uyuşmazlığın hukuki mahiyetini bulmalıdır²³. Hâkim, önündeki meseleyi vasıflandırmadan, bu meselenin mahkemenin

¹⁹ Falconbridge (Characterization), s. 236

²⁰ Falconbridge (Characterization), s. 236.

²¹ Falconbridge (Characterization), s. 237.

²² Falconbridge (Characterization), s. 237.

²³ Falconbridge (Characterization), s. 236.

belirli bir ihtilâf kuralının kapsamına girip girmediğine veya yeni bir ihtilâf kuralına gereksinim olup olmadığına karar veremez²⁴. Bu ilk aşamada hâkimin hukuku uyarınca yapılan vasıflandırma ile yabancı hukuk uyarınca yapılan vasıflandırma arasında bir çatışma ortaya çıkarsa bu durum vasıflandırma problemine yol açar²⁵.

Hâkim ikinci olarak, uygulanacak hukuku, yani ilk aşamada vasıflandırdığı konu veya sorun hakkında vereceği kararın ilgili kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca tâbi olması gereken hukuku (ister mahkemenin hukuku ister başka bir ülkenin hukuku olsun) tespit etmelidir²⁶. Kanunlar ihtilâfı kuralları, sözleşme, haksız fiil, evlilik malları, nişanlanma, ehliyet, miras vb. gibi hayat ilişkilerini (bağlama konusu), ikametgâh, vatandaşlık, malın bulunduğu yer gibi belirli olgularla (bağlama noktası, *connecting factor*) ilişkilendirerek uygulanacak hukuku tayin ettikleri için bu kuralları uygulayan mahkeme de bağlama noktasından hareket ederek uygulanacak hukuka ulaşacaktır. Bu aşamada, bağlama noktasına hâkimin hukukunda verilen anlam ile yabancı hukukta verilen anlamın farklı olması halinde çatışma çıkabilir. *Robertson* bu aşamayı bağlama noktasının tespiti (*selection of the connecting factor*) olarak isimlendirmektedir²⁷.

Mahkeme son aşamada uygulanacak hukuku vasıflandırdığı hayat ilişkisine uygulayacak ve hayat ilişkisinden doğan hakları ve hukuki sonuçları tespit edecektir²⁸. *Robertson* hâkimin bu son aşamada yabancı hukukun hangi kurallarının esasa hangi

²⁴ Falconbridge (Characterization), s. 236.

²⁵ Falconbridge (Characterization), s. 236.

²⁶ Falconbridge (Characterization), s. 236.

²⁷ Robertson, A. H.: *A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws: Part I. Previous Statements of the Problem in English*, Harvard Law Review, 52, 1939, s. 756.

²⁸ Falconbridge, s. 236.

kuralların usûle ilişkin olduğunu tespit ederek uygulanacak hukuku sınırlandırması gerektiğini ileri sürmektedir²⁹.

Falconbridge, öne sürdüğü üç aşamanın *Kahn*'ın , *Gesetzeskollision*³⁰ olarak adlandırdığı ve üç kategoriye ayırdığı kanunlar ihtilâfı hukukundaki çatışma halleri ile örtüştüğünü savunmuştur³¹. Gerçekten de *Kahn*'ın ilk kategorisi (*Ausdrückliche Gesetzeskollisionen*) ülkelerin kanunlar ihtilâfı kurallarının açık şekilde birbirinden farklı olması halinde ortaya çıkan çatışmadır³². Örneğin, bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralı taşınır mallarda miras konusunda bağlama noktası olarak ikametgâhı kullanırken başka bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralı murisin vatandaşlığını esas alabilir. Bu ilk kategoride ortaya çıkan çatışma kanunlar ihtilâfı hukukunda atıf meselesine ilişkin olup çalışmamızın kapsamı dışındadır. İkinci kategori (*Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe*), ülkelerin kanunlar ihtilâfı kurallarının görünürde aynı olduğu ancak kurallarda yer alan bağlama noktasına söz konusu hukuklarda farklı anlamlar verildiği için ortaya çıkan çatışmadır³³. Örneğin, iki ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları görünürde bağlama noktası olarak ikametgâhı kullansa da ikametgâh kavramı bu iki ülkede farklı anlama gelebilir. İkinci kategoride bahsedilen çatışma, *Falconbridge*'in ikinci aşamasıyla örtüşmektedir. Burada sorun bağlama noktasının hangi hukuka göre (*lex fori* ya da *lex causae*) göre anamlandırılacağıdır³⁴. Bu konuyu ilk defa ele alan yazarlar “bağlama noktasının vasıflandırılması” olarak isimlendirerek

²⁹ Robertson (A Survey), s. 753-755; Robertson (Characterization), s. 17.

³⁰ *Kahn*'ın terminolojisinde, yerel hukuk kuralı bir *Sachnorm* iken kanunlar ihtilâfı kuralı bir *Kollisionsnorm*'dur. *Falconbridge*, *Kahn*'ın *Gesetzeskollision* ile kastettiğinin yerel hukuk kurallarının ihtilâfından farklı olarak *Kollisionsnorm*ların ihtilâfı olduğunu yani iki ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları arasındaki bir çatışmayı ifade ettiğini söylemektedir, *Falconbridge*, s. 238, dn. 10.

³¹ *Falconbridge* (Characterization), s. 237.

³² *Falconbridge* (Characterization), s. 238.

³³ *Falconbridge* (Characterization), s. 238.

³⁴ Lord Collins of Mapesbury, Briggs, A., Dickson, A., Harris, J. (ed): Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 34.

vasıflandırma problemi altında incelemişlerdir³⁵. Türk hukukunda ise Nomer tarafından bağlama noktasının yorumu³⁶ , Şanlı tarafından bağlama noktasının vasıflandırılması³⁷, Çelikel/Erdem tarafından bağlama noktasında vasıf ihtilâfı³⁸ olarak adlandırılmıştır. Günümüzde yabancı doktrine bakıldığında bağlama noktasının tespiti meselesi artık vasıflandırma altında ele alınmamaktadır³⁹. Bu iki problemin birbirlerinden tamamen farklı olduğu belirtilmiştir⁴⁰. Nihayetinde meseleyi vasıflandırma altında ele alan yazarlar da aynı sonuca ulaşmışlardır⁴¹. Bağlama noktasına *lex forin*in uygulanması iki anlama gelmektedir: *Lex fori* hem bağlama noktasının ne alama geldiğini hem bağlama noktası uyarınca hangi ülkeye bağlanıldığını söyler⁴². Örneğin, bir İngiliz kanunlar ihtilâfı kuralında yer alan ikametgâh bağlama noktasının ne anlama geldiğine de ikametgâhın hangi ülkede (İngiltere ya da başka bir ülke) olduğuna da İngiliz hukukuna göre karar verilecektir⁴³. Bu sebeple İngiliz ve Fransız kanunlar ihtilâfı kurallarının, örneğin taşınır mallarda miras meselesinde bağlama noktası olarak ikametgâhı kullandığı, ikametgâhın İngiliz hukukuna göre Fransa’da, Fransız hukukuna göre İngiltere’de bulunduğu bir durumda İngiliz hâkimi kişinin İngiltere’de ikamet ettiğine karar verecektir⁴⁴. Hâkimin bu aşamada yaptığı faaliyetin

³⁵ Falconbridge (Characterization), s. 242; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 750; Robertson (A Survey), s. 753.

³⁶ Nomer (Devletler Hususi Hukuku), s. 105.

³⁷ Şanlı (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 50.

³⁸ Çelikel/Erdem, s. 75.

³⁹ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 34; dn 222; Collier’s Conflict of Laws, 266; Torremans, P., Fawcett, J.J. (ed): Cheshire, North&Fawcett: Private International Law, 15th edition, 2017, s. 45.

⁴⁰ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 34, dn 222.

⁴¹ Falconbridge (Characterization), s. 550; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization) s. 751.

⁴² Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 35

⁴³ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 35

⁴⁴ Collier’s Conflict of Laws, s. 266.

klasik anlamda bir vasıflandırma probleminin çözümünden ziyade “yorum” faaliyeti olduğu görüşüne katılıyoruz.

Üçüncü kategori (*Latente Gesetzeskollisionen*), ülkelerin kanunlar ihtilâfı kurallarının esasen aynı olduğu, aynı bağlama noktasını aynı anlamda kullandığı, ancak mahkemelerin önlerindeki hayat ilişkisini farklı şekilde vasıflandırdıkları için ortaya çıkan çatışmadır⁴⁵. Örneğin, hâkimin hukukunda uyumsuzluk konusu miras hukuku meselesi olarak kabul edilirken yabancı hukukta evlilik malları altında düzenlenmiş olabilir. Bu çatışma *Falconbridge*’in ilk aşamasında ortaya çıkar ve vasıflandırma problemini doğurur.

Vasıflandırmayı inceleyen pek çok yazar ufak farklılıklarla da olsa meseleyi *Falconbridge*’in üç aşamasına paralel şekilde ele almıştır⁴⁶. *Cheshire, Falconbridge*’in üç aşaması için farklı bir terminoloji kullanmıştır⁴⁷. *Cheshire*, hâkimin önündeki sorunun hukuki mahiyetinin belirlendiği ilk aşamayı “meselenin ait olduğu hukuki kategoriye tahsis edilmesi” olarak tarif etmiş ve bunu “birinci derece vasıflandırma” olarak adlandırmıştır⁴⁸. *Cheshire*, ikinci aşama olan bağlama noktasının tespitinin kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması meselesi olduğunu belirtmiştir⁴⁹. Üçüncü aşama olan yetkili hukukun uygulanması ve sınırlandırılmasını ise uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra “bir hukuk kuralının, hukuki kurum veya işlemin hukuki mahiyetinin belirlenmesi” olarak açıklayarak bunun da “ikinci derece vasıflandırma”

⁴⁵ Falconbridge (Characterization), s. 238.

⁴⁶ Robertson (Characterization), s. 17; Beckett, s. 61; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization) s. 743-744.

⁴⁷ Cheshire, G.C.: Private International Law, 2nd edition, Oxford, s.30-45, 3rd edition, s.63-85; Robertson (Characterization), s. 22.

⁴⁸ Robertson (Characterization), s. 22.

⁴⁹ Robertson (Characterization), s. 22.

olduğunu söylemiştir⁵⁰. *Cheshire*'ın birinci ve ikinci derece vasıflandırma ayrımı *Robertson* ve *Cormack* gibi yazarlar tarafından benimsenmiş olsa da⁵¹ bu yazarlar hangi konuların birinci hangi konuların ikinci derece vasıflandırmaya tâbi olacağı konusunda fikir birliğine varamamıştır⁵². Birinci ve ikinci derece vasıflandırma ayrımı doktrinde gerçek dışı ve yapay bir ayırım olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş⁵³ ve en önemli taraftarlarından biri olan *Cheshire* tarafından terk edilmiştir⁵⁴.

1. Vasıflandırma problemi

Yukarıda açıkladığımız üzere, yabancı unsurlu bir uyuşmazlığı gören hâkimin uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilmesi için her şeyden evvel önündeki meselenin hukuki mahiyetini tespit etmesi gerekir⁵⁵. Hâkim ancak bu sayede uygulayacağı kanunlar ihtilâfı kuralına⁵⁶ ulaşabilir.

Hemen belirtmek gerekir ki vasıflandırma sonucunda her zaman bir vasıflandırma problemi ortaya çıkmaz. Vasıflandırma problemi, farklı hukuk sistemlerinde kullanılan hukuki kavramlara verilen anlamların ülkeden ülkeye değişebileceği

⁵⁰ Robertson (Characterization), s. 23.

⁵¹ Robertson (Characterization), s. 23 ; Cormack, J.: *Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws: A Study of Problems Involved in Determining Whether or Not the Forum Should Follow Its Own Choice of a Conflict-of-Laws Principle*, Southern California Law Review, 14, 1941, s. 226-227.

⁵² Morris, J.H.C. (ed): *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Stevens and Sons Limited, London, 8th edition, 1967, s. 26.

⁵³ Dicey and Morris, 8th edition, 1967, s. 26; Nussbaum, s. 1467-1468; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 760.

⁵⁴ Cheshire, *Private International Law*, 4th edition, 1952 s. 46-60; 7th edition, 1965, s. 39-53; Dicey and Morris, 8th edition, 1967, s. 26, dn 35; Birinci-ikinci derece vasıflandırma ayrımı terk edilmiş olsa da günümüzde hukuk kuralının vasıflandırılması kapsamında yapılan değerlendirmeler bu ayırımın bir yansımasıdır.

⁵⁵ Berki, s. 267.

⁵⁶ Uluslararası özel hukukta uygulanacak hukuku gösteren kurallar gerek yabancı doktrinde (*rules of conflict of laws*) gerek Türk literatüründe kanunlar ihtilâfı kuralları olarak isimlendirilse de aslında bu kurallar yabancı hukuk sistemlerinin uygulama alanını belirleyerek kanunlar ihtilâfını engelleyen kurallardır, bkz. Beckett, s. 47.

gerçeğine dayanmaktadır⁵⁷. Hukuki kavramlar arasındaki bu farklılıklar bir dilde kullanılan bir kelimenin başka dilde tam karşılığının olmaması ya da iki dilde birbirlerine karşılık gelen kelimelerin aslında bambaşka anlamlar taşıyor olmasından kaynaklanabileceği gibi çoğun kez hukuk sistemlerinin tarihsel gelişim süreçlerinin birbirlerinden farklı olması sebebiyle ortaya çıkmaktadır⁵⁸.

Vasıflandırmanın konusunun ne olduğu hakkında doktrinde pek çok tartışma yapılmıştır⁵⁹. Bu tartışmalar vasıflandırılan şeyin özellikle bir “hukuki ilişki” (*legal relation*) mi, “fiili durum” (*factual situation*) mu yoksa “hukuk kuralı” mı olduğu sorusu etrafında toplanmaktadır⁶⁰. *Falconbridge*’e göre vasıflandırmanın konusu “hukuki ilişki” değil hâkimin önündeki “fiili durum” yani “hayat ilişkisi”dir⁶¹. Hayat ilişkisi, kendisini düzenleyen kanunlar ihtilâfı kuralı aracılığı ile bir ülkenin hukukuna tâbi olur ve bu ülkenin hukukunun uygulanması sonucunda fiili durumun bir “hukuki ilişki” yaratıp yaratmadığı ortaya çıkar⁶². Nitekim herhangi bir hukuk sisteminden bağımsız tamamen fiili bir durumun hiçbir hukuki sonucu yoktur; yani hiçbir hukuki ilişki, hak ya da yükümlülük yaratmaz. Kanunlar ihtilâfı kuralları, fiili durumdan herhangi bir hukuki sonucun çıkıp çıkmadığına karar vermek amacıyla, fiili duruma uygulanması gereken hukuk sisteminin tespit edilebilmesini sağlar⁶³. Bunu yaparken

⁵⁷ Falconbridge (Characterization), s. 241; Berki, s. 268.

⁵⁸ Falconbridge (Characterization), s. 241.

⁵⁹ Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s. 47; Cheshire, North&Fawcett, s. 41-42; Collier’s Conflict of Laws, s. 269.

⁶⁰ Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s. 47; Collier’s Conflict of Laws, s. 269.

⁶¹ Yabancı doktrinde kimi yazarlar vasıflandırmanın konusunun “hukuki ilişki” olduğunu ileri sürmüştür, bkz. Collier’s Conflict of Laws, s. 269. Ancak hukuki ilişki kavramına ulaşabilmek için öncelikle fiili duruma belirli bir hukuk sisteminin uygulanması gereklidir. Başka bir deyişle eğer ortada bir hukuki ilişki var ise fiili durumun halihazırda bir hukuk sistemiyle bağlantılı olduğunu varsaymak gerekir. Böyle bir durumda söz konusu hukuki ilişkinin başka bir hukuk sistemine tâbi olup olmadığının araştırılması anlamsız olacaktır, bkz. Falconbridge (Characterization), s. 242.

⁶² Falconbridge (Characterization), s. 242.

⁶³ Falconbridge (Characterization), s. 242.

de, fiili durumu belirli bir ülke ve onun hukuk sistemi ile ilişkilendiren bağlantı noktasını kullanır. Hâkimin fiili duruma uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla hangi kanunlar ihtilâfı kuralına başvuracağını bilebilmesi için ilk olarak karşısındaki hayat ilişkisini vasıflandırması gerekir.

Dicey'e göre vasıflandırmanın konusunun ne olduğu sorusu mahkemenin meseleyi nasıl ele aldığına göre değişir⁶⁴. *Cheshire* ise hâkimin öncelikle önündeki fiili durumdan doğan uyuşmazlığı doğru hukuki kategoriye sokması gerektiğini söyler ve bu aşamayı “hukuki sebebin vasıflandırılması” (*classification of the cause of action*) olarak adlandırır⁶⁵. Yazara göre hukuki kategori belirlendikten sonra ilgili kanunlar ihtilâfı kuralında yer alan bağlama noktası aracılığıyla uygulanacak hukuk tespit edilir⁶⁶. Bu aşamadan sonra ikinci aşama gelir: “hukuk kuralının vasıflandırılması” (*classification of a rule of law*). Bir kuralın uygulanıp uygulanmayacağına karar verilebilmesi için hangi hukuki kategoriye girdiğinin (örneğin usûl hukuku ya da maddi hukuk kuralı olması) tespit edilmesi gerekir⁶⁷. Kanımızca bu ayrım yazarın yukarıda açıkladığımız birinci derece vasıflandırma-ikinci derece vasıflandırma ayrımının bir uzantısıdır.

Vasıflandırmanın konusunun ne olduğu sorusu vasıflandırmanın hangi hukuka tâbi olacağı sorunundan bağımsız olarak ele alınamaz. Hâkimin önündeki meselenin *lex foride* farklı, hüküm statüsünde (*lex causae*) farklı hukuki kategorilere sokulması, yani farklı vasıflandırılması halinde ortaya vasıflandırma problemi çıkar. Örneğin, sonraki evlenme yoluyla vasiyetnamenin iptali meselesini hâkim kendi hukukuna göre

⁶⁴ Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s. 47.

⁶⁵ Cheshire, North&Fawcett, s. 41.

⁶⁶ Cheshire, North&Fawcett, s. 41.

⁶⁷ Cheshire, North&Fawcett, s. 45.

vasıflandırdığında bağlama konusu miras iken yabancı hukuka göre evlenme olabilir. Bu durumda hâkim meselenin miras statüsüne mi yoksa evlilik statüsüne mi tâbi olduğuna nasıl karar verecektir? Aynı vasıflandırma problemi hâkimin hukuku ile yabancı hukukun bir malın taşınır mı yoksa taşınmaz mı olduğu veya bir konunun şekle mi yoksa ehliyet mi ya da usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu gibi sorulara farklı cevaplar verdiği durumlarda da ortaya çıkar⁶⁸. Vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk konusunda yapılan teorik tartışmaların temelde üç görüş etrafında toplandığını söylemek mümkündür⁶⁹.

a. *Lex fori*ye göre vasıflandırma

En fazla taraftarı olan ve en çok uygulama alanı bulan görüşe göre, vasıflandırma hâkimin hukukuna (mahkemenin hukuku, *forun* hukuku, *lex fori*) tâbi olacaktır⁷⁰. Bu teoriye göre hâkim karşısına çıkan meseleyi kendi hukukunda yer alan kategoriler ve kavramlar uyarınca vasıflandıracaktır⁷¹.

Vasıflandırma problemini keşfeden *Kahn* ve *Bartin* tarafından ortaya koyulan bu görüşü savunanların temel argümanı, hangi durumlarda yabancı hukukun uygulanacağına yabancı hukukun kendisi karar verirse, mahkemenin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması üzerinde hiçbir kontrolünün kalmayacağıdır⁷². Bir

⁶⁸ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 744; Berki, s.268.

⁶⁹ Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s. 48-49.

⁷⁰ Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s.48; Beckett, s. 49-57; Collier's Conflict of Laws, s. 269, Robertson, s. 25-38. Türk hukukunda da vasıflandırmanın kural olarak *lex fori*ye göre yapılacağı kabul edilmektedir. Ancak *lex fori*ye göre vasıflandırma yapıldığında iç hukukta kullanılan kavram kanunlar ihtilafı kuralındaki kavramı karşılamıyorsa, karşılaştırmalı hukuka ait bir inceleme yapılarak kanunlar ihtilafında kullanılan kavramın gerçek manası tespit edilebilir, Nomer (Devletler Hususi Hukuku), s. 103; *lex fori*ye göre vasıflandırma milletlerarası özel hukuk menfaatlerine aykırı sonuçlar veriyorsa hâkim kendisini katı bir şekilde iç hukuk kurallarının tefsiri ile sınırlamamalıdır, Çelikel/Erdem, s. 86.

⁷¹ Beckett, s. 49; Collier's Conflict of Laws, s. 269.

⁷² Beckett, s. 49-57; Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s. 48.

ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralı ehliyetle ulusal hukukunun uygulanacağını söylüyorsa bu kuralın anlamı kanunlar ihtilâfı kuralını koyan ülkenin hukuku uyarınca ehliyetle ilişkin kabul edilen meselelere ulusal hukukunun uygulanacağıdır⁷³. Kanunlar ihtilâfı kuralında yer alan hukuki kavram ve kategorilerin ne anlama geldiği kuralı koyan ülkenin hukukuna bakılarak anlaşılabilir⁷⁴. Bir ülkenin uluslararası özel hukuk ve iç hukuk kuralları aynı hukuk sisteminin bir parçasını oluşturdukları için birinin diğerinin ışığında değerlendirilmesi doğaldır. Nitekim hâkim karşısındaki uyuşmazlığı ister istemez kendi yetiştirdiği ve bir parçası olduğu hukuk sistemi içerisinde değerlendirme refleksinde olacaktır.

Lex fori uyarınca vasıflandırmayı savunanların diğer önemli argümanı vasıflandırmanın yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı veya uygulanacaksa hangi yabancı hukukun uygulanacağı tespit edilmeden önce yapılması gerektiğidir⁷⁵. Hâkimin önündeki meselenin hukuki mahiyetini tespit etmeden yetkili yabancı hukuku bulabilme ve buna göre uyuşmazlığı çözme ihtimali yoktur⁷⁶. Dolayısıyla hâkimin yabancı bir hukukun vasıflandırmasını o hukukun uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmeden önce kabul etmesi mantıklı değildir⁷⁷.

Bu yöntem, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilmesi için gereken kavramları iç hukukta aramanın doğru olmadığı⁷⁸, yabancı hukukta kabul edilen müessesenin

⁷³ Beckett, s. 50.

⁷⁴ Beckett, s. 50.

⁷⁵ Beckett, s. 50.

⁷⁶ Berki, s. 271.

⁷⁷ Beckett, s. 50.

⁷⁸ Robertson, *lex fori*ye göre vasıflandırmada, vasıflandırmanın “iç hukuk” uyarınca yapılması zorunluluğu olmadığını savunmuştur. Robertson’a göre *lex fori* terimi katı bir şekilde mahkemenin iç hukuku anlamına gelmez; kanunlar ihtilâfı hukukunun amacına uygun olarak üzerinde çalışılması gereken daha geniş bir kavramdır, Robertson (Characterization), s. 29.

hâkimin hukukunda karşılığının olmadığı durumlarda çözümsüz kalınacağı⁷⁹, mahkemenin kendi hukukuna göre vardığı sonuç ile davanın başka devlet mahkemesinde açılması halinde ulaşılabilecek sonuçların birbirinden farklı olacağı sebepleriyle eleştirilmiştir⁸⁰. *Lex fori* vasıflandırmanın sebep olacağı istenmeyen durumlardan kaçınmak için çözüm üretilmeye çalışıldığıysa da bir iki yöntemin dışında pratik bir çözüm getirilememiştir⁸¹.

Hâkim kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukukun uygulanmasına karar verdiğinde söz konusu yabancı hukuktaki kuralı yabancı devlet mahkemesi hangi durumda ve nasıl uygulayacak ise o şekilde uygulamalıdır⁸². Nitekim, Türk mahkemeleri bir uyuşmazlıkta Fransız hukuk kuralı uyarınca bir hakkın varlığını tanıırken, Fransız mahkemelerinin aynı olaya ilgili kuralı uygulamamaları veya kuralı farklı anlama gelecek şekilde yorumlamaları uluslararası özel hukukta istenmeyen bir durumdur. *Beckett* bu durumda hâkimin ne kendi hukukunu ne de yabancı hukuku doğru uyguladığını belirtmektedir⁸³. Ancak, *lex fori*ye göre vasıflandırma yapıldığında hâkimin yabancı hukuk kuralını, yabancı hukuka göre uygulanmaması gereken bir olaya uygulaması ihtimali her zaman vardır⁸⁴. Bu durum vasıflandırma probleminde aşılması en zor durumdur. *Beckett*, uluslararası özel hukukta “atıf” kurumunun kabul edilmesine yol açan durumun, kanunlar arasındaki çatışmaları en aza indirme arzusuyla birlikte, anılan bu zorluk olduğunu ileri sürmektedir⁸⁵. Gerçekten de

⁷⁹ *Bartin*’e göre mahkemenin iç hukukunda benzer bir müessese veya kuralın olmaması yabancı müessese veya kuralın mahkemenin değerlerine o kadar yabancı olduğu anlamına gelir ki, hâkimin söz konusu yabancı müessese veya kuralı uygulamayı kamu düzeni gerekçesiyle reddetmesi gerekir, *Bartin*, s. 246; *Beckett*, s. 57.

⁸⁰ *Beckett*, s. 53-54; Çelikel/Erdem, s. 81.

⁸¹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 744-745.

⁸² *Beckett*, s. 47.

⁸³ *Beckett*, s. 47.

⁸⁴ *Beckett*, s. 54-55.

⁸⁵ *Beckett*, s. 55.

doktrinde atıf kurumuna karşı yapılan eleştiriler hemen hemen *lex fori* vasıflandırma lehine ileri sürülen argümanlarla aynıdır; *lex fori* vasıflandırmayı savunanlar atıf kurumunun önemli muhalifleridir⁸⁶.

b. *Lex causeaya* göre vasıflandırma

*Lex fori*ye göre vasıflandırma teorisine karşı yapılan eleştiriler, *Despagnet*'in *lex causaeya* göre vasıflandırma teorisini geliştirmesine yol açmıştır⁸⁷. *Despagnet*'e göre hayat ilişkisinin tâbi olduğu hukuk aynı zamanda onun vasıflandırılmasında da yetkili olan hukuktur⁸⁸. Hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuku doğru uygulayabilmesi için söz konusu yabancı hukukun vasıflandırmasını kabul etmesi gerekir⁸⁹. Bu görüşe göre her müessese tâbi olduğu hukukun kendisine verdiği anlam içerisinde değerlendirilmelidir⁹⁰. Hayat ilişkisine yabancı hukukun uygulanması, hayat ilişkisini yabancı hukukun yönettiği ve dolayısıyla hayat ilişkisinin mahiyetini yabancı hukukun belirlemesi gerektiği anlamına gelmektedir⁹¹. Hâkimin önündeki uyuşmazlığa kendi kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukukun uygulanacağını söyleyip o uyuşmazlığı yabancı hukuka göre vasıflandırmaması *Despagnet*'e göre yabancı hukuku hiç uygulamamasıyla eşdeğerdir⁹².

⁸⁶ Beckett, s. 55.

⁸⁷ Despagnet, F.:Des conflicts de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques, 25 Clunet, 1898, s.253.

⁸⁸ Despagnet, s.253.

⁸⁹ Robertson (Characterization), s. 27; Lorenzen (The Theory of Qualifications) s. 263; Çelikel/Erdem, s. 81.

⁹⁰ Wolff, M: Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3rd edition, Springer, 1954, s. 154.

⁹¹ Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262.

⁹² Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262; Robertson, (A Survey) s. 750; Dicey, Morris&Collins, 16th Ed, 2022, s. 48.

1930 yılında *Bartin* vasıflandırmanın *lex fori*ye tâbi olduğunu öne süren orijinal tezine şu sınırlamayı getirmiştir⁹³: “*Lex fori* vasıflandırma uyarınca belirli bir hukuki müesseseye uygulanmak üzere yabancı bir hukuk belirlendikten sonra bu hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkan ve uyuşmazlığın karara bağlanması için gerekli olan tüm yardımcı (tâli) vasıflandırmalar yabancı hukuka tâbidir”⁹⁴. Ancak hemen belirtmek gerekir ki *Bartin*’in “yardımcı vasıflandırmalar” olarak adlandırdığı faaliyet teknik anlamda uygulanacak hukukun tespiti için yapılan bir vasıflandırma değildir. Burada kastedilen şudur: Hayat ilişkisi *lex fori*ye göre vasıflandırılıp uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra, söz konusu yabancı hukukun uygulanması sırasında karşılaşılan kavramlar yorumlanırken yabancı hukukta kendilerine verilen anlam dikkate alınacaktır⁹⁵. *Cheshire* ve *Robertson* bunu “ikinci derece vasıflandırma” olarak adlandırarak vasıflandırmayı *lex causaen*in tayin edilmesinden önce ve sonra olmak üzere zaman bakımından ayırmıştır⁹⁶. Yazarlara göre *lex causaeya* ulaşmak için yapılan vasıflandırma birinci derece vasıflandırmadır ve *lex fori*ye tâbidir; *lex causaeya* ulaştıktan sonra yapılan vasıflandırmalar ise ikinci derece vasıflandırmadır ve *lex causaeya* tâbidir⁹⁷. Yukarıda belirttiğimiz üzere birinci derece vasıflandırma-ikinci derece vasıflandırma ayrımı bugün terk edilmiştir⁹⁸. Ancak bu ayrımdan bağımsız olarak yetkili yabancı hukuk tayin edildikten sonra, *lex causaen*in

⁹³ *Bartin*, E.: *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, 31 Recueil des cours, 1930, s. 565-603; *Lorenzen*, (Qualification, classification, or characterization), s. 747.

⁹⁴ *Lorenzen*, (Qualification, classification, or characterization), s. 747.

⁹⁵ *Beckett*, s. 52.

⁹⁶ *Lorenzen*, (Qualification, classification, or characterization), s. 755.

⁹⁷ *Lorenzen*, (Qualification, classification, or characterization), s. 755. Yukarıda açıkladığımız üzere *Robertson* ve *Cheshire* hangi konuların ikinci derece vasıflandırmanın kapsamına girdiği konusunda fikir birliğine varamamıştır.

⁹⁸ *Nomer*’e göre ikinci derece vasıflandırma yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının yorumundan ibaret olup yabancı hukukun uygulanması konusuna ait bir problem teşkil etmektedir, *Nomer* (Devletler Hususi Hukuku), s.99.

uygulanması sırasında *lex causaeda* yer alan hukuki kavram veya müesseselerin vasıflandırılması ihtiyacı doğabilir. *Lex fori* vasıflandırma uyarınca bir sözleşme veya haksız fiilin yabancı hukuka (*lex causae*) tâbi olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin kredi sözleşmesi mi yoksa rehin sözleşmesi mi olduğu veya işverenin işçinin haksız fiillerinden sorumlu olup olmadığı ve bu bağlamda işveren ve işçi ile ne kastedildiği gibi söz konusu sözleşme veya haksız fiil ile ilgili ortaya çıkan tâli sorunlara hiç şüphesiz yabancı hukuk (*lex causae*) uygulanır⁹⁹.

Lex causaeya göre vasıflandırmayı savunanlara göre yetkili yabancı hukukun uygulanması sırasında karşılaşılan “yardımcı vasıflandırmalar” kadar söz konusu yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı kararı da *lex causaeya* tâbidir¹⁰⁰. Nitekim hayat ilişkisinin *lex causaeda* *lex foriden* farklı vasıflandırılması halinde, hâkim *lex causaedaki* vasıflandırmayı kabul ederse başka bir ülke hukukunun uygulanması sonucuyla karşılaşabilir. *Beckett*, *lex causaeya* göre vasıflandırmanın kabul edilmesi halinde, hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları üzerindeki hâkimiyetinin kamu düzenine aykırılık ile sınırlı olacağını belirtmiştir¹⁰¹.

Lex causaeya göre vasıflandırma teknik açıdan zor olduğu için çok az yazar tarafından benimsenmiştir. Bu görüşe getirilen en temel eleştiri yetkili hukukun tayin edilebilmesi için öncelikle ilgili hayat ilişkisinin vasıflandırılması gerektiğidir¹⁰². Bir diğer eleştiri uyuşmazlığa uygulanması muhtemel birden çok hukuk olması halinde hangi hukukun vasıflandırmasının tercih edileceği konusunda bir çözüm

⁹⁹ Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 758.

¹⁰⁰ Beckett, s. 58.

¹⁰¹ Beckett, s. 58.

¹⁰² Çelikel/Erdem, s. 81.

sunamamasıdır¹⁰³. *Gemma, lex causaeya* -yani henüz tespit edilmemiş bir hukuka-dayanarak vasıflandırma yapmanın imkânsız olduğunu belirtip hayat ilişkilerini uluslararası yaşamın gerekliliklerinden hareket ederek vasıflandırmanın ülkeler arasında yeknesaklığı sağlayabileceğini söyleyerek yeni bir teorinin tohumlarını ekmiştir¹⁰⁴.

**c. Bağımsız teoriler: Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi
(analytical jurisprudence)**

Gemma, hukuki ilişki ve müesseselerin işlevlerinin uluslararası hayatın gerekliliklerine uygun olarak önyargısız bir şekilde değerlendirilebilmesi için bunların, devletlerin pozitif hukuklarından ayrı tutulması gerektiğini söyler¹⁰⁵. *Gemma*'ya göre hâkim, hukuki ilişkinin sınır-ötesi (*extraterritorial*) boyutunun gelişimine en uygun olan hukukun vasıflandırmasını dikkate almalıdır¹⁰⁶. *Gemma*'nın, *lex fori* veya *lex causae* yerine uluslararası ilkeleri dikkate alma konusundaki düşünceleri doktrinde yeni görüşlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır¹⁰⁷. Bu yöndeki en çarpıcı görüş *Rabel* tarafından ileri sürülmüştür¹⁰⁸. *Rabel*'e göre bir kanunlar ihtilâfı kuralının arka planında yalnızca ait olduğu ülkenin iç maddi hukuk anlayışının olduğunu varsaymak yanlıştır¹⁰⁹. Ona göre her ülkenin uluslararası özel hukuk mevzuatı kendi hukukuyla diğer tüm ülkelerin hukukları arasında bir uluslararası yeknesaklık oluşturmak amacıyla tasarlanmıştır ki bu da ancak belirli bir ülkenin

¹⁰³ Beckett, s. 58; Çelikel/Erdem, s. 82.

¹⁰⁴ Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 745.

¹⁰⁵ Lorenzen, (The Theory of Qualifications) s. 263.

¹⁰⁶ Lorenzen, (The Theory of Qualifications) s. 263.

¹⁰⁷ Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

¹⁰⁸ Rabel, E.: *Das Problem der Qualifikation*, Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht, 5, 1931, s. 241-288; Fransızcası için bkz.: *Le Probleme de la Qualification*, Revue de Droit International Prive, 28, 1933, s. 1-62

¹⁰⁹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

somut hukuki müesseseleri yerine daha soyut (*abstract*) kavramlardan hareket edilerek elde edilebilir¹¹⁰. *Rabel*, medeni devletlerin hukuki kurumları arasında önemli farklılıklar olsa da, bunların genellikle tüm yerel hukuklar için geçerli olacak bağımsız kavramların yaratılmasına izin verecek kadar birbirlerine benzediklerini ileri sürmüştür¹¹¹. Öte yandan, *Rabel*, yerel mevzuattaki farklılıklar ve karşıt görüşler üzerinde uzlaşma sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda karşılaştırmalı hukuk yönteminin vasıflandırma problemine çözüm getiremeyeceğini de kabul etmiştir¹¹². İngiliz yazar *Beckett* da *Rabel* gibi kanunlar ihtilâfı kurallarının fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri için tüm hukuk sistemlerindeki kural ve müesseselerin özellikleri dikkate alınarak uygulanmaları gerektiğini söylemiştir¹¹³. *Beckett*'a göre kanunlar ihtilâfı kurallarında yer alan kavramlar yalnızca analitik içtihat bilimi ve karşılaştırmalı hukuktan çıkarılabilecek evrensel olarak kabul edilen anlamları taşımaktadır¹¹⁴.

Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi pratik olmadığı, davanın süresini ve maliyetini uzatacağı, sonuçlarının öngörülemez olduğu, hukuk sistemlerindeki farklılıkların nasıl aşılacağı konusunda çözüm getirmediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹¹⁵. *Falconbridge*, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırmanın, karşılaştırmalı hukukta derinlemesine bilgi sahibi, önlerindeki uyumsuzluk ve sorunları *lex foriden* ayırma yeteneğine sahip ve kendilerine tamamen yabancı bir tekniği

¹¹⁰ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

¹¹¹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

¹¹² Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

¹¹³ Beckett, s. 59; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 747; Robertson (A Survey), s. 763.

¹¹⁴ Becket, s. 59; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 747; Robertson (A Survey), s. 763.

¹¹⁵ Collier's Conflict of Laws, s. 271; Çelikel/Erdem, s. 83.

benimsemeye istekli uluslar-üstü bir hâkim sınıfını (*supranational class of judges*) gerektirdiğini ifade etmiştir¹¹⁶. Hemen belirtmek gerekir ki *Falconbridge*'in saydığı bu kriterleri uluslararası tahkim uyuşmazlıklarını gören hakemlerin taşıdığını söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, bağımsız teoriler altında yapılan değerlendirmelerin uluslararası tahkimde önem kazandığını düşünüyoruz.

2. Hukuk kuralının vasıflandırılması sorunu¹¹⁷

Hâkimin önündeki uyuşmazlığın, tamamen iç hukuku ilgilendiren yerel bir mesele olması (herhangi bir kanunlar ihtilâfı problemi doğurmaması) halinde mahkeme kendi hukukundaki uyuşmazlıkla ilgili tüm kuralları, bu kuralların usûle veya esasa ilişkin olmasından bağımsız olarak uygulayacak ve çoğun kez bir usûl veya esas ayrımı yapmak ihtiyacı doğmayacaktır.

Öte yandan uyuşmazlığın yabancı unsur ihtiva ettiği durumlarda hâkim uygulanacak hukuku tayin edebilmek için usûle ve esasa ilişkin konular arasındaki ayrımı tespit etmek durumundadır¹¹⁸. Bunun sebebi, usûle ilişkin meselelerin *lex fori*ye, esasa ilişkin meselelerin ise mahkemenin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca tayin edilen hukuka (hüküm statüsü, *lex causae*) tâbi olmasıdır¹¹⁹. Usûle ilişkin meselelere *lex fori*nin uygulanması pek çok konunun tartışmalı olduğu kanunlar ihtilâfı hukukunda

¹¹⁶ Falconbridge (Characterization), s. 245. Falconbridge, hâkimin *lex fori* uyarınca vasıflandırma yapacağını ancak bunu yaparken yabancı hukukun vasıflandırmasını (benimsemek zorunda olmasa da) dikkate alması gerektiğini böylece *lex fori* vasıflandırma ile *lex causae* vasıflandırma arasında bir “orta yol” (“*via media*”) bulunabileceğini söylemiştir, Falconbridge (Characterization), s. 245; Robertson (A Survey), s. 767.

¹¹⁷ Bu başlık altında yaptığımız açıklamalar bir kuralın uygulanıp uygulanmayacağını tespit edilmesi amacıyla usûle ya da esasa ilişkin olduğunun vasıflandırılması ile ilgilidir.

¹¹⁸ Falconbridge, J. D.: *Essays on the Conflict of Laws*, Canada Law Book Company, 2nd edition, s. 301.; Garnett, R.: *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, 2012, s.46.

¹¹⁹ Falconbridge (Essays on the Conflict of Laws), s. 301; Dicey, Morris&Collins, 15th Ed, 2012, s. 203; Collier's Conflict of Laws, s. 275; Cheshire, North&Fawcett, s. 73.

evrensel olarak kabul gören ve uygulanan bir kuraldır¹²⁰. Bu kuraldan çıkan sonuç mahkemelerin yabancı usûl hukuku kurallarını uygulayamayacağıdır¹²¹. Başka bir deyişle, hâkim kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukun yalnızca esasa ilişkin kurallarını uygulayabilir. Genel kabul gören görüşe göre hâkim önündeki meseleyi usûle veya esasa ilişkin olarak vasıflandırırken *lex foride* kullanılan ölçütlerden hareket edecektir¹²².

Kanunlar ihtilâfı hukukunda usûl ve esas ayrımını ele alan kimi yazarlar meseleyi “hukuk kuralının vasıflandırması” olarak değerlendirmiştir¹²³. Bu yazarlara göre, taraflardan biri kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili yabancı hukuktaki bir hükmün usûle ilişkin olduğu gerekçesiyle uyuşmazlığa uygulanamayacağını ileri sürdüğünde, hâkimin hukuk kuralını vasıflandırması ihtiyacı doğar¹²⁴. Doktrinde bazı yazarlar, “hukuk kuralının vasıflandırılması” görüşünün hatalı olduğunu, hâkimin yapacağı vasıflandırmanın konusunun taraflar arasındaki uyuşmazlık olduğunu ileri sürmektedir¹²⁵. Hâkim *lex forinin* kullandığı ölçütlere bakarak önündeki meselenin usûl hukukuna ait olduğuna karar verdiğinde kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan meseleye doğrudan kendi usûl hukuku kurallarını uygulayacaktır. Yabancı hukukun uygulanması aşamasında yabancı hukuk kuralının vasıflandırılması ihtiyacı ancak

¹²⁰ Usûle ilişkin konuların *lex foriye* tâbi olması bakımından en fazla öne sürülen gerekçe bunun hâkim açısından en etkin ve kolay yol olmasıdır, Garnett, s. 5, 11.

¹²¹ Garnett, s. 5.; Bu sebeple Anglosakson ülkelerinde verilen kararlarda mahkemelerin odağı yabancı hukuktaki kuralın usûlî nitelikte olup olmadığı ve buna bağlı olarak uygulanıp uygulanmayacağının tespiti olmuştur, Harding v. Wealands, 2007, 2 AC 1; John Pfeiffer Pty Ltd v Rogerson, 2000, 203 CLR 503.

¹²² Dicey, Morris&Collins, 15th Ed, 2012, s.203; Carruthers, J.M.: *Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages*, International and Comparative Law Quarterly, 53, 2004, s 691.

¹²³ Cheshire, North&Fawcett, s. 45-50; Dicey, Morris&Collins, 16th edition, 2022, s. 49-50; Robertson, s. 59-66.

¹²⁴ Garnett, s. 46.

¹²⁵ Kahn-Freund, O.: General Principles of Private International Law, Sijthoff, 1976.

meselenin *lex fori* uyarınca esasa ilişkin olarak kabul edildiği hallerde ortaya çıkacaktır. Gerçekten de hâkim önündeki hayat ilişkisini *lex fori* uyarınca vasıflandırıp uygulanacak hukuku tayin ettiğinde, uygulanacak hukuktaki bir kuralın usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu sorusuna cevap vermek durumunda kalabilir¹²⁶. Bu durum yalnızca uygulanacak hukukun ilgili kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukuk olduğu hallerde ortaya çıkar. Nitekim uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk mahkemenin hukuku ise, usûl ve esasa aynı hukuk uygulanacağı için, herhangi bir ihtilâf ve dolayısıyla vasıflandırma sorunu ortaya çıkmayacaktır. Ancak esasa uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu hallerde taraflardan biri yabancı hukukta yer alan bir kuralın usûle ilişkin olduğunu ve dolayısıyla uygulanamayacağını öne sürebilir¹²⁷.

Usûl ve esas ayrımını, hukuk kuralının vasıflandırılması bağlamında, ikinci derece vasıflandırma (yabancı hukukun sınırlandırılması) altında tartışan yazarlar bu ayrımın *lex causaya* tâbi olduğunu öne sürmüştür¹²⁸. Bu yazarlara göre bir sözleşme veya haksız fiilin *lex fori*ye göre yabancı hukuka (örneğin, X hukukuna) tâbi olduğu ve *lex fori*nin usûl hukuku kurallarının uygulama alanı bulmadığı bir durumda, X hukuku uyarınca yazılı olma koşulunun sözleşmenin geçerliliğine mi yoksa ispatına mı ilişkin olduğu, X hukuku uyarınca zamanaşımın işleminin sözleşmeyi ortadan mı kaldırdığı yoksa dava yoluna başvurmaya mı engellediği, X hukuku uyarınca ihlali gerçekleştirene karşı ihbarda bulunulması yükümlülüğüne uyulmamasının hukuki

¹²⁶ Garnett, s. 46.

¹²⁷ Garnett, s. 46.

¹²⁸ Robertson (Characterization), s. 121-122; Cheshire, North&Fawcett, s. 45-50; Aksi yöndeki görüşe göre hâkim yabancı hukuktaki bir kuralı, *lex foride* bu kurala karşılık gelen kural ne şekilde vasıflandırılıyorsa o şekilde vasıflandıracak; *lex foride* bu kurala karşılık gelen bir kural yoksa, bu kurala en yakın (kıyas edilebilir) kuraldan yararlanacaktır, Beckett, s. 49-50.

sebebi (*cause of action*) ortadan mı kaldırdığı yoksa yalnızca usûlî bir şart mı olduğu gibi sorulara X hukuku uygulanacaktır¹²⁹. Bu görüş kabul edildiği takdirde, bir hukuk kuralının *lex foride* esasa, *lex causaedae* ise usûle ilişkin kabul edildiği hallerde, her iki hukukun da uygulanamaması gibi istenmeyen bir durum söz konusu olabilir¹³⁰. Zamanaşımı örneğinde dava her iki hukukun öngördüğü süre içerisinde açılmamış olsa bile devam ettirilebilir¹³¹. Nitekim, *lex forin*in esasa ilişkin kabul edilen zamanaşımı hükmü yalnızca *lex foriye* tâbî sözleşmelere uygulanacak, *lex causan*ın usûle ilişkin kabul edilen zamanaşımı hükmü ise, mahkemeler yabancı ülkenin usûl hukuku kuralını uygulayamayacağı için dikkate alınmayacaktır. O halde, ne *lex fori* ne *lex causae* uygulanmış olacaktır. Hukuk kuralının vasıflandırılmasının kabul edildiği hallerde kaçınılmaz olan bu netice¹³² gerek kanunlar ihtilâfı hukukunun amacı gerek uluslararası özel hukuk menfaatleri ile bağdaşmamaktadır.

İngiliz mahkemeleri, yabancı hukukta yer alan zamanaşımına ilişkin bir kuralın usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu sorunuyla karşılaştıklarında söz konusu kuralın usûlî nitelik taşıyıp taşımadığını araştırırken İngiliz hukukundaki ölçütlere dayanmış ve yabancı hukuktaki kuralın usûl hukukuna ait olduğuna karar vererek kuralı uygulamaktan kaçınmıştır¹³³. Dicey, İngiliz mahkemelerinin bu yaklaşımını eleştirerek; mahkemelerin yabancı hukukta yer alan bir kuralının hangi kategoriye girdiğini tespit etmelerinin zor ve gereksiz olduğunu ve bu yaklaşımın adaletsiz sonuçlar doğurarak kanunlar ihtilâfı kurallarının amacıyla bağdaşmadığını ifade

¹²⁹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 759.

¹³⁰ Garnett, s. 47.

¹³¹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 759.

¹³² Garnett, s. 47.

¹³³ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 53, 203; Collier's Conflict of Laws, s. 276; Huber v Steiner, 1835, 2 NC 202.

etmiştir¹³⁴. Dicey’e göre İngiliz hukukçular, “usûl kavramına mümkün olan en geniş anlamı vermektedir”¹³⁵. İngiliz mahkemelerinin zamanaşımına ilişkin bu tutumları 1984’te kabul edilen *Foreign Limitation Periods Act*¹³⁶ ile değiştirilmiş, *lex causae* yabancı bir hukuk olduğunda yabancı hukukta öngörülen zamanaşımı hükmünün, *lex causae* İngiliz hukuku olduğunda ise İngiliz hukukunda öngörülen zamanaşımı hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir¹³⁷. Bunun anlamı, İngiliz hukukunda zamanaşımı meselesinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından esasa ilişkin (maddi hukuk konusu) yerel uyuşmazlıklar bakımından ise (hâlâ) usûle ilişkin bir konu olarak görülmesidir¹³⁸.

Khan-Freund usul ve esas ayrımı bakımından yapılan vasıflandırmanın hangi hukuka tâbi olacağı konusunda “aydınlatılmış *lex fori*” (*enlightened lex fori*) adını verdiği ortada bir görüş ileri sürerek, vasıflandırmanın *lex fori*ye göre yapılacağını ancak hâkimin uluslararası kabul gören kategoriler geliştirmek amacıyla *lex causaeda* ve diğer ilgili yabancı hukuk sistemlerinde yer alan vasıflandırmaları da dikkate alması gerektiğini savunmuştur¹³⁹.

Türk hukukunda “uluslararası usûl hukukunda vasıflandırma” başlığı altında yapılan değerlendirmelerde bir hukuki müessese veya hukuki kavramın usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı dahil sayılacağının tespitinin bir vasıflandırma faaliyeti olduğu ve vasıflandırmanın kural olarak *lex fori*ye göre yapılacağı kabul

¹³⁴ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s.54, 203.

¹³⁵ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s. 203.

¹³⁶ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/16/contents>.

¹³⁷ Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s.54; Collier’s Conflict of Laws, s. 277.

¹³⁸ Şanlı (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 48.

¹³⁹ Kahn-Freund, s. 227 vd.; Garnett, s. 50, dn 32.

edilmektedir¹⁴⁰. Şanlı'ya göre “doğru ve pratik ihtiyaçlara uygun olan da budur”¹⁴¹. Çelikel/Erdem, vasıf ihtilâfının çözümü için en çok uygulanan yöntemin *lex fori* vasıflandırma olduğundan hareket ederek bir meselenin usûl hukukundan olup olmadığının tespitinin *lex fori*ye tâbi olduğunu belirtmiştir¹⁴². Nomer, bir meselenin usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğu konusunda tereddüt olan durumlarda hâkimlerin genellikle, *lex forin*in tatbikini temin etme amacıyla, usûl hukuku lehine vasıflandırma eğilimi gösterdiklerini belirtmektedir¹⁴³. Nomer'e göre *lex forin*in uygulanması hâkim için kolaylık sağlasa da kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukun uygulama alanının usûl hukuku lehine vasıflandırmalar yoluyla sınırlandırılması ve bertaraf edilmesi doğru değildir¹⁴⁴.

B. Vasıflandırma Teorilerinin Uluslararası Tahkim Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda detaylıca açıklandığı üzere, kanunlar ihtilâfı hukukunda yerel mahkemeler uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla vasıflandırma yapar. Vasıflandırma sonucunda hâkim önündeki meselenin usûle ilişkin olduğuna kanaat getirdiğinde *lex fori*yi uygular; esasa ilişkin olduğuna kanaat getirdiğinde ise vasıflandırdığı konuyu düzenleyen kanunlar ihtilâfı kuralını tespit eder. Bu kuralın uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere yetkili kıldığı hukuk ya yabancı hukuk ya da hâkimin hukukudur.

¹⁴⁰ Şanlı (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 421-423; Çelikel/Erdem, s. 506-507; Nomer (Devletler Hususi Hukuku), s. 410 vd.

¹⁴¹ Şanlı (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 421.

¹⁴² Çelikel/Erdem, s.506.

¹⁴³ Nomer (Milletlerarası Usul Hukuku), s. 38, dn 52.

¹⁴⁴ Nomer (Milletlerarası Usul Hukuku), s. 38, dn 52.

Uluslararası tahkimde ise hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin etmek için izleyebileceği farklı yollar mevcuttur¹⁴⁵.

Taraflar, uluslararası tahkime, çoğun kez uluslararası uyuşmazlıklar bakımından yerel mahkemeler nezdinde ortaya çıkan yetki ve uygulanacak hukuk sorunlarından kaçınmak için başvurur¹⁴⁶. Ancak uluslararası tahkimde de uygulanacak hukuk tayin edilirken, tahkimin doğasından kaynaklanan bir takım karmaşık ve öngörülemez sorunlarla karşılaşılabilir.

Uluslararası tahkimde dört temel uygulanacak hukuk meselesinin birbirinden ayrılması gereklidir: Taraflar arasındaki temel sözleşmeye ve diğer hak ve yükümlülöklere (uyuşmazlığın esasına) uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk ve anılan hukukların her birinin tayini bakımından uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralları¹⁴⁷. Sayılan kategoriler bakımından farklı alt kategoriler de söz konusu olabilir. Örneğin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, şekle, asli geçerliliğe, ehliyete uygulanacak hukuk gibi alt kategorilere ayrılır. Uluslararası tahkimde sayılan tüm bu hususlara farklı hukukların uygulanması ihtimali vardır. Farklı devlet hukuklarında birbirlerinden çok farklı düzenlemeler yer alabileceği için tahkimin farklı aşamalarında ortaya çıkan meselelere hangi ölke hukukunun uygulanacağını tespit edilebilmesi çok önemlidir.

¹⁴⁵ Born, G.B.: International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 3rd edition, 2021, s. 2831-2843, Bu yollar, çalışmamızın ikinci bölümünde detaylıca açıklanacağı üzere, tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması, tahkim yerinin maddi hukuk kurallarının uygulanması, uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması, uygun veya uygulanabilir bulunan kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması, maddi hukukun doğrudan uygulanmasıdır.

¹⁴⁶ Born, s. 236.

¹⁴⁷ Born, s. 236.

Uluslararası tahkimde, hakem heyetleri, uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağı sorusu ile birlikte hangi ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağı sorusuna da cevap vermek durumunda kalmıştır¹⁴⁸. Kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayan yerel mahkemeler böyle bir zorlukla karşılaşmazken; tahkim yeri örneğin Londra olan bir tahkim yargılamasında hakem heyeti, İngiliz kanunlar ihtilâfı kurallarını mı yoksa tahkim yerinden bağımsız üçüncü bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını mı uygulayacağı sorunuyla karşılaşır.

1963 yılında *Goldman*, geleneksel yaklaşıma meydan okuyarak uluslararası tahkim için bağımsız bir kanunlar ihtilâfı sistemi geliştirene kadar¹⁴⁹, uluslararası tahkimde hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayacağı kabul edilmekteydi¹⁵⁰. *Goldman* temelde, hakem heyetinin *lex foris*inin olmayışına ve tahkim yerinin genellikle uyuşmazlık konusuyla bağlantısı olmayan yalnızca tarafsızlığı sebebiyle seçilen bir konum oluşuna dayanarak, tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kuralları yerine uygulanacak bağımsız bir kanunlar ihtilâfı sistemi öne sürmüştür¹⁵¹. *Goldman*'ın öne sürdüğü bağımsız sistem düşüncesi zaman içerisinde gelişerek kanunlar ihtilâfı kurallarının birlikte uygulanması, uygun bulunan kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanması, kanunlar ihtilâfı kurallarının göz ardı edilerek maddi hukuk kurallarının doğrudan uygulanması, hukukun genel ilkelerinin uygulanması

¹⁴⁸ De Ly, F.: *Conflict of Law in International Arbitration-An Overview*, Conflict of Laws in International Arbitration, eds. Ferrari, F, Kröll, S., NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, s. 1.

¹⁴⁹ Goldman, B.: *Les conflicts de lois dans l'arbitrage international de droit prive*, Academie de droit international, 109 Recueil des Cours, 1963, s. 347-483.

¹⁵⁰ De Ly, s. 3.; Born, s. 2836.

¹⁵¹ De Ly, s. 4; Redfern and Hunter, para 3.213.

gibi yaklaşımların ortaya çıkmasını sağlamıştır¹⁵². Bu sayede yerel hukuk sistemlerinden bağımsız, uluslararası sözleşmelere, ticari teamül ve uygulamalara, hukukun genel ilkelerine dayanan bir “maddi ulus-ötesi hukuk” (*lex mercatoria*) teorisinin geliştirilmesinin önü açılmıştır¹⁵³. Uluslararası tahkim hukukunun 1960’larda başlayan liberalizasyonu, devletlerin tahkim mevzuatı ve mahkeme kararlarında etkisini göstermiş, yeknesak tahkim kurallarının hazırlanmasını sağlamıştır¹⁵⁴. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri, gerek tahkim usûlüne gerek uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından taraflara tanınan irade muhtariyeti¹⁵⁵ ve tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemlere tanınan takdir yetkisi uluslararası tahkimde görülen liberalleşmenin en önemli örnekleri arasında sayılabilir. Uluslararası tahkimde irade muhtariyeti o kadar geniş tanınmıştır ki taraflar bir devletin pozitif hukukuyla sınırlı kalmaksızın her türlü hukuk kuralını (hukukun genel ilkeleri, *lex mercatoria*, *UNIDROIT* ilkeleri¹⁵⁶ vb.) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçebilir¹⁵⁷. Hakemler de hukuk seçiminin yokluğu halinde tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate almadan, uygun gördükleri bir kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili olan hukuku¹⁵⁸ veya herhangi bir kanunlar

¹⁵² De Ly, s. 4; Born, s. 2844-2865.

¹⁵³ De Ly, s. 4; *Lex mercatoria* hakkında bkz. Goldman, B.: *The applicable law: general principles of law-the lex mercatoria*, Contemporary Problems in International Arbitration, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987, s. 113-126; Ayoğlu, T.: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA*, Vedat Kitapçılık, 2011.

¹⁵⁴ De Ly, s. 4.

¹⁵⁵ İrade muhtariyeti bugün tüm uluslararası tahkim kanunlarında, uluslararası sözleşme ve konvansiyonlarda, kurumsal tahkim kurallarında kabul edilen uluslararası tahkimin “yol gösterici ilkesi”dir, Redfern and Hunter, para.1.53, 3.97,6.07; Born, s. 525, 2295, 2877; Moses, s. 72-83.

¹⁵⁶ Uluslararası Ticari Sözleşmeler için *UNIDROIT* İlkeleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), Türkçe güncel metin için bkz. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Turkish-bl.pdf>

¹⁵⁷ Born, s.2966-2983; *UNCITRAL (United Nations Commission On International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Kanunu’nun 28. maddesinin ilk fıkrasında hakem heyetinin uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuk kuralı (rule of law) uyarınca karara bağlayacağı düzenlenmiştir.*

¹⁵⁸ *UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 33. maddesinin ilk fıkrası uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığın esasına tarafların seçtiği hukuku, böyle bir hukuk seçimi yoksa uygulanabilir gördüğü kanunlar ihtilâfı*

ihtilâfı kuralına başvurmaksızın uygun gördükleri bir maddi hukuku doğrudan uygulayabilir¹⁵⁹.

Bu durum uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasında klasik kanunlar ihtilâfı kurallarının öneminin giderek azaldığı; uluslararası tahkimde kanunlar ihtilâfı meselelerine ilişkin olarak, kurala dayalı yaklaşımın yerini menfaat temelli (*interest-based*) ya da başka bir deyişle “bağlamsal” (*contextual*) yaklaşıma bıraktığı şeklinde yorumlanmaktadır¹⁶⁰. Eğer hakemler uygun gördükleri herhangi bir ihtilâf kuralını uygulayabiliyor ve hatta kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan doğrudan uygulanacak hukuku belirleyebiliyorsa, uluslararası tahkimde geleneksel kanunlar ihtilâfı yöntemlerine gerçek bir rol veya işlev kaldığı söylenebilir mi?

Kanımızca kanunlar ihtilâfı meselelerinin uluslararası tahkimde hiçbir öneminin olmadığı veya kurala dayalı yaklaşımın bağlamsal/menfaate dayalı bir yaklaşımla

kuralı uyarınca tayin edilen hukuku uygulayacaktır. *UNCITRAL* Model Kanunu’nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında *UNCITRAL* Tahkim Kurallarıyla paralel olarak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında, hakem heyetinin uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili hukuku uygulayacağı düzenlemiştir. *UNCITRAL* Model Kanunu’nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında ilk fıkradan farklı olarak hakemlerin “hukuk kuralını” değil “hukuku” (*law*) uygulayacakları düzenlenmiştir. İki fıkra arasındaki bu farklılık, tarafların böyle bir hukuk seçimi yapmadığı hallerde, hakem heyetinin ulusal olmayan hukuk kurallarını uygulayıp uygulayamayacağı konusunda tartışma yaratmıştır, Born, s.2840.

¹⁵⁹ Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*, “ICC”) Tahkim Kuralları’nın 17. maddesinin ilk fıkrası uyarınca taraflar hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı kuralları serbestçe kararlaştırabilirler. Böyle bir seçimin olmadığı hallerde hakem heyeti uyuşmazlığa uygun gördüğü hukuk kurallarını uygulayabilir. İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları (*Swiss Rules of International Arbitration*)’nın 22. maddesinin ilk fıkrası uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuk veya hukuk kuralları uyarınca, böyle bir seçim yapılmamışsa, uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili gördüğü hukuk veya hukuk kuralları uyarınca çözecektir. Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association*) Tahkim Kuralları’nın 28. maddesi uyarınca hakem heyeti taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk veya hukuk kurallarını uygulayacaktır. Tarafların böyle bir seçim yapmaması halinde, hakem heyeti uygulanabilir olduğuna karar verdiği hukuku veya hukuk kurallarını uygulayacaktır; Born, s. 2842; Heiskanen, V.: *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, The Journal of London Court of International Arbitration, 26, 4, 2010, s.451.

¹⁶⁰ Heiskanen, s.451.

tamamen yer değiştirdiğini söylemek doğru olmayacaktır. Uluslararası tahkimde elbette kanunlar ihtilâfı sorunları ortaya çıkmaktadır; ancak bu sorunlar yerel mahkemelerden farklı olarak iç hukuk ve yabancı hukuk ayırımından kaynaklanmamaktadır. Uluslararası tahkimde hakem heyeti için hiçbir hukuk iç hukuk değildir ve tüm hukuklar ona yabancıdır. Uluslararası tahkimde vasıflandırma konusunda yapacağımız değerlendirmelerde bu anlayıştan hareket edilecektir.

1. Hakemlerin bir *lex foris*inin olmamasının vasıflandırma üzerindeki etkisi

Uluslararası tahkimde uyuşmazlığı gören hakem heyetinin bir “mahkemesi”, “forumu” ya da bu anlamda tâbi olduğu bir “hukuku” yoktur¹⁶¹. Uluslararası tahkimdeki “tahkim yeri” kavramı da “*lex fori*”yi karşılamaz¹⁶². Uluslararası tahkimde, tahkim yeri, hakem heyetinin yargı yetkisinin ülkesel sınırlarını çizen bir ifade olmayıp, çoğun kez fiziki/hukuki uygunluğu veya popülerliği sebebiyle tercih edilen, uyuşmazlıkla veya taraflarla ilgisi olmayan tarafsız bir yerdir. Nitekim uluslararası tahkimde hakem heyetinin tüm hukuklardan bağımsız olması gerektiği görüşü bu düşünceden kaynaklanmaktadır¹⁶³. Dolayısıyla, uluslararası tahkimde

¹⁶¹ Goldman (Les conflicts) s.347-483; Lalive, P.: *Les regles de conflicts de lois appliquees au fond du litige pas l'arbitre international siegeant en Suisse*, Rev. Arb., 1976, s. 159; Kaufmann-Kohler, G.: *Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36, 2003, s.1315; De Ly, s. 4; Redfern and Hunter, para 3.212-3.213; Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.: *Comperative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 111.

¹⁶² Heiskanen (Qualification), s. 449.

¹⁶³ Tarafların, tahkim anlaşmasıyla, tahkim yargılamasını tahkim yeri hukuku dahil tüm hukuklardan delocalize edip edemeyeceği, tahkimin tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına tâbi olup olmadığı, tahkim yerinde iptal edilen bir hakem kararının tanıma ve tenfizinin mümkün olup olmadığı konuları yabancı doktrinde 1980li yıllarda oldukça tartışılmıştır: Paulsson, J.: *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, International and Comparative Law Quarterly, 30, 1981, s. 358; Smit, H.: *A-National Arbitration*, Tulane Law Review, 63, 1981, s. 629; Paulsson, J.: *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, International and Comparative Law Quarterly, 32, 1983, s. 53; Park, W.W.: *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, International and Comparative Law Quarterly, 32, 1983, s. 21; Paulsson, J.: *The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs*, Contemporary Problems in International Arbitration, 1986, s. 297; Park, W.W.: *Judicial Controls in the Arbitral Process*, Arbitration International, 5, 1989, s. 230.

hakem heyeti, devlet yargısında hâkim için önem arz eden iç hukuk/yabancı hukuk ayrımıyla ilgilenmez¹⁶⁴.

Mahkemelerin hukuk sisteminin bir parçası oldukları ülke ve o ülkenin hukukuyla (*lex fori*) ilişkisi ile hakem heyetinin tahkim yeri ve bu yerin hukuku (*lex loci arbitri*) ile ilişkisi birbirleriyle kıyaslanamayacak kadar farklıdır. Hakem heyetleri belirli bir yargı çevresindeki uyuşmazlıkların çözülmesi için teşekkül etmez. Hakem heyeti ve tahkim yeri arasındaki ilişki devamlı olmayan *ad hoc* bir ilişkidir¹⁶⁵. Yerel mahkemeler ise bulundukları yerin hukuk sisteminin bir parçası, yargı organıdır. Hakem heyeti ve yerel mahkemeler arasındaki bu farkın belki de en temel (ve neredeyse tüm modern uluslararası tahkim kurallarınca kabul edilen) sonucu, uluslararası tahkimde hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlı olmadığıdır. Nitekim bu durum *Sapphire*¹⁶⁶ tahkim davasında hakem heyeti tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Adına adalet dağıttığı Devletin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına uymakla yükümlü olan bir Devlet hâkiminin aksine, hakem bu tür kurallara bağlı değildir. Tarafların ortak iradelerini aramalı ve doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla kullanılan bağlama noktalarını kullanmalı ve ulusal özellikleri dikkate almamalıdır”.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Heiskanen (Qualification), s. 449.

¹⁶⁵ Heiskanen (Qualification), s. 449.

¹⁶⁶ *Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co.*, (1963), *International and Comparative Law Quarterly*, 13, 1964, s. 1011.

¹⁶⁷ “Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules. He must look for the common intention of the parties, and use the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national peculiarities”, *Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co.*, (1963), 13 *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, s. 1011.

Uluslararası tahkimde bir vasıflandırma gereksinimi doğduğunda vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağını tespit etmek kolay olmayabilir. *Lex forisi* olmayan hakem heyeti önündeki meseleyi hangi hukuka göre vasıflandıracaktır? Başvurulabilecek iki hukuk akla gelebilir: *lex arbitri* ve *lex causae*. Bu noktada tahkim yeri hukukunun hakem heyetine diğer tüm hukuklar kadar yabancı olduğu unutulmamalıdır¹⁶⁸.

Kanımızca uluslararası tahkimde vasıflandırmanın hangi hukuka tâbi olacağı sorunu vasıflandırılması gereken konu özelinde değerlendirilmelidir. Hakem heyetinin tahkim yerinin veya herhangi bir devletin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olmadığı göz önüne alındığında, vasıflandırmanın geleneksel kural veya yaklaşımlar uyarınca yapılması tahkimin karakteristik özellikleriyle bağdaşmayacaktır.

Tahkim anlaşmasında taraflarca esasa veya usûle uygulanacak hukuk seçilmiş ise, hakem heyeti yetkili hukuku uygularken karşılaştığı kavramları o hukuk sistemi içerisinde kalarak o ülkenin hâkimi gibi yorumlayacaktır. Hakem heyeti, hukuk seçimi olmadığı durumlarda hangi hukukun uygulanacağını tespit ederken, iç hukuk/yabancı hukuk arasında bir seçim yapmayacak, tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz yeri hukuku, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk, *lex mercatoria* gibi çok daha geniş seçeneklerle karşı karşıya kalacaktır.

¹⁶⁸ Heiskanen (Qualification), s. 450.

Devlet yargısında hâkimin önündeki meseleye *lex fori*yi veya *lex causaeyi* uygulayacağı sonucuna ulaşabilmesi için yapmak durumunda olduğu usûl/esas ayrımının uluslararası tahkim hukukunda farklı yansımaları vardır. Çalışmamızın ikinci bölümünde detaylıca açıklanacağı üzere uluslararası tahkimde, usûl ve esas ayrımı bakımından yapılan vasıflandırma ilgili konuya uygulanacak hukukun dışında, hakem heyetine o konuda tanınan takdir yetkisini ve iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde kararın karşılaşılabileceği incelemenin derecesini etkilemektedir. Kanımızca hakem heyetinin *lex fori*si olmadığı, tarafların usûle uygulanacak hukuku seçebildikleri¹⁶⁹, taraflarca bir seçim yapılmadığında hakem heyetine usûli konuları belirleme konusunda tanınan geniş takdir yetkisi dikkate alındığında uluslararası tahkimde usûl/esas ayrımı bakımından yapılacak olan vasıflandırmanın devlet yargısından farklı olması şaşırtıcı bir durum değildir. *Poudret/Besson, lex fori*si olmayan hakem heyeti için usul ve esas ayrımının hiç kolay olmadığını, tahkim yerinin tahkim kanununda belirli konular usule veya esasa ilişkin olarak vasıflandırılmış olsa dahi tahkim yerinin hukuki kategorilerinin tahkimin kendine has özellikleri dikkate alınmadan otomatik olarak uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁰.

2. Tahkimin ulus-ötesi niteliğinin vasıflandırma üzerindeki etkisi

Başvurulacak bir *lex fori*nin yokluğunda, hakem heyetinin uygulayabileceği en sağlıklı yöntem, uyuşmazlığın “ulus-ötesilik”¹⁷¹ derecesini dikkate alarak bir çözüm bulması olacaktır¹⁷². Nitekim tek uluslararası unsurun tahkim yeri veya tarafların vatandaşlığı

¹⁶⁹ Born, s. 113.

¹⁷⁰ Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative Law of International Arbitration, 2nd edition, Thomson, Sweet & Maxwell, 2007, (translated by Stephan V. Berti and Annette Ponti), s. 551, dn. 520.

¹⁷¹ Ulus-ötesi hukuk hakkında bkz. Jessup, P.C: Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956.

¹⁷² Heiskanen (Qualification), s. 457.

olduğu tahkim yargılamaları kadar pek çok farklı kriter bakımından ulus-ötesi unsurlar taşıyan tahkim yargılamaları da söz konusudur. Tahkim somut olaydaki koşullara bakıldığında ulus-ötesi olmaktan ziyade yerel nitelikler taşıyorsa hakem heyetinin vasıflandırmayı tahkim yeri hukukuna göre yapması daha uygun olabilir¹⁷³. Bunun sebebi, uluslararası tahkimde, tahkim yargılamasının tahkim yeri hukukuna tâbi olduğunun kabul edilmesidir¹⁷⁴. Buna karşılık, tahkimin ulus-ötesi niteliği baskın ise, hakem heyetinin vasıflandırmayı tahkim yeri hukuku yerine ulus-ötesi standartları dikkate alarak yapmasının uygun olacağı savunulmaktadır¹⁷⁵.

Douglas, hakem heyetinin, karşısındaki meseleyi, mümkün olduğu ölçüde, belirli bir yerel hukuk sistemi veya hukuk geleneğinin dar kalıplı sınıflandırmalarına başvurmak yerine, evrensel olarak kabul gören hukuki kategorilere atıfta bulunarak vasıflandırması gerektiği görüşündedir¹⁷⁶. Ancak bu yaklaşımın tahkim yargılamasında uygulanması her zaman kolay değildir. Hakem heyetinin tahkimin ulus-ötesilik derecesini nasıl ölçeceği, ulus-ötesi (veya evrensel olarak kabul gören) kuralları uygulaması gerektiğine kanaat getirdiğinde bu kuralları nerede bulacağı tartışma konusu olmuştur¹⁷⁷.

¹⁷³ Heiskanen (Qualification), s. 457.

¹⁷⁴ Born, s. 111.

¹⁷⁵ Heiskanen (Qualification), s. 457; Bayata Canyaş, Model Kanun'da yer alan iptal sebepleri bakımından, hakem heyetinin kararı olabildiğince "ulusötesi hukuk bakış açısı" ile yorumlayarak yerel nitelikli yaklaşımların egemenliğinden kurtarması gerektiği görüşündedir. Yazara göre "hakimin hukukundaki kimi yerel politikaları ve anlayışları" yansıtan yorumlar yapmak yerine uluslararası ticaretin temel ilke ve değerleriyle uyumlu evrensel nitelikteki değerleri koruyan farklı hukuki anlayışlara karşı hoşgörülü ve esnek bir yaklaşım benimsenmelidir, Bayata Canyaş, A.: UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Adalet, 2016, s. 63-64.

¹⁷⁶ Douglas, Z.: The International Law of Investment Claims, Cambridge, 2009, s. 46.

¹⁷⁷ Heiskanen (Qualification), s. 457.

Her tahkim yargılaması tahkim yeri, tarafların vatandaşlığı, iş yeri merkezleri, sözleşmenin yapıldığı ve/veya ifa edildiği yer, sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakem kararının etkilerinin hissedileceği yer gibi taşıdığı unsurlar bakımından özeldir. Hakem heyeti karşılaştığı bir vasıflandırma sorununu *lex arbitri*ye mi yoksa ulus-ötesi standartlara göre mi çözeceğine karar verirken tüm bu unsurları dikkate alacaktır¹⁷⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hakem heyeti yaptığı değerlendirme sonucunda tahkim yeri hukukunu değil ulus-ötesi normları uygulamaya kanaat getirirse bu normları karşılaştırmalı hukukta bulacaktır¹⁷⁹.

Bu bilgiler ışığında uluslararası tahkimde vasıflandırmanın, karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi kapsamında öne sürülen düşüncelerden yola çıkarak, tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm iç hukuklardan bağımsız olarak karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun ulus-ötesi kavramlar kullanılarak yapılmasının en isabetli yöntem olacağı kanısındayız. Nitekim devlet yargısı bakımından karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisine getirilen eleştiriler uluslararası tahkim bakımından geçerli olmaz. Hakemlerin *lex forisi* olmadığı için önlerindeki uyumsuzluğu değerlendirirken herhangi bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalma eğiliminde değillerdir¹⁸⁰. Tahkim ulus-ötesi bir yargılama türü olduğu için hakem heyetinin de ulus-ötesi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Hakem heyeti çoğunlukla farklı ülkelerden gelen farklı hukuki eğitim, altyapı ve deneyime sahip hakemlerden oluştuğu için, kanımızca hakemlerin karşılaştırmalı hukuk analizi yapmaları hâkimlere göre daha kolay olacaktır.

¹⁷⁸ Heiskanen (Qualification), s. 457.

¹⁷⁹ Heiskanen (Qualification), s. 457.

¹⁸⁰ Redfern and Hunter, para. 3.212-3.213.

II. Tahkim Türleri ve Hakem Kararlarının Mensubiyeti Bakımından

Yapılan Sınıflandırmalar

Çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız uluslararası tahkimde vasıflandırmaya konu olacak hususlara geçmeden önce doktrin ve uygulamada tahkim ve hakem kararları bakımından yapılan bazı önemli sınıflandırmalara değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu sınıflandırmalar teknik anlamda vasıflandırma teşkil etmez. Ancak söz konusu ayrımların yapılmasının teorik ve pratik önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu bölümde tahkim türleri ve hakem kararları bakımından yapılan ayrımlar ve bu ayrımların çalışmamızı ilgilendiren sonuçları incelenecektir.

A. Tahkim Türleri ve Vasıflandırma İlişkisi

Hakem heyetinin tahkim yargılaması esnasında vasıflandırma yapma ihtiyacı tahkim türüne göre değişebilir mi? Farklı tahkim türleri farklı vasıflandırma problemlerine yol açabilir mi? Bu soruları öncelikle *ad hoc* ve kurumsal tahkim daha sonra ticari tahkim ve yatırım tahkimi ayrımları bakımından ele alacağız. *Ad hoc* ve kurumsal tahkim sınıflandırması esasında tahkim yargılamasının tâbi olduğu kurallar bakımından yapılan bir ayrımdır. *Ad hoc* tahkimde kurallar söz konusu uyumsuzluk için taraflarca özel olarak belirlenmekte (ki taraflar çoğun kez *UNCITRAL* Tahkim Kuralları¹⁸¹ gibi birtakım kurallar bütününe atıfta bulunmaktadır), kurumsal tahkimde seçilen kurumun kuralları uygulama alanı bulmaktadır. Sayılan tahkim türlerinde, tahkim yargılamasına

¹⁸¹ Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law*) tarafından uluslararası tahkimde kullanılması için 1976 yılında *UNCITRAL* Tahkim Kuralları hazırlanmış, bu kurallar 2010 yılında revize edilmiştir. 15 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla yürürlükte olan kurallara ulaşmak için bkz.: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

uygulanacak kurallar, tahkim anlaşmasına, tahkim usûlüne veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından farklı düzenlemeler öngörebilir. Kanımızca bu ayrım ile hakem heyetinin vasıflandırma yapma ihtiyacı ya da karşılaşılabileceği vasıflandırma problemleri arasında doğrudan bir ilişki olduğu söylenemez. Öte yandan ticari tahkim ve yatırım tahkimi ayrımı bakımından böyle bir ilişkinin varlığı söz konusu olabilir. Ticari tahkim ve yatırım tahkimi birbirlerinden tâbi oldukları uluslararası kaynaklar başta olmak üzere pek çok konuda ayrılır. Bir devletin ticari tahkime taraf olduğunda özel hukuk kişisi, yatırım tahkiminde ise kamu gücünü haiz egemen devlet olarak hareket ettiği kabul edilmektedir¹⁸². Yatırım tahkiminde baskın olan uluslararası kamu hukuku boyutu bu iki tahkim yargılamasını esas itibarıyla birbirinden ayırmaktadır¹⁸³. Yatırım tahkiminin kendine has bu özellikleri hakem heyetinin farklı vasıflandırma problemleriyle karşılaşmasına sebebiyet verebilir.

1. *Ad hoc* ve kurumsal tahkim ayrımı

Ad hoc ve kurumsal tahkim türlerinin her ikisi de tarafların bu konudaki anlaşmalarına dayanır¹⁸⁴. Taraflar, tahkim anlaşmasında uluslararası tahkim kurumlarından biri uyarınca tahkim yoluna gitme iradelerini belirtmediklerinde tahkim *ad hoc* tahkimdir¹⁸⁵. *Ad hoc* tahkimde taraflar, tahkim anlaşmasında tahkimin başlaması, hakem heyetinin teşekkülü gibi tahkim usûlüne ilişkin kuralları kendileri düzenleyebileceği gibi bu konularda sessiz kalarak yalnızca bir tahkim yeri de

¹⁸² Roberts, A.: *Divergence Between Investment and Commercial Arbitration*, Annual Meeting of the American Society of International Law, New York, 2012, s. 298.

¹⁸³ Böckstiegel, K.H.: *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?*, The Lalive Lecture 2012, Arbitration International, 28, 4, 2012, s. 579.

¹⁸⁴ Tiryakioğlu, B.: *Tahkim Türleri ve Tahkim Dayandığı İlkeler*, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı (2-3 Şubat 2023), Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138, 2023, s. 8.

¹⁸⁵ Redfern and Hunter, para. 1.141; Moses, s. 10; Tiryakioğlu (Tahkim Türleri), s. 7.

seçebilir¹⁸⁶. Bazı hallerde bir tahkim yeri de seçilmemiş olabilir. Böyle bir durumda, çalışmamızın ikinci bölümünde detaylıca açıklanacağı üzere hakem heyeti tahkim usûlüne uygulanacak hukuku tayin etmek durumundadır. *Ad hoc* tahkim, tahkim kurumlarının kurallarından ve kontrolünden bağımsız olarak gerçekleştirileceği için, tarafların tahkim usûlünü diledikleri gibi belirleme konusunda (tahkim yerinin emredici kurallarına tâbi olarak) maksimum düzeyde esnekliğe sahip olduğu tahkim türüdür¹⁸⁷. Uyuşmazlığın özelliklerine ve tarafların isteklerine göre şekillenebilmesi *ad hoc* tahkimin avantajları arasında sayılmaktadır¹⁸⁸. Dolayısıyla taraflar *ad hoc* tahkimi genellikle tahkim usûlü üzerinde daha fazla kontrol sahibi olmak istediklerinde ya da belirli bir tahkim kurumunun kuralları üzerinde anlaşılmadıklarında tercih etmektedir¹⁸⁹. Taraflardan birinin devlet ya da devlet kuruluşu olduğu uyuşmazlıklarda, devletin egemenliği konusundaki endişeleri ve daha esnek bir sisteme duyduğu ihtiyaç sebebiyle genellikle *ad hoc* tahkim tercih edilmektedir¹⁹⁰. *Ad hoc* tahkimde kurumsal tahkimde kuruma ödenmesi gereken ücretlerin söz konusu olmaması da avantaj olarak kabul edilmektedir¹⁹¹. *Ad hoc* tahkimin temel dezavantajı, tahkim yargılamasının etkililiğinin taraflar ve avukatları arasındaki iş birliğine ve tahkim yerinin hukuk sistemine bağlı olmasıdır¹⁹². Örneğin, taraflardan birinin süreci kasıtlı olarak engellemesi halinde tahkim sürecine devam etmek isteyen taraf, başvurulacak bir tahkim kurumunun yokluğunda mahkemelerden yardım talep etmek durumunda kalacaktır¹⁹³.

¹⁸⁶ Lew, Mistelis, Kröll, s. 32.

¹⁸⁷ Lew, Mistelis, Kröll, s. 34.

¹⁸⁸ Redfern and Hunter, para. 1.143.

¹⁸⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 35.

¹⁹⁰ Moses, s. 10; Lew, Mistelis, Kröll, s. 35.

¹⁹¹ Moses, s. 10; Redfern and Hunter, para. 154.

¹⁹² Redfern and Hunter, para. 1.145; Moses, s. 10.

¹⁹³ Moses, s. 10.

Taraflar *ad hoc* tahkimde uygulanacak kuralları tahkim anlaşmasında belirlerken, tahkim usûlüne ilişkin yukarıda sayılan konular bakımından taraflara ve hakem heyetine makul bir çerçeve sağlayan uluslararası tahkim kurallarına atıfta bulunabilir¹⁹⁴. Böylece, tahkimin bir tahkim kurumunun katılımı olmaksızın, uluslararası tahkimin ihtiyaçları doğrultusunda geliştirilen bir dizi yerleşik kurallar uyarınca yürütülmesini sağlamış olurlar. Uygulamada, *ad hoc* tahkimler genellikle *UNCITRAL* Tahkim Kuralları esas alınarak yürütülmektedir¹⁹⁵. Özellikle devletlerin, belirli bir ülkede yerleşik olan tahkim kuruluşlarının kurallarına tâbi olmak yerine, Birleşmiş Milletlerin hazırladığı uluslararası bir enstrüman olan *UNCITRAL* Tahkim Kurallarının uygulanmasını tercih etmeleri muhtemeldir¹⁹⁶. Taraflar ve hakem heyeti, bu kurallar üzerinde değişiklik yapabilir, gerekli gördükleri konularda spesifik düzenlemeler getirebilirler¹⁹⁷.

Kurumsal tahkimde taraflar arasındaki uyuşmazlık, seçilen tahkim merkezinin kuralları ve idaresinde yürütülecek tahkim yoluyla çözülmektedir¹⁹⁸. Kurumsal tahkim kurallarında tahkim usûlüne ilişkin pek çok mesele detaylı olarak düzenlenmekte, kurumun ilgili organları aracılığıyla tahkim sürecine önemli ölçüde destek sağlanmaktadır¹⁹⁹. Oldukça fazla sayıda ve türde tahkim kurumu mevcut olsa da, Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce, ICC* ²⁰⁰) Londra

¹⁹⁴ Redfern and Hunter, para. 1.141.

¹⁹⁵ Redfern and Hunter, para. 1.144; Lew, Mistelis, Kröll, s. 34; Moses, s.10.

¹⁹⁶ Redfern and Hunter, para. 1.144.

¹⁹⁷ Redfern and Hunter, para. 1.141.

¹⁹⁸ Lew, Mistelis, Kröll, s. 32.

¹⁹⁹ Tahkim kurumlarının başlıca işlevleri için bkz. Şit, B.: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, s. 47-54.

²⁰⁰ <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/>.

Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration, LCIA*)²⁰¹, Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association, AAA*)²⁰², Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (*International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID*)²⁰³, Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (*Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce, SCC*)²⁰⁴ gibi bazı tahkim merkezleri popülerlik kazanmıştır ve daha büyük oranda tercih edilmektedir²⁰⁵. Türkiye’de de İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)²⁰⁶ ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (ITOTAM)²⁰⁷ başlıca tahkim kuruluşları arasında sayılabilir. Bu tahkim merkezlerinin tahkim kuralları ve uygulamaları uluslararası ticaretin aktörleri ve tahkim uygulamacıları tarafından bilindiği için önemli ölçüde öngörülebilirlik sağlamaktadır²⁰⁸. Ayrıca, bu kurallar, uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasındaki yeni gelişmelere cevap vermek amacıyla deneyimli tahkim uygulamacılarına danışılarak düzenli olarak revizyona tâbi tutulmaktadır²⁰⁹.

Kurumsal tahkim kuralları genel olarak benzer bir modeli izleme eğiliminde olsalar da bazı kurallar Kıta Avrupası hukukundan (Örneğin; ICC), diğerleri ise Anglosakson hukukundan (Örneğin; LCIA) daha fazla ilham almıştır²¹⁰. Ancak tüm kuralların ortak

²⁰¹ https://lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration.aspx.

²⁰² <https://www.adr.org>.

²⁰³ <https://icsid.worldbank.org>.

²⁰⁴ <https://sccarbitrationinstitute.se/en>

²⁰⁵ Redfern and Hunter, para. 1.146; Lew, Mistelis, Kröll, s. 38-42; Akıncı, Z.: *Neden İstanbul Tahkim Merkezi?*, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı Özel Sayı, 2013, 8, 1, s. 80-81; Sayılan belli başlı tahkim merkezleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şit (Kurumsal Tahkim) s. 15-38.

²⁰⁶ <https://istac.org.tr>

²⁰⁷ <https://www.itotam.com/en/Default.aspx>

²⁰⁸ Şanlı, C.: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, BETA, İstanbul, 2019, s. 385.

²⁰⁹ Redfern and Hunter, para. 1.149.

²¹⁰ Redfern and Hunter, para. 1.147.

özelliği, ilgili kurum tarafından idare edilecek tahkimler için özel olarak formüle edilmiş olmaları ve genellikle bir tahkim şartı aracılığıyla taraflar arasındaki esas sözleşmeye dahil edilmeleridir²¹¹. Örneğin ICC tarafından tavsiye edilen tahkim şartı şu şekildedir: *“İşbu sözleşmeden veya işbu sözleşmeye bağlı olarak çıkabilecek her türlü uyuşmazlık Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları’na göre, bahsi geçen Kurallar’a uygun olarak bir veya daha fazla hakem atanmak suretiyle nihai olarak çözümlenecektir”*²¹².

Kurumsal tahkim kurallarında, hakem heyetinin seçilmesi ve atanması, ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi, hakemlerin ücretlerinin hesaplanması ve ödenmesi gibi konularda farklı düzenlemeler yer alabileceği için taraflar tahkim merkezini seçerken dikkatli olmalıdır. Bu konuda önemli bir fark tahkim merkezlerinin tahkim yargılamasını hangi ölçüde idare ettiği konusunda ortaya çıkabilir²¹³. Örneğin, ICC’nin, özellikle görev belgesi (Madde 23), nihai kararlar için süre (Madde 30), kararın divan tarafından incelenmesi (Madde 33) gibi konulara ilişkin hükümleri dikkate alındığında, tahkim yargılaması üzerinde oldukça sıkı bir idaresi olduğu söylenebilir²¹⁴.

Kurumsal tahkimin en önemli avantajı, tanınmış ve prestijli bir tahkim merkezi idaresinde verilen hakem kararlarının mahkemeler ve uluslararası camia tarafından daha güvenilir kabul edilmesidir²¹⁵. Tahkim merkezlerinin tecrübeleri, ihtiyaç halinde

²¹¹ Redfern and Hunter, para. 1.147.

²¹² <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/standard-icc-arbitration-clauses-turkish-version/>

²¹³ Lew, Mistelis, Kröll, s. 36.

²¹⁴ Lew, Mistelis, Kröll, s. 36.

²¹⁵ Moses, s. 10; Lew, Mistelis, Kröll, s. 36.

kurumun ilgili organlarından yardım ve destek talep edilebilmesi, hakem ücretleri ve yargılama giderlerine ilişkin ödemelerin merkez tarafından organize edilmesi gibi konular kurumsal tahkimin diğer avantajları arasında sayılmaktadır²¹⁶. Ayrıca kurumsal tahkimde, usûle ilişkin ihlaller daha az ortaya çıkmaktadır²¹⁷.

Kanımızca *ad hoc* ve kurumsal tahkim arasında, çalışmamızın konusu bakımından en önemli fark, kurumsal tahkim kurallarında, çoğun kez, uyuşmazlığın esasına ve tahkim usûlüne uygulanacak hukukun belirli bir kanunlar ihtilâfı veya maddi hukuk kuralı altında düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin, ICC Tahkim Kurallarında (m. 19 ve m. 21) uyuşmazlığa uygulanacak usûl kuralları ve maddi hukukun tayininde, irade muhtariyeti prensibi benimsenmiş, taraflarca bu konularda seçim yapılmadığında ise hakem heyeti tarafından belirlenen usûl kurallarının ve uygun bulunan hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Oysa, *ad hoc* tahkimde tarafların tahkim usûlüne uygulanacak hukuku seçtikleri hallere nadiren rastlanır. Taraflarca tahkim usûlü belirlenmediğinde, hakem heyetinin tahkim usûlüne uygulanacak hukukun tayini bakımından tahkim yeri hukukundan başka yol gösterici kaynağı yoktur. Ancak yine de bu farklılıkların hakem heyetinin vasıflandırmaya başvurma ihtiyacı ya da karşılaşılabileceği vasıflandırma problemleri üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur.

2. Ticari tahkim ve yatırım tahkimi ayrımı

Ticari tahkim ve yatırım tahkimi (özellikle *ICSID* tahkimi), uyuşmazlığın konusu, niteliği, tarafları, tahkime rızanın kaynağı, tahkim yerinin etkisi, tahkim usûlüne

²¹⁶ Moses, s. 10; Lew, Mistelis, Kröll, s. 37; Redfern and Hunter, para. 1.151.

²¹⁷ Tiryakioğlu (Tahkim Türleri), s. 8.

uygulanacak hukuk, hakem kararlarına karşı gidilebilecek yollar, tanıma ve tenfiz süreçleri gibi konular bakımından birbirlerinden oldukça farklı yargılamalardır²¹⁸. Çalışmamızın bu bölümünde iki tahkim türü arasındaki söz konusu farklılıklara kısaca değinilecek, bu farklılıkların çalışma konumuz bakımından önemi ortaya koyulacaktır.

Yatırım tahkimi, en basit tanımıyla, yatırıma ev sahipliği yapan devlet ve yabancı yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülen tahkim yoludur²¹⁹. Geleneksel olarak, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının, uyuşmazlık konusu yatırıma ev sahipliği yapan devletin yerel mahkemelerinde çözüleceği kabul edilmiştir²²⁰. Nitekim, yatırım, ev sahibi devletin toprakları içerisinde, çoğunlukla ev sahibi devlette kurulan yabancı ortaklı şirket tarafından gerçekleştirildiği için, söz konusu yatırımdan doğan uyuşmazlıklar bakımından, uluslararası yetki kuralları ev sahibi devletin yargı yetkisine işaret edecektir²²¹. Ancak, yatırıma ev sahipliği yapan devletlerin genellikle gelişmekte olan ülkeler olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ev sahibi devletin mahkemeleri yabancı yatırımcı açısından pek de çekici bir uyuşmazlık çözüm mercii değildir. Yabancı yatırımcı, yerel mahkemenin tarafsız davranamayacağı, kendi devleti aleyhine karar vermekten kaçınabileceği, böyle bir karar verilse dahi icra makamlarının kararı uygulamaktan imtina edeceği gibi endişelere kapılabilir. Bu sebeple, bugün, tarafsız bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilen ve devlet

²¹⁸ Yatırım tahkimi ve ticari tahkim arasındaki farkları ele aldığımız çalışmamız için bkz. Tahmaz, A.: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Ticari Tahkim Arasındaki Farklara Genel Bir Bakış*, Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, 11-12 Ekim 2019, (Eds. Uğur Orhan, M. Emir Göka, Ece Göztepe), 363-389, On İki Levha, Aralık 2020; ayrıca bkz. Ataman Figenmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*, PPIL, 31(1), s. 91-152.

²¹⁹ Tiryakioğlu (Tahkim Türleri), s. 9.

²²⁰ Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, p. 235.

²²¹ Dolzer/Schreuer, s. 235.

yargısına göre pek çok avantajı bulunan tahkim yargılaması yabancı yatırımcılar için olmazsa olmaz bir şart haline gelmiştir²²². Yabancı yatırımcılara hukuken öngörülebilir ve güvenilir bir yatırım ortamı sağlayarak yatırımları teşvik etmek isteyen devletler de yargı yetkilerinden feragat ederek, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünü kabul etmişlerdir²²³.

Ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıkları çok büyük bir oranda ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için *ICSID* Sözleşmesi²²⁴ ile kurulan *ICSID* Merkezinde (*ICSID* Tahkimi) görülmektedir²²⁵. Her ne kadar *ICSID* en çok tercih edilen merkez olsa da yatırım uyuşmazlıkları diğer başka tahkim kurumlarının kurallarına tâbi olarak veya *ad hoc* tahkimde çözülebilir²²⁶. *ICSID* Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkeler iki taraflı yatırım anlaşmalarında *ICSID* dışındaki merkezleri tercih etmekte, *ICC* veya *LCIA* gibi esas olarak uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde rol alan tahkim merkezlerine yatırım uyuşmazlıkları bakımından da başvurulmaktadır²²⁷.

²²² Tiryakioğlu, B.: *Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi*, UEDTP, Sayı: 2, Yıl: 1, 2007, s. 173.

²²³ Dolzer/Schreuer, s. 236; devletlerin taraf oldukları sözleşmelerin tahkim şartı içermesinin yargı muafiyeti üzerindeki etkisi hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, H.: *Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22, 2002, 2, s. 556 vd.

²²⁴ Türkiye, 1965 yılında Washington'da imzalanan, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, the "ICSID Convention"*)

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>) 1988 yılında taraf olmuştur. *ICSID* Sözleşmesi ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için *ICSID* Merkezi kurulmuştur. Türkiye, taraf olduğu çok sayıda iki taraflı veya Enerji Şartı Antlaşması (*Energy Charter Treaty*, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>) gibi çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolu olarak *ICSID* Merkezini yetkilendirmektedir.

²²⁵ Dolzer/Schreuer, s. 238.

²²⁶ Dolzer/Schreuer, s. 241.

²²⁷ Dolzer/Schreuer, s. 241.

Yatırım tahkiminde, tahkime verilen rızanın kaynağı, yatırım sözleşmesinde (*investment contracts*) yer alan tahkim şartı olabileceği gibi, devletler arasında akdedilen iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında (*bilateral or multilateral investment treaties*) veya ev sahibi devletin yerel mevzuatında yer alan uyuşmazlık çözüm yolu maddeleri de olabilir²²⁸. Ev sahibi devlet, bir kanun maddesinde veya taraf olduğu yatırım anlaşmalarında yer alan bir hükümde yabancı yatırımcı ile arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine rıza gösterebilir. Bu tür hükümler yabancı yatırımcıya tahkime gitme konusunda sunulan teklifler olarak değerlendirilmektedir²²⁹. Yabancı yatırımcının ev sahibi devletin mevzuatında veya yatırım anlaşmasında yer alan söz konusu hükme dayanarak tahkim yargılamasını başlatması bu teklifi kabul ettiği, tahkime rıza gösterdiği anlamına gelir²³⁰.

Ticari tahkimde, tahkim yerinin seçimi, tahkim yargılamasına ilişkin pek çok konuda kritik rol oynar. Tahkim yargılaması kural olarak tahkim yerinin tahkime ilişkin usûl ve esaslarını düzenleyen kurallara tâbidir²³¹. Bu sebeple, ticari tahkimde, tahkim yeri kararlaştırılırken, tahkim mevzuatı tahkim dostu (*arbitration friendly*) olan, tahkim yargılamasına yerel mahkemeleri tarafından en az müdahale edilecek ülkeler tercih edilmektedir. *ICSID* tahkiminde ise, aşağıda açıklanacağı üzere, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde bir etkisi olmadığı gibi yerel mahkemelerin

²²⁸ Douglas, s. 360; Dolzer/Schreuer, s. 254; Sornarajah, M: The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, 2000, s. 173-174.

²²⁹ Dolzer/Schreuer, s. 257; Moses, s. 248.

²³⁰ Sornarajah, s. 174; Dolzer/Schreuer, s. 257.

²³¹ Moses, s. 68.

tahkim yargılamasına herhangi bir müdahalede bulunma yetkileri yoktur²³². Ticari tahkimde hakem kararına karşı iptal davası tahkim yeri mahkemelerinde, tahkim yeri hukukunda öngörülen sebeplerle açılabilirken *ICSID* tahkiminde hakem kararlarına karşı yerel mahkemelerde iptal davası açılmayacağı gibi, yerel mahkemelerin karar üzerinde hiçbir inceleme yapma imkânı yoktur²³³. *ICSID* Sözleşmesi, hakem kararlarına karşı kendi sistemi içerisinde özel bir inceleme yöntemi öngörmüştür²³⁴.

Ticari tahkimde verilen hakem kararlarının icra kabiliyeti kazanabilmesi için, davalının varlıklarının bulunduğu yer mahkemesinde tenfiz edilmesi gerekir. Ticari tahkimde verilen hakem kararlarının tenfizi çoğun kez, New York Sözleşmesi uyarınca gerçekleşir²³⁵. *ICSID* hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ise *ICSID* Sözleşmesi m. 54 uyarınca çok daha basit ve pratik usûllere tâbidir. *ICSID* Sözleşmesi'ne taraf olan her üye devlet *ICSID* hakem kararlarını bağlayıcı kabul edecek ve kararların parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir²³⁶.

Kanımızca yatırım tahkiminde hakem heyetinin ticari tahkimden farklı olarak vasıflandırmaya duyacağı ihtiyaç özellikle *ICSID* tahkiminde merkezin yetkisi konusunda ortaya çıkmaktadır. *ICSID* Sözleşmesi m. 25(1) uyarınca merkezin

²³² *ICSID* tahkimin bu özelliği onu diğer kurumsal tahkim merkezlerinin kuralları (Örneğin, *ICC* Tahkim Kuralları) veya *UNCITRAL* Tahkim Kuralları uyarınca gerçekleşen yatırım tahkimlerinden ayırmaktadır. Nitekim bu kurallarda, *ICSID* Tahkim Kurallarının aksine, tahkim yerinin hukuku ve mahkemeleri tahkim yargılamasında rol oynamaktadır. *ICSID* merkezinde görülmeyen yatırım uyuşmazlıklarında verilen hakem kararları her zaman için yerel mahkemeler tarafından iptal edilme riski vardır.

²³³ Dolzer/Schreuer, s. 300-301.

²³⁴ *ICSID* Sözleşmesi, m. 52.

²³⁵ Redfern and Hunter, para. 11.40; Moses, s. 226.

²³⁶ *ICSID* Sözleşmesi m. 54.

yetkisinin tesis edilebilmesi için üç şart aranmaktadır²³⁷. Bunlar, uyuşmazlığın, yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olması (konu bakımından yetki, *ratione materiae*), *ICSID* Sözleşmesi'ne taraf devletlerden biri ile, başka bir taraf devletin vatandaşı arasında çıkması (kişi bakımından yetki, *ratione personae*) ve uyuşmazlığın taraflarının (ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı) *ICSID* tahkimine rıza göstermiş olmasıdır (rıza bakımından yetki, *ratione voluntatis*)²³⁸. Bu şartlardan birinin sağlanamaması halinde uyuşmazlık *ICSID* merkezine götürülemez²³⁹.

Dolayısıyla hakem heyeti *ICSID* merkezinin yetkili olup olmadığına karar verebilmek için, öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlığı vasıflandırmak durumundadır. Uyuşmazlığın yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık (yani yatırım uyuşmazlığı) olduğunda karar vermedikçe merkezin konu bakımından yetkisi tesis edilememiş olacaktır²⁴⁰. Hakem heyeti konu bakımından yetkiyi değerlendirirken söz konusu hükümde yer alan üç unsur bakımından da (hukuki bir uyuşmazlık olması²⁴¹, uyuşmazlığın yatırımdan ve doğrudan kaynaklanması), vasıflandırma yapmak durumundadır. Hakem heyeti özellikle ortada bir yatırım olup olmadığı sorusuna cevap aramak durumunda kalacaktır. Pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasında neyin

²³⁷ *The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*

²³⁸ Dolzer/Schreuer, s. 245-264.

²³⁹ Yatırım uyuşmazlığının *ICSID* merkezinde görülmesi için, ev sahibi devletin ve yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak devletin *ICSID* Sözleşmesi'ne taraf olması yeterli değildir. Çifte rıza (*double consent*) kuralı uyarınca ev sahibi devletin, yatırım uyuşmazlığının *ICSID* tahkimi ile çözülmesine yerel mevzuatında, iki (veya çok) taraflı yatırım anlaşmasında veya yatırımcı ile imzaladığı yatırım sözleşmesinde rıza göstermiş olması gereklidir, Dolzer/Schreuer, s. 254.

²⁴⁰ Erten, R.: *ICSID Tahkimi*, BATİDER, 19, 205, 1998, s. 215.

²⁴¹ Bu konuda bkz. Schreuer, C.: *What is a Legal Dispute?*, Buffard, I., Crawford, J., Pellet, A., Wittich, S. (eds.) *International Law between Universalism and Fragmentation*, BRILL, 2009, s. 959-980.

yatırım sayılacağı geniş bir şekilde tanımlanmıştır²⁴². Bu nedenle, yatırım anlaşmasına dayanan bir iddiayı değerlendiren hakem heyeti, davacının yatırımının ileri sürülen anlaşmadaki tanımı karşılayıp karşılamadığını analiz etmelidir²⁴³. Benzer şekilde kişi bakımından yetkiyi değerlendirirken yabancı yatırımcı olarak vasıflandırılmak için aranan şartların sağlanıp sağlanmadığına karar verecektir. Bunun için de koruma talep eden gerçek veya tüzel kişinin, ev sahibi devlet ve kaynak devlet arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan yatırımcı tanımına girip girmediğini belirlemek durumundadır²⁴⁴. Bu konuda, hakem heyeti, örneğin, yatırımcı olduğunu iddia eden gerçek kişinin iki taraflı yatırım anlaşmasına taraf olan iki devletin de vatandaşı olduğu hallerde bir takım zorluklarla karşılaşabilir. ICSID Sözleşmesi, gerçek kişilerin vatandaşı oldukları devlete karşı tahkim yoluna gitmesine izin vermemektedir²⁴⁵. Hakem heyetleri, yabancı yatırımcı olduğunu iddia eden kişinin aynı zamanda ev sahibi devletin vatandaşı olup olmadığını belirlerken etkili vatandaşlık testine başvurarak resmi vatandaşlığı dikkate almaktadır²⁴⁶. Yine tahkime rızanın kaynağı

²⁴² Örneğin, Fransa Cumhuriyeti Hükümeti ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviği ve Korunması Anlaşması Madde 1 uyarınca, “iş bu Anlaşmada: 1- “Yatırım” terimi, bir Akit tarafın yatırımcısı tarafından diğer Akit Taraf ülkesinde, bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak yatırılan her türlü varlığı ve bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla, özellikle, aşağıdakileri kapsar: a) taşınır ve taşınmaz mallar, aynı zamanda ipotek, ihtiyati haciz, intifa hakkı, rehin ve benzeri haklar gibi diğer aynı haklar;

b) hisse senetleri, pay senetleri ve şirketlere iştirakin diğer doğrudan veya dolaylı şekilleri;

c) yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları ve bir yatırımla ilgili finansal değeri olan diğer haklar, özellikle, yukarıdaki paragrafta belirtilen şirketlere iştirakle ilişkili borçlardan kaynaklanan alacaklar;

d) fikri ve sınai mülkiyet hakları (patentler, lisanslar, ticari markalar, sınai modeller ve maketler gibi) teknik işlemler, ticari isimler ve peştemaliye;

e) aşağıda tanımlandığı gibi, her bir Akit Tarafın Ülkesinde doğal kaynakların aranması, geliştirilmesi, çıkarılması veya işletilmesi imtiyazlarını da içerecek şekilde, kanun veya sözleşme ile tanınan iş imtiyazları;

Varlıkların yatırım biçiminde herhangi bir değişiklik, ülkesinde yatırım yapılan Akit Tarafın mevzuatına aykırı olmadığı sürece, bunların yatırım olma niteliğini etkilemeyecektir”, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8057/download> .

²⁴³ Redfern and Hunter, para. 8.29.

²⁴⁴ Redfern and Hunter, para. 8.17; Erten (ICSID Tahkimi), s. 216 vd.

²⁴⁵ Redfern and Hunter, para. 8.19.

²⁴⁶ Redfern and Hunter, para. 8.19.

bakımından yatırım anlaşmalarındaki uyuşmazlık çözüm hükümleri kapsamında ortaya çıkan yetki ve kabul edilebilirlik ile ilgili sorunlarda da vasıflandırma rol oynayacaktır²⁴⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, yatırımın, yatırımcının ya da rızanın olup olmadığı ICSID Sözleşmesi uyarınca merkezin yetkisinin tesis edilebilmesi için ortaya koyulması gereken hususlar olsa da esasen bu değerlendirmeler diğer yatırım tahkimlerinde de mutlaka yapılmaktadır.

Kanımızca hakem heyetinin yatırım tahkimine özel bir diğer vasıflandırma ihtiyacı yatırımcının hak ihlalinin yatırım sözleşmesine mi yoksa iki taraflı yatırım anlaşmasına mı dayandığının tespit edilmesi konusunda ortaya çıkacaktır. Yabancı yatırım ilişkilerinde, çoğun kez, ev sahibi devletin, hem kaynak devlet ile arasında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmasından hem ev sahibi devletin ilgili birimi veya organı ile yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmesinden kaynaklanan taahhüt ve borçları mevcuttur²⁴⁸. Dolayısıyla yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar, uyuşmazlığa sebep olan hak ihlalinin hangi kaynak altında düzenlendiği esas alınarak, “sözleşme temelli uyuşmazlık” ve “anlaşma temelli uyuşmazlık” olarak ikiye ayrılmaktadır²⁴⁹.

Bazı hallerde, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında iki (veya çok) taraflı bir yatırım anlaşması bulunmuyor veya böyle bir anlaşma bulunsa dahi yatırım sözleşmesinin ihlali yatırım anlaşmasında yer alan koruma standartlarını ihlal edecek

²⁴⁷ Yetki ve kabul edilebilirlik meselelerine çalışmamızın ikinci bölümünde ayrı bir başlık altında değinilecektir, bkz. a.ş. s. 142 vd.

²⁴⁸ Moses, s. 261.

²⁴⁹ Ünsal, H.: Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, Doktora Tezi, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul, 2016, s. 179.

bir seviyeye ulaşmamış olabilir. Böyle bir durumda, yabancı yatırımcı yalnızca yatırım sözleşmesinin ihlaline dayanabilecektir. Nitekim, bir devlet yatırım anlaşmasını ihlal etmeden yalnızca yatırım sözleşmesini ihlal edebileceği gibi tersi de mümkündür. Dolayısıyla, hakem heyeti, önüne getirilen uyuşmazlıkta her talebi hangi hukuki enstrümanın ihlalinin kaynaklanıyorsa, o enstrümanın tâbi olduğu hukuk çerçevesinde değerlendirmeli ve çözüme bağlamalıdır²⁵⁰ .

Anlaşmadan doğan talepler, kaynağını uluslararası hukuktan alan koruma veya kamulaştırma standartlarına dayanırken sözleşmeden doğan talepler daha çok ilgili yatırımın detaylarına ilişkin spesifik olarak hazırlanan sözleşme hükümlerine dayanır²⁵¹. Yalnızca yatırım sözleşmesinde yer alan bir hakkın ihlalinin kaynaklanan talepler bakımından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, yatırım sözleşmesine uygulanacak hukuktur²⁵². Yatırım sözleşmesine uygulanacak hukuk, kural olarak, “sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukuk” sıfatıyla, ev sahibi devletin hukukudur²⁵³. Öte yandan, yatırımcı, iddiasını iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan koruma veya kamulaştırma standartlarından birinin ihlaline dayandırıyorsa, iki taraflı yatırım anlaşmasının ilgili hükümleri ve yatırım anlaşmasına uygulanacak hukuk dikkate

²⁵⁰ Ünsal, s. 179.

²⁵¹ Moses, s. 244.

²⁵² Newcombe, A., Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, s. 77; Yatırım sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda detaylı çalışmamız için bkz., Tahmaz, A.: *Yabancı Yatırımcı ve Ev Sahibi Devlet Arasında İmzalanan Yatırım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, (Eds. Prof. Dr. Sibel Özel-Doç Dr. Hatice Selin Pürselim Arning), On İki Levha, Mart 2020, 1-32.

²⁵³ Sornarajah, s. 237; Ev sahibi devletin hukukunun, en sıkı ilişkili hukuk olduğu yönündeki varsayım, sözleşmenin yapıldığı ve ifa edileceği yerin ev sahibi devletin yetki alanı içerisinde olmasına dayanmaktadır . Yatırım sözleşmeleri bakımından irade muhtariyeti ilkesinin uygulanabileceğinin kabul edilmesi ile birlikte, uygulanacak hukuk bakımından geleneksel kuraldan uzaklaşmış, tarafların seçtiği hukuk önem kazanmıştır. Hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, hakem heyetleri, ev sahibi devletin hukukunu uluslararası hukuk kurallarını göz önünde bulundurarak uygulamalıdır, Erten (ICSID Tahkimi), s. 220. .

alınacaktır²⁵⁴. Yatırım anlaşmalarında yer alan uygulanacak hukuk maddeleri genellikle uyuşmazlığın anlaşmanın kendi hükümleri uyarınca çözüleceğini belirtip, daha sonra uyuşmazlığa uygulanacak diğer kaynakları (uluslararası hukuk, ev sahibi devlet hukuku vb.) sıralamaktadır²⁵⁵.

Hak ihlalinin dayandığı kaynağın tespit edilmesi hangi uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulacağını tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Nitekim yatırım sözleşmesinde ve iki veya çok taraflı yatırım anlaşmasında farklı uyuşmazlık çözüm yolları öngörülmüş olabilir²⁵⁶. Örneğin, iki veya çok taraflı yatırım anlaşmasında ev sahibi devlet *ICSID* tahkimine rıza göstermişken, yatırım sözleşmesinde sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ev sahibi devletin mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiş olabilir. Yatırımcı, *ICSID* tahkimine gitmeyi tercih ettiği için hak ihlalinin anlaşmanın ihlali olarak vasıflandırıyor, ev sahibi devlet ise uyuşmazlığın kendi yerel mahkemelerinde görülmesi için sözleşmeden kaynaklandığını iddia ediyor olabilir. Böyle bir durumda, hakem heyeti, ev sahibi devletin iddiasını kabul edip, sözleşmede düzenlenen bir hakkın ihlal edildiğine kanaat getirdiğinde sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları görmeye yetkili olmadığı için yetkisizlik kararı vermesi gerekir. Bu durumun tek istisnası iki taraflı yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletin, yatırımcıya “her türlü korumayı taahhüt ettiği”²⁵⁷ kayıtlar aracılığıyla anlaşmanın

²⁵⁴ Newcombe/Paradell, s. 77; Anlaşma temelli bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, tarafların esasa uygulanacak hukuk bakımından yaptıkları seçimden bağımsız olarak, uyuşmazlığın anlaşma altında korunan bir yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, davacının yatırımcı sıfatına sahip olup olmadığı veya tarafların tahkime rıza gösterip göstermediği soruları dahil olmak üzere yetkiye ilişkin meseleler, yetkiyi tesis eden hukuki enstrüman olarak söz konusu iki taraflı yatırım anlaşması ve uluslararası hukuka tâbidir. Öte yandan, yatırımın hukukiliği, yatırımcının vatandaşlığı veya mülkiyet hakkı gibi konularda, iki taraflı yatırım anlaşmalarının ev sahibi devletin hukukuna gönderme yaptığı görülmektedir.

²⁵⁵ Redfern and Hunter, para. 8. 62; Ünsal, s. 408.

²⁵⁶ Moses, s. 262.

²⁵⁷ “observance of undertakings clauses”, Dolzer/Schreuer, s. 166.

sağladığı korumanın sözleşmesel taleplere de teşmil edildiği hallerdir²⁵⁸. “Şemsiye hüküm” (*umbrella clauses*) adı verilen bu kayıtlar, yatırım sözleşmesinden doğan talepler dahil olmak üzere yatırıma ilişkin tüm talepleri, iki taraflı yatırım anlaşmasının koruması ve kapsamı altına alır²⁵⁹. Şemsiye hükümler bakımından en çok tartışılan konu, sözleşmede yer alan bir hakkı ihlal edilen yatırımcının, şemsiye hüküm içeren iki taraflı yatırım anlaşmasının sağladığı korumalardan (özellikle de tahkim yolundan) hangi şartlar altında yararlanabileceğidir²⁶⁰. Burada çalışmamızı ilgilendiren husus, yatırımcının şemsiye hükme başvurarak yatırım anlaşmasının sağladığı korumadan yararlanmayı talep ettiği hallerde, hakem heyetinin uygulanacak hukuk bakımından yapacağı değerlendirmedir. Bu konuda, hakem heyetlerinin birbirleriyle çelişen kararları mevcuttur²⁶¹. Şemsiye hükümlerin, sözleşmeden doğan talepleri anlaşma kaynaklı taleplere dönüştürdüğünü ve dolayısıyla doğrudan anlaşma hükümlerine tâbi kıldığını söyleyen hakem kararları olduğu gibi şemsiye hükümlerin yatırım sözleşmesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yolunu ve uygulanacak hukuku değiştiremeyeceğini söyleyen hakem kararları da vardır²⁶².

3. İç (*domestic*) tahkim – uluslararası (*international*) tahkim ayrımı

Türk hukukunda olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde iç tahkim ve uluslararası tahkim

²⁵⁸ Moses, s. 263.

²⁵⁹ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında İmzalanan Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma Madde2(2): “*Akit taraflardan herbiri, diğer tarafın vatandaş veya şirketlerince yapılan yatırımları dolayısıyla ortaya çıkacak tüm yükümlülüklerle riayet edecektir*”, İngilizce ifadesiyle: “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party*”, Moses, s. 263; Dolzer/Schreuer, s. 166; Redfern and Hunter, para. 8.134.

²⁶⁰ Dolzer/Schreuer, s. 167; Redfern and Hunter, para. 8. 136; Şit-Köşgeroğlu, B.: Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, İstanbul, 2012, s. 243; Erkan, M.: Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, 2013, s. 113.

²⁶¹ Dolzer/Schreuer, s. 169; Redfern and Hunter, para. 8. 139.

²⁶² Redfern and Hunter, para. 8. 139.

için farklı hukuk kuralları öngörülmüştür²⁶³. Milletlerarası Tahkim Kanunu²⁶⁴ (“MTK”) uluslararası tahkimi (yabancı unsur taşıyan tahkim olarak) düzenlerken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun²⁶⁵ (“HMK”) tahkime ilişkin hükümleri MTK’nın tanımladığı anlamda yabancı unsur içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır²⁶⁶. Benzer şekilde, İsviçre’de ve Fransa’da uluslararası tahkim ayrı kurallara tâbidir²⁶⁷. Dolayısıyla, anılan hukuk sistemlerinde tahkimin uluslararası karakterli olması ona uygulanacak kuralları değiştirmektedir. Tahkimin uluslararası olup olmadığı ise söz konusu hukuk sisteminde yapılan tanıma göre belirlenecektir. Örneğin, MTK’nın 2. maddesinde sayılan haller uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim uluslararası nitelik kazanır. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Her ne kadar tahkim söz konusu ülkelerde belirli kriterlere sahip olduğunda konu bakımından uluslararası olarak kabul edilse de kaynak bakımından ulusal(millî)dır²⁶⁸. Nitekim söz konusu ülkelerin uluslararası tahkimi düzenleyen kanunları o ülkelerin yerel mevzuatının bir parçasıdır.

Diğer bazı hukuk sistemlerinde uluslararası tahkime ilişkin özel hükümler bulunmamakta; söz konusu ülkenin tahkim kanunu herhangi bir yabancı (veya

²⁶³ Lew, Mistelis, Kröll, s. 57.

²⁶⁴ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Resmi Gazete, T. 5.07.2001, S. 24453.

²⁶⁵ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Resmi Gazete, T. 4.02.2011, S. 27836.

²⁶⁶ HMK m. 407; Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E.: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 2018, s. 722.

²⁶⁷ Bkz. İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, (Swiss Private Internatinal Law Act of 18 December 1987, “PILA”), İngilizce çevirisi için bkz. https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf, m. 176(1) ve Fransız Medeni Usûl Kanunu (French Code of Civil Procedure, “FCCP”), Tahkimi düzenleyen 4. Kitabın İngilizce çevirisi için bkz., https://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION_20140210.pdf, m. 1504.

²⁶⁸ Tiryakioğlu (Tahkim Türleri), s. 14-15; Ekşi, Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, MHB, 23, 2003, s. 337.

uluslararası) unsurun varlığına bakılmaksızın tüm tahkim yargılamalarına uygulanmaktadır²⁶⁹. Bu ülkelere örnek olarak İngiltere ve Almanya verilebilir²⁷⁰. Dolayısıyla bu hukuk sistemlerinde tahkimin uluslararası karakteri mevzuata bakılarak tespit edilemeyecektir.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, iç tahkim-uluslararası tahkim ayrımı, hakem kararının mensubiyeti dikkate alınarak yapılan (ve hakem kararının tenfizi ve iptali bakımından önem arz eden) sınıflandırmalar ile karıştırılmamalıdır. Tahkimin uluslararası nitelikte olması tahkimde verilen kararı otomatik olarak yabancı hakem kararı yapmayacağı gibi kararın hangi ülkeye mensup olduğu konusunda herhangi bir ipucu vermez. Başka bir deyişle, bir tahkim yargılamasının uluslararası olması ile söz konusu tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının yabancı olması birbirinden tamamen farklı durumlardır²⁷¹.

Peki bir tahkimi “uluslararası” yapan nedir? Bu sınıflandırma bakımından esas olarak üç kriter kullanılmaktadır.

a. Objektif kriter

Objektif kriter, tahkimin uluslararası olup olmadığını belirlerken uyuşmazlık konusunu dikkate almakta, taraflar arasındaki ticari ilişkinin uluslararası veya yerel

²⁶⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 57.

²⁷⁰ Bkz. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu (1996 *English Arbitration Act*), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>; Alman Medeni Usûl Kanunu, 10. Kitap (*Zivilprozessordnung*, “ZPO”), İngilizce çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3535.

²⁷¹ Tanrıbilir, F.B., Şit, B.: *Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu*, MHB, 2002, s. 823-824.

nitelikli boyutlarına odaklanmaktadır²⁷². Bu kritere göre, taraflar arasındaki sözleşmenin uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi, sınır aşan unsurlar (*cross-border element*) içermesi veya tahkimin *ICC*, *LCIA* veya *ICSID* gibi uluslararası bir tahkim kuruluşu altında gerçekleştirilmesi tahkimin uluslararası olarak sınıflandırılması için yeterlidir²⁷³. Fransız hukuku objektif kriteri benimsemiştir; Fransız Medeni Usûl Kanunu (*French Code of Civil Procedure*, “*FCCP*”) m. 1504 uyarınca tahkim uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendiriyorsa uluslararasıdır. Fransız hukuku uyarınca, eğer uyuşmazlık doğası gereği (örneğin, malların veya paranın hareketi sebebiyle) uluslararası ise, taraflar aynı ülkede ikamet ediyor ya da aynı ülkenin vatandaşı olsalar dahi uluslararası nitelik taşır²⁷⁴.

b. Sübjektif kriter

Sübjektif kriterde, tahkime uluslararası karakterini veren, tahkim anlaşmasının taraflarının farklı ülkelerin vatandaşı olması; tarafların ikametgâhı veya iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır²⁷⁵. Burada hareket noktası tarafların (gerçek veya tüzel kişilerin) farklı hukuk sistemlerinden gelmesidir²⁷⁶. İsviçre sübjektif kriteri benimsemiştir. İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (*Swiss Private International Law Act*, “*PILA*”) m. 176(1) uyarınca uluslararası tahkimi düzenleyen 12. bölümün hükümleri tahkim yerinin İsviçre olduğu ve “*tahkim anlaşmasının taraflarından en az birinin, tahkim anlaşmasının tamamlandığı tarihte ikametgâhı, mutat meskeni veya*

²⁷² Lew, Mistelis, Kröll, s. 58;

²⁷³ Lew, Mistelis, Kröll, s. 58.

²⁷⁴ Redfern and Hunter, para. 1.28.

²⁷⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 59; Redfern and Hunter, para. 1.29.

²⁷⁶ Lew, Mistelis, Kröll, s. 59.

merkezi İsviçre'de bulunmuyorsa" uygulanacaktır²⁷⁷.

c. Modern karma kriter: UNCITRAL Model Kanununun yaklaşımı

Üçüncü kriter objektif ve sübjektif kriterlerin aradığı unsurları birleştirmektedir²⁷⁸. Bu yaklaşım UNCITRAL Model Kanununda²⁷⁹ ("Model Kanun") ve Model Kanunu takip eden ülkelerde benimsenmiştir. Model Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "aşağıdaki durumlarda tahkim uluslararası nitelik taşır:

- (a) Bir tahkim anlaşmasının taraflarının bu anlaşmanın imzalanması sırasında farklı Devletlerde iş yerlerinin bulunması veya
- (b) Aşağıdaki yerlerden birinin tarafların iş yerlerinin bulunduğu Devletin dışında yer alması:

- (i) Tahkim anlaşmasında veya tahkim anlaşmasına uygun olarak belirlenmesi hâlinde tahkim yeri;

- (ii) Ticari ilişki yükümlülüklerinin önemli bir kısmının yerine getirileceği yer veya uyuşmazlık konusunun en yakından bağlantılı olduğu yer veya

- (c) Tarafların tahkim anlaşmasının konusunun birden fazla ülkeyle ilgili olduğunu açıkça kabul etmesi".

²⁷⁷ "The provisions of this Chapter shall apply to arbitrations with their seat in Switzerland if at least one of the parties to the arbitration agreement, at the time of its conclusion, did not have its domicile, habitual residence or seat in Switzerland". İngilizce çevirisi için bkz. https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf.

²⁷⁸ Lew, Mistelis, Kröll, s. 59.

²⁷⁹ UNCITRAL (United Nations Commission On International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

Model Kanun, tahkimin uluslararası kriterinin belirlenmesinde oldukça esnek bir sistem tercih etmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde yer alan hüküm herhangi bir yabancı unsur veya makul bir sebep olmaksızın tarafların uyuşmazlığı "uluslararasılaştırmasına" izin verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁸⁰.

Türkiye, Model Kanun'da öngörülen karma kriteri benimsemiş ancak m. 1(3) (c)'yi MTK'ya dahil etmemiştir. Öte yandan MTK, Model Kanun'da sayılanlara ek olarak iki ölçüt daha öngörmüştür: MTK'nın 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "*tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması*" halinde uyuşmazlık yabancı unsur taşımaktadır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise yabancı unsurun tespiti bakımından oldukça geniş bir ölçüt kullanılmış "*tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi*" durumunun tahkime uluslararası karakter kazandıracağı düzenlenmiştir²⁸¹. Dolayısıyla MTK, 2. maddesinde yabancılık unsuru başlığı altında "tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri ya da iş yerlerini" esas alarak subjektif kriteri, son bendinde tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkiye atıfta bulunarak objektif kriteri benimsemiştir²⁸².

İç tahkim - uluslararası tahkim ayrımının çalışmamız bakımından önemi, hakem

²⁸⁰ Lew, Mistelis, Kröll, s. 61.

²⁸¹ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 84; Akıncı, sınır aşan mal veya sermaye geçişi kriterinin milletlerarası tahkim bakımından öngörülebilecek en geniş ölçüt olduğu ve kanun koyucunun böylesine geniş bir ölçütü esas aldıktan sonra başka bir kriter öngörmesine gerek kalmadığı kanaatindedir, bkz. s. 86.

²⁸² Şit (Kurumsal Tahkim), s. 71.

heyetinin, yabancı unsur içermeyen uyuşmazlıklar bakımından öngörülen iç tahkimde kanunlar ihtilâfı sorunlarıyla ve dolayısıyla teknik anlamda vasıflandırma problemleriyle karşılaşmayacak oluşudur.

B. Hakem Kararlarının Mensubiyeti Sorunu

Bu başlık altında inceleyeceğimiz hakem kararlarının mensubiyeti konusu aslında bir hakem kararının tenfiz veya iptal davası süreçlerinde mahkemenin kendi hukukuna ait bir hakem kararı mı yoksa yabancı bir hakem kararı mı olduğunu tespit etmesiyle ilgilidir. Bu tespit mahkemenin yetkisini ve uygulayacağı kuralları doğrudan etkilemekte, hakem kararının tâbi olacağı tenfiz ve iptal davası rejimini değiştirmektedir.

Her ne kadar Türk doktrininde bu konuda yapılan tartışmalarda, yabancı doktrinde kullanılan “*nationality of award*”²⁸³ ifadesini karşılayacak şekilde “hakem kararının milliyeti” ifadesi kullanılsa da²⁸⁴ milliyet sosyolojik bir kavram olduğu için hakem kararlarının milliyeti olduğundan söz edilemez. Benzer şekilde yalnızca gerçek ve tüzel kişiler ile gemilerin ve hava gemilerinin uyrukluğu kabul edildiğinden²⁸⁵ bu

²⁸³ Sammartano, M.R.: International Arbitration Law and Practice, JURIS, 3rd edition, 2014, s. 113; Petrochilos, s. 51, 350.

²⁸⁴ Bkz., Kalpsüz, T.: *Hakem Kararlarının Milliyeti*, BATİDER, 1978, C. IX, S.3, s. 601-651; Kalpsüz, T.: *Türk Hakem Kararı Kavramı*, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 35-53; Durhan, İ.: *Hakem Kararlarının Milliyeti*, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987; Koral, R.: *Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik ve Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri*, Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch’e Armağan, Özel sayı, 1-4, İstanbul, 1977, s. 155-199; Koral, R.: *Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi*, Hıfzı Timur’a Aramağan, İstanbul, 1979, s. 419-473; Koral, R.: *Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı*, Yabancı Hake Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 18-30; Şanlı (Ticari Akitler), s. 430; Erdoğan, E.: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 44-61.

²⁸⁵ Nomer, E.: *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 45; Arat, T.: *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

kavram da hakem kararları için kullanılamaz. Nitekim New York Sözleşmesi'nde²⁸⁶ de “kararın milliyeti” (*nationality of award*) gibi bir ifade geçmemektedir. Sözleşmede yer alan yabancı hakem kararı tanımı yalnızca kararın tenfiz ülkesine ait olmadığının tespit edilmesini gerektirmektedir²⁸⁷. Bu sebeple, bu konuyu ele alırken kullanılabilecek en doğru ifadenin hakem kararının belirli bir ülkeye mensubiyeti ya da aidiyeti olduğu kanaatindeyiz.

Türkiye New York Sözleşmesi'ne taraf olmadan önce hakem kararlarına bir mensubiyet izafe edilmesi o dönemki tenfiz rejimi bakımından önem arz etmekteydi²⁸⁸. Sözleşmeye taraf olmadan önceki tenfiz rejiminde yabancı hakem kararları karşılıklılık esasına göre tenfiz edildiği için, somut olayda karşılıklılığın sağlanıp sağlanmadığını tespit edebilmek için kararın hangi devlete ait olduğunun belirlenmesi gerekiyordu²⁸⁹. Hakem kararlarının hangi ülkeye mensup olduğu konusunda ülkesellik ilkesi (toprak esası veya coğrafi kriter) ve usûl kanunu ilkesi (taraf iradesi) olmak üzere iki kriter esas alınmıştır²⁹⁰. Bu kriterlere, aşağıda tahkim yargılamasını idare eden hukuk başlığında detaylıca değinileceği için burada kısa bir açıklama yapmakla yetineceğiz. Usûl kanunu kriterine göre bir hakem kararı hangi

²⁸⁶ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi, 8.5.1991 tarihinde kabul edilmiş, 21.5.1991 tarihli ve 20877 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 3731 sayılı Kanun uyarınca onaylanması uygun bulunmuştur. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20Türkçe.pdf> New York Sözleşmesi'nin yürürlüğünü düzenleyen XII. Madde uyarınca Sözleşme onay ve katılma belgesinin Birleşmiş Milletlere tevdiini takip eden doksanuncu günde yürürlüğe girecektir. Türkiye bu prosedürü yerine getirmiş, Sözleşme Türkiye bakımından 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir, Şanlı, Ticari Akitler, s. 427.

²⁸⁷ Petrochilos, s. 350.

²⁸⁸ Şanlı (Ticari Akitler), s. 430.

²⁸⁹ Şanlı, C.: *Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, 17-18, 1997-1998, s. 396; Durhan, s. 9.

²⁹⁰ Sammartano, s. 101-112; Şit (Kurumsal Tahkim), s. 73, dn. 249.

devletin usûl kanuna göre verilmişse o devletin hakem kararıdır²⁹¹. Ülkesellik ilkesinde (toprak kriteri) ise hakem kararının verildiği yer önemlidir; hakem kararı hangi ülkede verilmişse o ülkenin hakem kararıdır²⁹².

Türkiye’de uzunca bir süre usûl (Yargıtay’ın deyimiyle “otorite”) kanunu kriteri benimsenmiş, Yargıtay kararlarında hakem kararının yabancı olup olmadığının tespitinde toprak esasının dikkate alınmayacağı açıkça belirtilmiştir²⁹³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 7.11.1951 tarihli kararı ile “*yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş hakem kararları*”nın yabancı hakem kararı olduğu sonucuna varılmıştır²⁹⁴. Söz konusu kararda benimsenen ilkeler, Yargıtay’ın bu kararını takip eden pek çok kararında muhafaza edilmiştir²⁹⁵. Öte yandan, New York Sözleşmesi’nin Türkiye’de yürürlüğe girmesinden bir çeyrek yüzyıl kadar önce Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.03.1976 tarihli kararında hakem kararının yabancılığının tespitinde toprak esastan hareket edilmiştir²⁹⁶.

Kanımızca, Türk doktrinde pek çok yazar tarafından değerlendirilen yukarıdaki kararlar Türkiye 1992 yılında New York Sözleşmesi’ne taraf olmadan önce verildiği için günümüzde Türkiye bakımından hangi kararların yabancı hakem kararı sayılacağı konusunda doğru bir referans olamaz. New York Sözleşmesi’nin Türkiye’de yürürlüğe girdiği ilk yıllarda Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1 Mart 1995 tarihinde,

²⁹¹ Örneğin Almanya’da Medeni Usûl Kanunu’nda 1998 yılında yapılan değişikliktan önce usûl kanunu kriteri kabul edilmekteydi, Petrochilos, s. 51; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 638.

²⁹² Sammartano, s. 101; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 638; Şit (Kurumsal Tahkim), s. 73, dn. 249.

²⁹³ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 638.

²⁹⁴ Şanlı (Ticari Akitler), s. 430; Akıncı, s. (Milletlerarası Tahkim), s. 638.

²⁹⁵ Birscl, M.T.: *Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, 2005, s.8.

²⁹⁶ Birscl, s.8; Şanlı (Ticari Akitler), s. 430; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 639. Kararın eleştirisi için bkz. Kalpsüz (Türk Hakem Kararı Kavramı), s. 31-53.

tarafarca usûle uygulanmak üzere Türk hukuku seçildiği iddiasından hareketle, tahkim yerinin İsviçre, Zürih olmasını dikkate almaksızın hakem kararının New York Sözleşmesi'nin 1. maddesi uyarınca yabancı hakem kararı olmadığı yönünde verdiği karar²⁹⁷ o dönemde Ehrat tarafından şu sözlerle eleştirilmiştir:

“New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı madde 1'de tanımlanmıştır. Buna göre tarafların vatandaşlığı, uyumsuzluğun esasına veya usûle uygulanacak hukuk veya benzer muhtemel kriterler New York Sözleşmesi'nin uygulama alanını belirlemek bakımından önem taşımamaktadır. Bu sebeple Ankara Ticaret Mahkemesinin, taraflar arasında Türk usûl hukukunun uygulanacağına dair anlaşma olduğu iddiasına dayanarak 17 Mart 1992 tarihli Nihai Kararın yabancı hakem kararı sayılmayacağına karar vermesi açıkça hatalıdır”²⁹⁸.

Nitekim aynı uyumsuzlukta, Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen kararın²⁹⁹ Davalı tarafından temyizi üzerine, Davalının diğer temyiz itirazlarıyla birlikte, Zürih'te verilen hakem kararının usûle Türk kanunlarının uygulanması kararlaştırıldığı için yabancı hakem kararı niteliğini taşımadığı iddiasını da inceleyen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi “New York Sözleşmesinin 1. maddesi uyarınca sözleşme tanınması ve

²⁹⁷ Ankara 4. ATM, T. 1.3.1995, K. 1995/140, E. 1994/662, kararın eleştirileri için bkz., Ehrat, F.: A Case Study: Turkey, The New York Convention of 1958, M. Blessing (ed.), ASA Special Series No. 9, August 1996, s. 235; Craig, W. L., Park, W. W., Paulsson, J.: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications, 3rd edition, 2000, s.99-100; Ekşi, N.: Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 1, Kış 2009, s. 63,68.

²⁹⁸ Ehrat, s. 235.

²⁹⁹ Ankara 7. ATM, T. 30.1.1997, K. 1997/19, E. 1995/432.

icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında uygulanacağından dava konusu hakem kararı da bu sözleşmenin kapsamında kalmaktadır” diyerek hakem kararının “yabancı hakem kararı” olduğuna ve söz konusu kararın tanınması ve tenfizi için New York Sözleşmesi’nde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁰⁰. Görüldüğü üzere Yargıtay tahkim usulüne Türk hukuku uygulansa dahi Zürih’te verilen hakem kararının yabancı hakem kararı olduğuna ve bu hakem kararının New York Sözleşmesi uyarınca tenfiz edileceğine hükmetmiştir³⁰¹.

New York Sözleşmesi’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen 20 yılı aşkın süre, kanımızca, Türk mahkemelerinin, eski tarihli kararlarda geçen “otorite kanunu” tartışmalarını geride bırakıp Sözleşmede yer alan yabancı hakem kararı tanımına adapte olmaları için yeterli olmuştur. Nitekim Yargıtay’ın güncel kararlarında, New York Sözleşmesi’nde kabul edilen ülkesel yaklaşımla paralel olarak, tahkim yeri kriteri esas alınmaktadır³⁰². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun

³⁰⁰ Yarg. 15. HD, T. 25.12.1997, E. 1997/4213, K. 1997/5603, karar için bkz.: www.lexpera.com.tr. (Son erişim tarihi: 2.10.2023). Ancak bu kararda Yargıtay tahkim anlaşmasında yer alan “yürürlükteki Türk kanunları” ifadesinin usûl kurallarını da kapsadığı, dolayısıyla Taraflarca usûle uygulanacak hukukun Türk usûl kanunları olarak belirlendiği halde, usûle ilişkin kurallar bakımından taraflarca bir düzenleme yapılmadığından bahisle; usûle uygulanacak kuralların Türk Usûl Kanunları dışında belirlenmesinin ve hakemlik prosedürüne aykırı olarak İsviçre Usûl Kanunu hükümlerinin uygulanmasının New York Sözleşmesinin V/1(d) maddesine aykırılık teşkil ettiğinden hareketle tanıma ve tenfiz istemini reddetmiştir. Kararın eleştirisi için bkz. Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 532, dn. 14. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin bozma kararı neticesinde yeniden yapılan yargılamada mahkemece önceki kararda direnilmiş, Hukuk Genel Kurulunca direnme kararı bozulmuştur, Yargıtay HGK, T. 5.5.1999, E. 1999/15-235, K. 1999/273, karar için bkz.: www.kazancı.com.tr. (Son erişim tarihi: 2.10.2023).

³⁰¹ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 532.

³⁰² Aygül, M.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul, 2014, s. 39; Yarg. 13. HD, T. 29.12.2009, E. 2009/4018, K. 2009/15528, , Karar için bkz.: www.lexpera.com.tr. (Son erişim tarihi: 2.10.2023).

8.2.2012 tarihli içtihadında Türkiye dışında verilen hakem kararlarının yabancı hakem kararı niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır³⁰³.

New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı 1. maddesinin ilk fıkrasında ortaya koyulmuştur: Sözleşme ya “*tanıma ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen*” ya da “*tanıma ve tenfizi istenen devlette yerli³⁰⁴ sayılmayan (not considered as domestic)*” hakem kararlarına uygulanır³⁰⁵. Görüldüğü üzere New York Sözleşmesi'nin kapsamına yabancı (*foreign*) hakem kararları ile yerli sayılmayan (*non-domestic*) hakem kararları girmekte olup; Sözleşme yerli (*domestic*) hakem kararlarına uygulanmaz³⁰⁶. Yerel mahkeme kararlarında ve doktrinde Sözleşmenin uygulama alanının yabancı ve yerli sayılmayan hakem kararıyla sınırlı olduğu kabul edilse de bu iki tür hakem karardan ne anlaşılması gerektiği konusu tartışmalara sebep olmuştur³⁰⁷. Kanımızca yabancı hakem kararının karşıtı için “tenfiz ülkesine mensup” hakem kararı ifadesinin kullanılması daha doğrudur. Ancak New York Sözleşmesi'nin 1.maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde geçen “yerli sayılmayan

³⁰³ “Her ne kadar bir hakem kararının, yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığı ayrımı konusunda, doktrinde genel olarak “otoritesi altında verilen kanun” ve “toprak esası” şeklinde tanımlanan değişik görüşler bulunmakta ise de [New York] Sözleşme[sin]de açıkça toprak esası benimsenmiş olduğundan, Türkiye dışında verilen kararların, “yabancı hakem kararı” niteliğinde olduğunun kabulü gerekir”, Yarg. HGK, T. 8.2.2012, E. 2011/13-568, K. 2012/47, karar için bkz: www.lexpera.com.tr. (Son erişim tarihi: 2.10.2023); Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 528, dn. 8; Aygül, s. 39.

³⁰⁴ Her ne kadar New York Sözleşmesinin Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe çevirisinde “milli sayılmayan hakem kararı” denilmişse de milli ifadesinin bu bağlamda doğru bir kullanım olmadığı kanaatindeyiz.

³⁰⁵ *This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.*

³⁰⁶ Born, s. 3189.

³⁰⁷ Bu tartışmalar için bkz. van den Berg, A. J.: *When Is An Award Nondomestic Under New York Convention of 1958?*, 6 Pace L. Rev. 25, 1985, s. 32-38.

hakem kararı” (*not considered as domestic awards*) ifadesi konunun yerli-yabancı hakem kararları ayrımı yapılarak incelenmesine sebebiyet vermektedir.

Aşağıdaki açıklamalarımıza geçmeden önce Türkiye bakımından bazı tespitlerin yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, uyuşmazlığın MTK’nın 2. maddesi uyarınca yabancı unsur taşıdığı ve tahkimin uluslararası nitelik kazandığı bir tahkim yargılamasında verilen hakem kararı her zaman için Türk (yerli, *domestic*) hakem kararıdır. Dolayısıyla bu durumda New York Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz. Hiç şüphesiz tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, uyuşmazlığın MTK’nın 2. maddesi uyarınca yabancı unsur taşımadığı ve dolayısıyla HMK’nın uygulama alanı bulduğu iç tahkimde verilen hakem kararı da yerlidir. O halde, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu uluslararası nitelikte bir tahkimde verilen hakem kararı da aşağıda açıklanacağı üzere New York Sözleşmesi’nde kabul edilen ülkesel kriter doğrultusunda her zaman için yabancı hakem kararıdır.

Burada dikkat çeken bir husus New York Sözleşmesi’nde “uluslararası” hakem kararları ifadesinin değil “yabancı” ve bazı Taraf Devletlerde “yerli sayılmayan” hakem kararları ifadelerinin kullanılmış olmasıdır. Halbuki 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında Cenevre Sözleşmesi³⁰⁸ nin yerini almak üzere yeni bir uluslararası tahkim sözleşmesi yapma projesi ilk olarak ICC tarafından başlatıldığında, bu projenin amacı tüm yerel hukuklardan tamamen bağımsız olan

³⁰⁸ Milletler Cemiyeti’nin önderliğinde 1927’de Cenevre’de imzalanan Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Sözleşmesi (*the Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards*).

uluslararası hakem kararlarının tanınmasına uygulanacak yeni bir uluslararası enstrüman hazırlanması olmuştur³⁰⁹. ICC tarafından bu amaçla hazırlanan taslak Sözleşmenin uygulama alanı ilk maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*İşbu Sözleşme, farklı Devletlerin yargı yetkisine tâbi kişiler arasındaki veya farklı Devletlerin topraklarında ortaya çıkan hukuki ilişkilerden doğan ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan hakem kararlarının tenfizine uygulanır*”³¹⁰. Bu maddeden çıkarılabilecek sonuçlardan biri Sözleşmenin hakem kararının verildiği yer dahil olmak üzere tüm Taraf Devletlerde uygulanabileceğidir³¹¹. Ancak, ICC’nin başlattığı bu proje Birleşmiş Milletler tarafından devralındığında uluslararası hakem kararları ifadesi, bu ifadenin devletler arasındaki tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarını çağrıştırdığı gerekçesiyle, yabancı hakem kararlarıyla değiştirilmiştir³¹². Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi (“ECOSOC”), ülkesel bir yaklaşım benimseyerek, yabancı hakem kararlarını “*tanıma ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararları*” olarak tanımlamıştır³¹³. New York Sözleşmesinde kabul edilen ülkesel kriter tarafsızdır; hakem kararının mahiyetine ilişkin herhangi bir şart koşmaz. Uyuşmazlık konusunun uluslararası olması, uygulanan hukukun yabancı olması veya tarafların vatandaşlığının

³⁰⁹ Petrochilos, G.: Procedural Law in International Arbitration, Oxford University Press, 2004, s. 343; Born, s. 3190.

³¹⁰ ICC, Report and Preliminary Draft Convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953, Madde 1, The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 9, 1, 1998, *The present Convention shall apply to the enforcement of arbitral awards arising out of commercial disputes between persons subject to the jurisdiction of different States or involving legal relationships arising, on the territories of different States.*

³¹¹ Born, s. 3190.

³¹² Bkz., ECOSOC, Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, UN Doc E/2704, Corr. 1, 1955, para 17; Petrochilos, s. 345.

³¹³ Born, s. 3190-3191.

ne olduğu önem arz etmez³¹⁴. Ülkesel kriter, Sözleşmenin kapsamının belirlenmesi açısından öngörülebilir ve kesin bir yol sağlamaktadır³¹⁵.

Petrochilos, ECOSOC’un raporunda, ICC’nin hazırladığı taslaktaki değişikliklerin, uluslararası hakem kararları düşüncesi reddedildiği için yapıldığını söyleyen ya da ima eden herhangi bir ifadenin yer almadığını belirtmiştir³¹⁶. ICC’nin hazırladığı taslakta yer alan ve Cenevre Sözleşmesinde de kullanılan “*farklı Devletlerin yargı yetkisine tâbi kişiler*” kriteri uygulamada farklı yorumlanmaya müsait olduğu gerekçesiyle terkedilmiştir³¹⁷. *Petrochilos*’a göre “*farklı Devletlerin topraklarında ortaya çıkan hukuki ilişkiler*” kriteri ise gelinen aşamadaki bakış açısı farklılıkları sebebiyle kabul edilmemiş olabilir³¹⁸.

1. Yabancı (*foreign*) hakem kararı kavramı

New York Sözleşmesinin 1. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi uyarınca “*tanıma ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararları*” yabancı hakem kararıdır. New York Sözleşmesi bakımından önemli olan hakem kararının tenfiz ülkesinde mi yoksa yabancı bir ülkede mi verildiğidir. Tenfiz ülkesinden başka bir ülkede verilen bir karar her zaman için yabancı hakem kararı olacaktır³¹⁹. Ülkemiz açısından Türkiye dışında verilen hakem kararları her zaman yabancı hakem kararıdır ve tenfizi (Türkiye’nin koyduğu karşılıklılık ve ticari iş çekinceleri sebebiyle³²⁰

³¹⁴ Lew, Mistelis, Kröll, s. 700.

³¹⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 700.

³¹⁶ *Petrochilos*, s. 345.

³¹⁷ ECOSOC, Report of the Committee, para 23.

³¹⁸ *Petrochilos*, s. 345.

³¹⁹ Born, s. 3191; van den Berg, A.J.: The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law International, 1981, s. 12.

³²⁰ Şanlı (Ticari Akitler) s. 427-429.

uygulama alanı bulmadığı haller hariç) New York Sözleşmesi'ne tâbidir³²¹. Doktrinde ve yargı kararlarında New York Sözleşmesinin 1. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi uyarınca, Sözleşmenin tenfiz ülkesi dışında verilen kararların tanıma ve tenfizine her zaman uygulanacağı konusunda görüş birliği vardır³²². Bir hakem kararının tenfiz ülkesi dışında verilmiş olması, Sözleşmenin uygulanması için hem gerekli hem yeterlidir³²³. Uyuşmazlık konusunun uluslararası nitelikte olup olmaması ya da tarafların vatandaşlığı kararın yabancılığını etkilemez; hakem kararının nerede verildiği tek belirleyici kriterdir³²⁴. Sözleşme hangi hakem kararlarının yabancı olduğu konusunda Taraf Devletleri bağlayan yeknesak bir kural getirmekte ve böylece yerel mevzuata dayanarak yapılabilecek alternatif yabancı hakem kararı tanımlarının önüne geçmektedir³²⁵. Dolayısıyla New York Sözleşmesi bakımından yabancı hakem kararının tespiti “yerli sayılmayan” hakem kararlarına kıyasen daha kolaydır.

New York Sözleşmesinde yer alan yabancı hakem kararı tanımının gündeme getirdiği en önemli yorum sorunu , “hakem kararının verildiği yer”in neresi olduğudur³²⁶. Bu sorunun kesin ve net cevabı, modern tahkim kanunları ve kurumsal tahkim kurallarında kabul edildiği üzere, tahkim anlaşmasında taraflarca seçilen veya böyle bir seçim yapılmamışsa hakem heyeti veya tahkim kurumu tarafından kararlaştırılan tahkim yeridir³²⁷. Hakem kararının verildiği yer, duruşmaların gerçekleştiği, hakemlerin ikamet ettiği, kararın imzalandığı yer gibi çeşitli fiziki lokasyonlardan

³²¹ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 528; Erdoğan, s. 57.

³²² Born, s. 3191; van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s. 39; Paulsson, J.: *The New York Convention in International Practice- Problems of Assimilation*, M. Blessing (ed.), The New York Convention of 1958, 1996, s. 105.

³²³ Petrochilos, s. 352.

³²⁴ Van den Berg (The New York Conventions), s. 15-19.

³²⁵ Born, s. 3192.

³²⁶ Born, s. 3192.

³²⁷ Born, s. 3192; Lew, Mistelis, Kröll, s. 700.

etkilenmez³²⁸. Bu durum, Uluslararası Ticari Tahkim Konseyi (*International Council for Commercial Arbitration, ICCA*) tarafından *New York Sözleşmesinin yorumlanması* için hazırlanan kılavuzda çok açık bir şekilde ortaya koyulmuştur:

*“Taraf Devletlerin çok büyük bir çoğunluğu kararın tahkim yerinde verildiğini kabul etmektedir. Tahkim yeri taraflarca veya alternatif olarak tahkim kurumu veya hakem heyeti tarafından seçilir. Tahkim yeri, fiziki ya da coğrafi değil hukuki bir konsepttir. Duruşmalar, müzakereler, kararın imzası veya tahkim sürecinin başka kısımları başka bir yerde gerçekleştirilebilir”*³²⁹.

Nitekim, Model Kanun’un 31. maddesinin 3. fıkrasında hakem kararının tahkim yerinde verilmiş sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Benzer şekilde İngiliz Tahkim Kanunu’nun 53. maddesi uyarınca tahkim yeri İngiltere ve Galler veya Kuzey İrlanda’da olduğunda kararın nerede imzalandığı, gönderildiği veya teslim edildiğinden bağımsız olarak, karar bu ülkelerde verilmiş sayılır³³⁰.

Kanımızca hakem kararının verildiği yerin tahkim yeri olduğunun kabul edilmesi sözleşmenin amacına en uygun yorumdur. Sözleşme ile Taraf Devletleri bağlayan yeknesak bir yabancı hakem kararı tanımı yapıldıktan sonra bu tanımda yer alan bir unsurun yerel mahkemelerin yorumuna ya da yerel mevzuata bağlı hale getirilmesi

³²⁸ Lew, Mistelis, Kröll, s. 700; van den Berg (When Is An Award Nondomestic), s. 21.

³²⁹ ICCA, Guide to Interpretation of the New York Convention, 2011, s. 21; Ayrıca bkz. Lew, Mistelis, Kröll, s. 700; Mann, F. A.: *Where is An Award Made?*, Arbitration International, 1, 1, 1985, s. 107.

³³⁰ *Unless otherwise agreed by the parties, where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland, any award in the proceedings shall be treated as made there, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties.*

sözleşmenin amacıyla bağdaşmaz. Hakem kararının verildiği yerin tahkim yeri olduğunun Taraf Devletlerce yeknesak olarak kabul edilmesi, örneğin bir Taraf Devletin, kendi topraklarında yer alan taşınır veya taşınmaz mallar hakkında verilen tüm kararların kendi ülkesinde verilmiş sayılacağı gibi bir sonuca ulaşmasını engelleyecektir³³¹. Hemen belirtmemiz gerekir ki, bu yorum *New York Sözleşmesi* m. V(1)(e) ve m. VI ile ulaşılmak istenen hakem kararlarına karşı gidilebilecek yolları tek bir forumda merkezileştirmek amacına da uygundur³³².

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, uyuşmazlığa, tahkim usûlüne veya tahkim anlaşmasına tenfiz ülkesinin hukukunun uygulanması, ya da uyuşmazlık konusunun tenfiz ülkesini ilgilendirmesi veya tarafların tenfiz ülkesi vatandaşı olması gibi sınırlandırıcı kriterler getirilerek, Sözleşmenin uygulama alanını daraltacak şekilde, tenfiz ülkesi dışında verilen bir hakem kararının yabancı hakem kararı olmadığı ve Sözleşmenin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılması açıkça *New York Sözleşmesine* ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırıdır³³³. Bu sebeple, Türkiye açısından, tahkim yeri Türkiye dışında bir ülke olan tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarının tanıma ve tenfizi için Türk mahkemelerine başvurulduğunda, Türk mahkemeleri, başka kriterleri araştırmadan, söz konusu hakem kararlarının yabancı hakem kararı olduğuna hükmederek tanıma ve tenfize *New York Sözleşmesinin* hükümlerini uygulamalıdır³³⁴.

³³¹ Born, s. 3199.

³³² Born, s. 3200.

³³³ Bu yönde bkz. Born, s. 3203; van den Berg (The New York Convention), s. 24-25

³³⁴ Ekşi (Milletlerarası Tahkim Kanunu), s. 336; Aksi yönde bkz., Özel (Kanunlar İhtilafı Meseleleri), s. 25. Özel, tahkim yeri Türkiye dışında olan bir tahkim yargılamasında taraflar MTK hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmışlarsa verilen hakem kararının yerli hakem kararı olduğu ve MTK hükümleri uyarınca icra edilebileceği görüşündedir. Özel'e göre “*bir hakem kararı iç hukuk düzenlemesine göre yerli niteliği taşıyorsa New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı ortadan kalkmaktadır*”. Kanımızca New York Sözleşmesi'nin amacı Taraf Devletleri bağlayan yeknesak bir

2. Yerli sayılmayan (*non-domestic*) hakem kararı kavramı

New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde “*sözleşme aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette yerli (domestic) sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanır*” denilmek suretiyle Sözleşmenin uygulama alanı genişletilmiştir³³⁵. Kimi yazarlara göre, hangi kararların *New York Sözleşmesi* uyarınca yerli sayılmayan hakem kararı olduğu sorunu Sözleşmenin ortaya koyduğu en karmaşık meselelerden biridir³³⁶.

Esasında, *ECOSOC*'un hazırladığı ilk taslakta Sözleşme'nin uygulama alanını düzenleyen madde Sözleşmenin bugün 1. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinden ibarettir³³⁷. Dolayısıyla, *ECOSOC*'a göre “yabancı hakem kararının” ne olduğu ülkesel kritere göre belirlenmeliydi. Ancak Almanya ve Fransa gibi bazı Kıta Avrupası ülkelerinin delegeleri, tek başına tahkim yerini esas alan bu ilk taslağı eleştirerek, o dönemde kendi hukuklarında kabul ettikleri usûl kanunu kriterini Sözleşmeye yansıtmayı başarmışlardır³³⁸.

yabancı hakem kararı tanımı getirmek, bu tanıma giren tüm kararların Sözleşme'de öngörülen kolaylaştırıcı tenfiz usûlünden yararlanmasını sağlamaktır. Sözleşmenin 1. maddesinin ilk fıkrasında kabul edilen tahkim yeri kriteri Taraf Devletlerin yerel mevzuata dayanarak yapabilecekleri alternatif tanımların önüne geçmektedir. Bir hakem kararı tenfiz ülkesi dışında verilmişse, m. 1(1) uyarınca, Taraf Devletin iç hukukunda öngörülen tanımlara bakılmaksızın yabancı hakem kararıdır ve *New York Sözleşmesi* uyarınca tenfiz edilmesi gerekir. Sözleşmenin 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Sözleşme hükümlerine kıyasen daha lehe hükümler içeren iç hukuk düzenlemelerinin uygulanabileceği noktası bakımından MTK'nın öngördüğü icra edilebilirlik belgesi alınmasının daha elverişli olabileceğine ilişkin değerlendirme için bkz. Bayata Canyaş (Model Kanun), s. 16 dn 49.

³³⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 701, Born, s. 3205.

³³⁶ van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s. 26.

³³⁷ van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s. 33.

³³⁸ *ECOSOC*, Summary Record of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Sixth Meeting, U.N. Doc. E/CONF.26/SR.6, Mr. Bulow (Federal Republic of Germany), 1958, Ayrıca bkz. Born, s. 3204; van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s. 33,34; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 528.

Almanya’da Medeni Usûl Kanunu’nda 1998 yılında yapılan değişikliktten önce kabul edilen usûl kanunu kriteri uyarınca tahkim yeri Almanya olan bir tahkim yargılamasında, taraflar başka bir ülkenin usûl kanununu seçtiklerinde bu doğrultuda verilen hakem kararı Almanya’da tenfiz işlemi bakımından yabancı sayılıyor; Alman mahkemeleri Almanya’da yabancı usûl hukuku uyarınca yürütülen bu tahkim yargılamalarına müdahale etmiyordu³³⁹. Yine Fransa’da 1981 yılından önceki mahkeme içtihatlarında, Fransız hukukunun, tahkim yargılamasına, sadece taraflar veya hakem heyeti tarafından Fransız tahkim kanununun seçilmesi halinde uygulanacağı ve Fransız mahkemelerinin yalnızca bu tahkim yargılamalarında verilen kararlar üzerinde yargı yetkisinin olduğu kabul edilmekteydi³⁴⁰.

Almanya, hangi kararların yabancı hakem kararı olduğuna her ülkenin kendisinin karar vermesi gerektiğini, hiçbir devletin, kendi kanunları uyarınca yerli bir hakem kararını yabancı hakem kararı gibi tenfiz etmeye zorlanamayacağını öne sürerek, Almanya dışında Alman usûl kanunu uyarınca verilen kararları Alman (yerli) hakem kararları olarak kabul etmeye devam etmeye çalışmıştır³⁴¹. Dolayısıyla, o dönemde Almanya’nın asıl isteği taslak sözleşmenin liberal tenfiz rejiminin Almanya dışında verilen “Alman kararlar”a uygulanmaması olmuştur³⁴². Fransa ise daha çok tahkim yerinin rastlantısal olması sebebiyle uygun bir kriter olmadığı, taraf iradesinin daha üstün olduğu üzerinde durmuştur³⁴³. Türk delegeleri ise bir devletin kendi sınırları

³³⁹ Petrochilos, s. 51.

³⁴⁰ Petrochilos, s. 53.

³⁴¹ Petrochilos, s. 346.

³⁴² Petrochilos, s. 346-347.

³⁴³ Petrochilos, s. 347.

içerisinde yabancı usûl kanunu uyarınca verilen hakem kararlarını tenfiz etmek zorunda olup olmadığı konusuyla ilgilenmişlerdir³⁴⁴.

New York Sözleşmesi'nin bugünkü hali her ne kadar o dönemde usûl kanunu kriterini benimseyen ülkeler lehine verilen bir taviz gibi görülse de ikinci cümle, yalnızca, ilk cümlede kabul edilen ülkesel kritere ek olarak getirilen ilave bir imkândır³⁴⁵. Birinci ve ikinci cümle birlikte okunduğunda çıkarılacak sonuç şudur: *New York Sözleşmesi* başka ülkede verilen hakem kararlarının tanıma ve tenfizine her zaman uygulanırken; buna ek olarak, tenfiz ülkesinde verilen bir hakem kararının tanıma ve tenfizine de hakem kararının yerli sayılmaması halinde uygulanabilir³⁴⁶. Bunun anlamı, Almanya'nın birinci cümle uyarınca Almanya dışında verilen ancak o dönemde (usûl kanunu kriteri sebebiyle) yerli kabul ettiği hakem kararlarına *New York Sözleşmesi*'ni uygulamak zorunda olmasıdır³⁴⁷. Başka bir deyişle tenfiz ülkesi dışında verilen tüm kararlara *New York Sözleşmesi* uygulanacaktır.

Burada önemli olan, ikinci cümlelerin ilk cümlede benimsenen tahkim yeri kriterinin uygulama alanını daraltacak şekilde yorumlanmamasıdır³⁴⁸. İkinci cümle Taraf

³⁴⁴ Petrochilos, s. 351; van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s.35.

³⁴⁵ Petrochilos, s. 347, Nitekim Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Avusturya, Belçika, İsveç ve İsviçre tarafından sunulan "*Eight-power amendment*" olarak anılan madde önerisinde Sözleşmenin tenfiz ülkesinde "*yerel olarak kabul edilenler dışındaki hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacağı*" düzenlenmiştir. Ancak, İngiltere ve ABD delegeleri, özellikle Anglosakson ülkelerinde hakem kararının yabancı olup olmadığının tahkim yerine göre belirlendiğini, "*Eight-power amendment*"ın kendi ülkelerinde bir takım zorluklara yol açabileceğini, ülkesel kriterin "*tamamen tatmin edici*" olduğunu savunmuşlardır, van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s. 34,35.

³⁴⁶ van den Berg (When is an Arbitral Award Nondomestic), s. 39.

³⁴⁷ Petrochilos, s. 347; Almanya, bu sebeple o dönemde kabul ettiği usûl kanunu kriteri uyarınca Alman (yerli) kararlara *New York Sözleşmesi*'nin uygulanmaması yönünde çekince koymak istemiş ancak bu talebi kabul edilmemiştir, bkz. UN Doc E/CONF. 26/L. 41 (1958) para. 3(b).

³⁴⁸ van den Berg (The New York Convention), s. 24; Akıncı, (Milletlerarası Tahkim), s. 529; Erdoğan, s. 51.

Devletlere, birinci cümle uyarınca yabancı hakem kararı olan ve Sözleşmenin kapsamına giren hakem kararlarını herhangi bir sebeple yerli sayarak Sözleşmeyi uygulamaktan kaçınma imkânı tanımaz³⁴⁹. Dolayısıyla, örneğin, yabancı ülkede Türk usûl kanunlarına tâbi olarak verilen bir hakem kararı, *New York Sözleşmesi* uyarınca yabancı hakem kararı sayılacak ve Sözleşmenin uygulama alanına girecektir³⁵⁰. Başka bir deyişle, bir hakem kararı Türkiye dışında verilmişse başka bir kritere bakılmaksızın *New York Sözleşmesi*'ne göre tenfiz edilecektir. İkinci cümleyle, yalnızca, tenfiz ülkesinde verildiği için birinci cümle uyarınca Sözleşmenin kapsamı dışında olan hakem kararlarına, tenfiz ülkesince bir sebepten yerli sayılmaması halinde Sözleşmenin kapsamına girme imkânı tanınmıştır. Almanya örneğinde, 1998 yılındaki değişiklikten önce tahkim yeri Almanya olan bir tahkim yargılamasında, başka bir ülkenin usûl kanunu uyarınca verilen hakem kararı Almanya'da tenfiz işlemi bakımından yabancı sayıldığı için *New York Sözleşmesi*'nin kapsamına girecektir. Akıncı'ya göre *New York Sözleşmesi*'nin esas itibarıyla tahkim yeri kriterini benimsediği ve ikinci cümlede Sözleşmenin kapsamını genişletmek amacıyla getirildiği, “sözleşme aynı zamanda uygulanır”³⁵¹ şeklinde kaleme alınmış olmasından da bellidir³⁵².

New York Sözleşmesi, yabancı hakem kararlarının aksine hangi hakem kararlarının yerli sayılmayacağı konusunda bir tanım yapmamıştır. Sözleşmede geçen “tenfiz ülkesinde yerli sayılmayan” ifadesi Taraf Devletlere hangi kararların yerli

³⁴⁹ van den Berg (The New York Convention), s. 25.

³⁵⁰ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 529.

³⁵¹ *New York Sözleşmesi*'nin İngilizce metninde ikinci cümle “*It shall also apply*” ifadesiyle başlamaktadır.

³⁵² Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 529, dn. 12.

sayılmayacağı konusunda sübjektif bir tanım ve değerlendirme yapma imkânı tanımaktadır³⁵³. Bu durum her ne kadar farklı uygulamalara yol açabilirse de, nihayetinde Sözleşmenin kapsamını genişleteceği için önemli bir sorun teşkil etmez. Asıl tehdit yerel mahkemelerin Sözleşmenin uygulama alanını kısıtlayacak şekilde kendi yabancı veya yerli hakem kararı tanımlarını yapmalarıdır³⁵⁴. Sözleşme, tenfiz ülkesi dışında verilen tüm kararlara ve aynı zamanda, o ülkenin kendi takdirine bağlı olarak, yerli olmayan hakem kararı olarak kabul ettiği diğer kararlara uygulanmalıdır³⁵⁵.

Günümüzde, ABD, kendi sınırlarında verilen bazı hakem kararlarının “yerli sayılmayacağı” konusunda düzenleme getiren istisnai bir örnek olarak verilebilir³⁵⁶. ABD’de Federal Tahkim Yasası (*United States Federal Arbitration Act, FAA*)³⁵⁷’da yer alan uygulama kanunu uyarınca, hukuki ilişki, ABD vatandaşları arasında olsa bile, yurtdışında bulunan mülkleri içeriyorsa, ifa veya icranın yurtdışında yapılmasını öngörüyorsa ya da bir veya daha fazla yabancı devletle başka makul bir bağlantısı varsa, hakem kararı yerli sayılmayan hakem kararıdır³⁵⁸. Dolayısıyla, Sözleşme, ABD’de hem yabancı bir ülkede verilen hakem kararlarına hem ABD’de verilse dahi

³⁵³ van den Berg (The New York Convention), s. 25; Moses, s. 227; Born, s. 3206.

³⁵⁴ Born, s. 3207.

³⁵⁵ Petrochilos, s. 352.

³⁵⁶ Moses, s. 227; Born, s. 3207.

³⁵⁷ United States Federal Arbitration Act enacted February 12, 1925, <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title9/chapter1&edition=prelim>

³⁵⁸ Bkz. FAA, 9 U.S.C. §202 “An arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention. An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states. For the purpose of this section a corporation is a citizen of the United States if it is incorporated or has its principal place of business in the United States”, <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title9-section202&num=0&edition=prelim>.

başka bir ülkenin hukuk sistemini bir şekilde ilgilendiren uluslararası bir yönü olduğu için yerli sayılmayan hakem kararlarına uygulanmaktadır³⁵⁹. Ayrıca, Çin mahkemeleri, Çin’de uluslararası tahkim kurumları tarafından idare edilen tahkim yargılamalarında verilen kararları yerli olmayan kararlar olarak değerlendirmektedir³⁶⁰. Bu yaklaşım söz konusu kararlara karşı Çin’de iptal davası açılmasını engellemektedir. Kanımızca Çin mahkemelerinin bu uygulaması kurumsal tahkimin doğası ve bugün pek çok uluslararası sözleşmede benimsenen tahkim yeri kriteri ile bağdaşmamaktadır.

3. Yabancı ve yerli sayılmayan hakem kararı sınıflandırmasının sonuçları

New York Sözleşmesi’nin 1. maddesinin ilk fıkrası, esasında, Taraf Devletlerin ne zaman bir tahkim yargılamasına kendi hukuklarını uygulayacağına ve mahkemelerine söz konusu tahkimi denetleme yetkisi vereceğine ilişkin sınırları çizmektedir³⁶¹. Bunun sebebi, mantıken, bir devletin mahkemelerinin bir hakem kararını hem *New York Sözleşmesi*’nin 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca yabancı hakem kararı olarak tenfiz etme hem onu yerel (kendi ülkesine mensup) bir karar gibi denetleme yetkisine sahip olamayacağıdır³⁶². Başka bir deyişle, mahkemelerin hakem kararını tenfiz etme yetkisi ile iptal etme yetkisi birbirini dışlar.

Bir hakem kararı *New York Sözleşmesi* uyarınca Taraf Devletlerden birinde yabancı sayıldığında, o ülkede tanıma ve tenfizi Sözleşme hükümlerine tâbi olacak, 5. maddede

³⁵⁹ Moses, s. 227; Born, s. 3207; Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys “R” Us, Inc. 126 F. 3d 15,19 (2nd Cir. 1997); Bergesen v. Joseph Muller Corp., 710 F. 2d 928, 931 (2nd Cir. 1983).

³⁶⁰ Örneğin, Şangay’da verilen bir ICC hakem kararı *New York Sözleşmesi*’nin 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca yerli sayılmayan hakem kararı olarak kabul edilmiştir, bkz. Born, s. 3207, dn 411.

³⁶¹ Petrochilos, s. 351.

³⁶² Petrochilos, s. 351.

sayılan istisnai hallerden biri söz konusu olmadıkça tanınması ve tenfizi engellenemeyecektir. Söz konusu kararın iptali ise tahkim yeri mahkemelerinden, tahkim yeri mevzuatında yer alan sebeplerin varlığı halinde talep edilebilecektir. Öte yandan, Taraf Devletlerden birinde yabancı sayılmayan (yani yerli sayılan) hakem kararı, Taraf Devletin mevzuatında yer alan iptal sebeplerinin varlığı halinde iptal edilebilecektir.

Yerli olmayan hakem kararları bakımından ise durum biraz daha karışıktır. Tenfiz ülkesinde verilen bir hakem kararı yerli sayılmadığında tanıma ve tenfizi tıpkı yabancı hakem kararı gibi New York Sözleşmesi'ne tâbi olacak, kararın tanıma ve tenfizi ancak m. V'de (m. V(1)(e)'de yer alan tahkim yerinde iptal edilmiş olma durumu hariç) sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde reddedilebilecektir. Bunun sebebi tanıma ve tenfiz bakımından yabancı hakem kararı ile yerli sayılmayan hakem kararlarına aynı hukuki sonucun tanınmasıdır³⁶³. Ancak tahkim yerinde “yerli sayılmayan” hakem kararları bakımından iptal davası sürecinin nasıl işleyeceği tartışmalıdır. Bazı ABD mahkemesi kararlarında, ABD'de verilen ancak FAA uyarınca yerli sayılmayan hakem kararlarının ABD mahkemelerinde ABD hukukunda yer alan sebeplerin varlığı halinde iptal edilebileceği kabul edilmiştir³⁶⁴. Diğer bazı ABD mahkemeleri ise yerli sayılmayan hakem kararlarının ancak New York Sözleşmesi m. V'de yer alan tanıma ve tenfizin reddi sebeplerine paralel sebeplerle iptal edilebileceğini, FAA'da yer alan daha geniş iptal sebeplerinin uygulanamayacağına karar vermiştir³⁶⁵. Bizce de uygun olan bu ikinci yaklaşımdır. Yukarıda açıklandığı

³⁶³ Born, s. 3209.

³⁶⁴ Born, s. 3209.

³⁶⁵ Born, s. 3210.

üzere, New York Sözleşmesi tanıma ve tenfiz bakımından yabancı hakem kararı ve yerli sayılmayan hakem kararlarına aynı hukuki sonucu tanımaktadır. Sözleşmenin bu yaklaşımı dikkate alındığında, tahkim yerinde “yerli sayılmayan” ve tanıma ve tenfizi New York Sözleşmesine tâbi tutulan hakem kararlarının, tahkim yerinde New York Sözleşmesinde yer alan tenfizin reddi sebeplerinden daha geniş sebeplerle iptal edilebilmesi sözleşmenin amacıyla bağdaşmayacaktır. Tahkim yerinde yerli sayılmayan hakem kararları tanıma ve tenfiz bakımından Sözleşmenin koruması altına alınmışken, tahkim yeri mevzuatında yer alan daha farklı sebeplerle iptal edilebilmelerinin tutarsız olacağı görüşüne katılıyoruz³⁶⁶. Nitekim, her ne kadar Taraf Devletler, kendi ülkelerinde verilen herhangi bir kararı “yerli sayılmayan hakem kararı” gibi bir kategoriye sokmak zorunda olmasa da, bunu yaptıklarında, söz konusu karara Sözleşme’de yer alan tüm korumaları sağlamaları gerekir³⁶⁷.

Ortaya konulması gereken bir diğer önemli sonuç, Taraf Devletlerin başka bir ülkede verilen yabancı hakem kararlarını herhangi bir sebeple yerli hakem kararı kabul ederek kendi yerel mahkemelerinde iptal davasına konu etmelerinin Sözleşmenin amacıyla bağdaşmadığıdır. Türkiye dahil olmak üzere Hindistan, Pakistan ve Endonezya’da verilen bazı eski tarihli kararlarda yerel mahkemeler yabancı ülkede verilen hakem kararlarının, kendi ülkelerine mensup hakem kararı olduğuna karar vermiş, bu kararları yerli hakem kararları gibi iptal davasına konu etmişlerdir³⁶⁸. Bu yönde verilen kararların New York Sözleşmesi’nin 1. maddesinin ilk fıkrasına aykırı olduğu görüşüne katılıyoruz³⁶⁹.

³⁶⁶ Born, s. 3214.

³⁶⁷ Born, s. 3214.

³⁶⁸ Born, s. 3202.

³⁶⁹ Born, s. 3214.

Bu aşamada, Türkiye bakımından yapılması gereken bir değerlendirme, tahkim yeri Türkiye dışında olan ancak New York Sözleşmesinin Türkiye'nin koyduğu karşılıklılık ve ticari iş çekinceleri sebebiyle³⁷⁰ uygulama alanı bulmadığı hakem kararlarının mensubiyetinin hangi kritere göre belirleneceği konusudur. New York Sözleşmesinin kapsamı dışında kalan yabancı hakem kararları Türkiye'de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³⁷¹ ("MÖHUK") m. 60-63 uyarınca tenfiz edilecektir³⁷². Ancak MÖHUK'da hakem kararının yabancılığının ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir hüküm yer almaz³⁷³. Türkiye dışında (ve New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülkede) verilen ve tahkim usûlüne yabancı hukuk uygulanan hallerde hakem kararı her iki kriter bakımından da yabancı sayılacağı için bir sorun çıkmaz. Öte yandan tahkim yeri Türkiye dışında (ve New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülkede) olan ancak Türk usûl kanunu uyarınca verilen hakem kararının yerli mi yoksa yabancı mı sayılacağı esas alınan kritere göre değişecektir. New York Sözleşmesinde olduğu gibi tahkim yeri kriteri esas alınırsa hakem kararı yabancı sayılacak ve MÖHUK m. 60-63 uyarınca tenfiz edilecek; Yargıtay'ın New York Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önceki kararlarında hâkim olan usûl (otorite) kanunu kriteri esas alınırsa hakem kararı Türk hakem kararı sayılacak, Türk mahkemelerinde iptal davasına konu edilebilecektir. Şanlı'ya göre, yalnızca New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkelerde verilen ve uygulanan usûl bakımından da Türk hakem kararı sayılmayan yabancı hakem kararları MÖHUK hükümlerine göre

³⁷⁰ Şanlı (Ticari Akitler), s. 427-429.

³⁷¹ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Resmi Gazete, T. 12.12.2007, S. 26728.

³⁷² Şanlı (Ticari Akitler), s. 522; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 638.

³⁷³ Akıncı, (Milletlerarası Tahkim), s. 638.-639.

tenfiz edilecektir³⁷⁴. Şanlı, aynı zamanda New York Sözleşmesinin 1. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Türkiye’de verilip de tahkim yargılamasında esas alınan usûle göre yabancı sayılan hakem kararlarının tenfizinin New York Sözleşmesi’ne tâbi olduğunu öne sürmektedir³⁷⁵. Nomer/Ekşi/Gelgel, Türk hukukuna göre yerli sayılmayan hakem kararlarının yabancı bir usul hukukunun otoritesi altında alınmış yabancı nitelikli hakem kararları olabileceği gibi hiçbir devletin usul hukukunun uygulanmadığı kurumsal tahkimde verilen hakem kararları da olabileceği görüşündedir³⁷⁶. Kanımızca ne MTK’da ne MÖHUK’da, tahkim yeri Türkiye olan ancak yabancı usûl kanununun uygulandığı tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarının yerli sayılmayacağını düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. Aksine, MTK’nın 8. maddesi uyarınca, taraflar tahkim usûlüne uygulanacak kuralları MTK’nın “emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla” kararlaştırabilir. Yukarıda açıkladığımız gibi New York Sözleşmesi Türkiye’de yürürlüğe girmeden önce Yargıtay’ın otorite kanunu kriterini kabul ettiği kararlar, bugün Türkiye’de hakem kararlarının yabancılığının tayini bakımından doğru bir referans teşkil etmez. Kaldı ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 8.2.2012 tarihli içtihadında açıkça toprak esası kabul edilmiştir³⁷⁷. MTK’nın uygulama alanı bakımından aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere tahkim yeri kriterinin kabul edildiği dikkate alındığında, Türk hukukunda hakem kararlarının mensubiyetinin tayininde tahkim yargılamasında uygulanan usûl kanununun herhangi bir etkisinin olduğunu söylemenin mümkün

³⁷⁴ Şanlı (Ticari Akitler), s. 522.

³⁷⁵ Şanlı (Ticari Akitler), s. 522; Şanlı’ya göre tahkim yeri Türkiye olan yabancı unsurlu tahkimler, MTK m. 8 uyarınca hangi usûle teb’an icra edilirse edilsin, MTK’nın emredici kurallarına uymak zorunda olduğundan bu çerçevede verilen kararlar Türk hakem kararlarıdır. Ancak, Şanlı, yabancı unsur içeren, tahkim yeri Türkiye olmasına rağmen tarafların iradesinden MTK’nın emredici kurallarına tâbi olmayacağı açıkça anlaşılan tahkimler sonucu verilen kararların yabancı sayılacağı ve New York Sözleşmesi’ne (veya MÖHUK’a) göre tenfize tâbi tutulacağı görüşündedir, bkz. Ticari Akitler, s. 431.

³⁷⁶ Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 109.

³⁷⁷ Bkz. yuk. dn. 303.

olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, Türkiye dışında ancak New York Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede verilen hakem kararları, tahkim yargılamasında hangi ülkenin usûl kanununun uygulandığından bağımsız olarak yabancı hakem kararı sayılmalı ve MÖHUK m.60-63 hükümleri uyarınca tenfiz edilmeli; Türk mahkemelerinde iptal davasına konu edilememelidir.



İKİNCİ BÖLÜM

Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmaya Konu Olacak Hususlar

Uluslararası tahkimde, vasıflandırma, tahkim yargılamasının farklı aşamalarında pek çok konu bakımından önemli rol oynar. Öncelikle, hakem heyeti, karşısına çıkan meseleleri usûl ve esas ayrımı bakımından vasıflandırmak ve tahkim yargılamasında usûle ve uyuşmazlığın esasına uygulayacağı kuralları belirlemek durumundadır. Bu temel ayrım dışında bir itirazın hakem heyetinin yetkisiyle mi yoksa talebin kabul edilebilirliğiyle mi ilgili olduğunun tespiti de bir vasıflandırmadır³⁷⁸. Yine tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin olarak şekil, ehliyet, asli geçerlilik ve tahkime elverişlilik yönünden yapılacak değerlendirmeler bakımından da vasıflandırma sorunları ile karşılaşılabilir³⁷⁹.

I. Temel Ayrım: Usûle ve Esasa İlişkin Olarak Vasıflandırma

Uluslararası özel hukukta 13. yüzyıla dayanan usûl ve esas ayrımı³⁸⁰ gerek yerel mahkemelerde³⁸¹ gerek doktrinde³⁸² çokça tartışılmıştır. Devlet yargısında hâkimin

³⁷⁸ Heiskanen (Qualification), s. 456.

³⁷⁹ Ayrıca, uygulanacak hukuklarda yer alan, tarafların aksini kararlaştırmayacağı emredici hükümlerin ve kamu düzenine ilişkin kuralların tespit edilmesi de, kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından olmasa da, yöntem olarak birer vasıflandırma faaliyetidir.

³⁸⁰ Garnett, s. 6.

³⁸¹ Usûl ve esas ayrımı bakımından “dönüm noktası” kabul edilen kararlar için bkz. *Huber v Steiner*, 1835, 2 N C 203, kararda Fransız zamanaşımı hükmü usûle ilişkin olarak vasıflandırılmış ve bu sebeple İngiliz Mahkemelerince uygulanmamıştır. Karara ilişkin eleştiriler için bkz. Beckett, s. 76; Robertson, s. 249-25; *Monterosso Shipping Company Ltd. v International Transport Workers' Federation*, 1982, 3 All E.R. (CA) 841, kararda İngiliz Temyiz Mahkemesi toplu sözleşmenin yazılı olması şartını maddi hukuka ilişkin bir kural olarak vasıflandırmıştır; *Stevens v Head*, 1993, 176 CLR 433, kararda Avustralya Yüksek Mahkemesi araba kazasında uğranılan bedensel zarar için ödenebilecek tazminat miktarını sınırlayan bir hükmü, üçe karşı dört oyla, usûle ilişkin olarak vasıflandırmıştır; *John Pfeiffer v Rogerson*, 2000, 203 CLR 503, kararda Avustralya Yüksek Mahkemesi *Stevens v Head*'deki kararından dönmüştür; *Harding v Wealands*, 2007, 2 AC 1 (HL), kararda Lordlar Kamarasının 5 üyeden oluşan Odası, oybirliği ile Temyiz Mahkemesinin kararını bozarak zararın miktarının belirlenmesi ve değerlendirilmesinin maddi hukuka değil usûle ilişkin olduğuna karar vermiştir.

³⁸² Dicey, Morris&Collins, 15th Ed, 2012, Chapter 7, s. 203; Cheshire, North&Fawcett, Chapter 6, s. 73.

usûl ve esas bakımından yapacağı vasıflandırma, vasıflandırılan meseleye *lex fori* veya *lex causaen*in uygulanması sonucunu doğuracaktır. Ancak usûl ve esas ayrımının uluslararası tahkimdeki görünümü aşağıda açıklanacağı üzere daha farklıdır.

Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin *lex forisi* olmadığı için, usûle ilişkin konularda *lex fori*yi uygulama zorunluluğundan söz edilemez³⁸³. Tahkim yargılaması belirli bir ülkede yürütülse de, tahkim yeri kavramı yerel mahkemelerdeki *forum* kavramını tam olarak karşılamaz³⁸⁴. Dolayısıyla, hakem heyetinin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin ederken yerel mahkemeler gibi “kendiliğinden” uygulayacağı kanunlar ihtilâfı kuralları yoktur³⁸⁵.

Uluslararası tahkimde, tarafların tahkim usûlüne uygulanacak hukuk bakımından da irade muhtariyetine sahip olduğu, tahkim usûlüne uygulanacak kuralları belirleyebilecekleri, hem kurumsal tahkim kurallarında hem yerel tahkim kanunlarında kabul edilmiştir³⁸⁶. Bu sebeple uluslararası tahkimde uygulama alanı bulan usûlî kurallar yerel mahkemelerdekinden oldukça farklıdır³⁸⁷. Uluslararası tahkimde taraflar esasa ve usûle uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir seçim yapmadıklarında, hakem heyetine bu konularda tanınan takdir yetkisi oldukça geniştir³⁸⁸. Uluslararası tahkimde usûl ve esas ayrımı değerlendirilirken tüm bu özellikler dikkate alınmalıdır.

³⁸³ Pauker, S. A.: *Substance and procedure in international arbitration*, Arbitration International, 36, 2020, s. 13.

³⁸⁴ Pauker (Substance and procedure), s. 13.

³⁸⁵ Born, s. 2824.

³⁸⁶ Born, s. 1730; Lew, Mistelis, Kröll, s. 522.

³⁸⁷ Pauker (Substance and procedure), s. 13.

³⁸⁸ Born. 2309, 2823.

A. Uluslararası Tahkimde Usûl ve Esas Ayrımının Pratik Önemi

Uluslararası tahkimde bir konunun usûle veya esasa ilişkin olduğunun vasıflandırılması hakem heyetine o konuda tanınan takdir yetkisinin derecesini etkilemektedir³⁸⁹. *UNCITRAL* Model Kanunu’nun 28. maddesi uyarınca, hakem heyeti uyuşmazlığa tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtiği hukuk kuralını (*rule of law*), böyle bir hukuk seçimi yoksa uygulanabilir gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralına göre belirlenen hukuku uygulayacaktır³⁹⁰. Görüldüğü üzere, Model Kanunda hakemlere esasa uygulanacak hukuk bakımından tanınan takdir yetkisi tarafların irade muhtariyetinden farklı olarak iki sınırlamaya tâbidir: Hakem heyeti uyuşmazlığın esasına mutlaka bir ülkenin “hukukunu” (*law*) uygulamalı ve bu hukuku uygun bulduğu bir kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca tayin etmelidir.

Taraflar kendilerine esasa uygulanacak hukuk bakımından tanınan irade muhtariyetini sıklıkla kullanmakta, aralarındaki uyuşmazlığa bir devletin pozitif hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaktadır³⁹¹. Ülkelerin maddi hukuk kuralları tahkim yargılamasının uluslararası niteliği ve bu konudaki ihtiyaçlar dikkate alınarak düzenlenmediği için hakem heyetinin söz konusu mevzuatı uygularken sahip olduğu takdir yetkisi sınırlıdır. Uluslararası tahkim usûlünde uygulama alanı bulan kurallar ise tahkim anlaşmasında öngörülen kurallar, taraflarca seçildiği takdirde kurumsal

³⁸⁹ Mavromati, C.: *The Laws Applicable to the Taking and Evaluation of Evidence in International Arbitration*, eds. Ferrari, F, Kröll, S., NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, s. 196; Aygöl, s. 132.

³⁹⁰ Bazı ülkelerin uluslararası tahkim mevzuatında hakemlerin herhangi bir kanunlar ihtilâfı analizine başvurmadan doğrudan uygun buldukları hukuku (veya hukuk kuralını) uygulayabilecekleri düzenlenmiştir. Örneğin, *FCCP*, m. 1511, “*The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the rules of law chosen by the parties or, where no such choice has been made, in accordance with the rules of law it considers appropriate*”; Born, s. 2542, 2853-2854.

³⁹¹ Born, s. 2959.

tahkim kuralları, tahkim yerinin uluslararası tahkim kurallarıdır³⁹². Bu kurallar uluslararası tahkim yargılamasının (ve tarafların) ihtiyaçları doğrultusunda oluşturulmuştur. Uygulamada, taraflar genellikle tahkim usûlü bakımından irade muhtariyetini kullanmadıkları için usûle uygulanacak hukuk kurallarını hakem heyeti belirler³⁹³. *UNCITRAL* Model Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, taraflar tahkim usûlü üzerine anlaşmamışsa, hakem heyeti tahkim usûlünü uygun gördüğü şekilde yürütebilir. Pek çok ülkenin tahkim mevzuatı hakem heyetine usûl kurallarını belirlemede, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde oldukça geniş takdir yetkisi tanır³⁹⁴. Bu sebeple, doktrinde hakem heyetine usûle uygulanacak kurallar bakımından tanınan takdir yetkisinin daha geniş olduğu öne sürülmektedir³⁹⁵.

Kanımızca usûl ve esas ayrımının en önemli sonuçlarından bir diğeri hakem kararının verilmesinden sonraki işlemler bakımından ortaya çıkmaktadır. Hakem kararının usûle veya esasa ilişkin olması, iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde kararın karşılaşıcağı incelemenin derecesini etkilemektedir. Hakem heyetinin esasa uygulanacak hukuka (ve bu hukuka ulaşmak için uyguladığı kanunlar ihtilâfı kurallarına) ilişkin seçimleri iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde oldukça sınırlı bir incelemeye tâbi olacaktır³⁹⁶. Öte yandan pek çok devletin tahkim kanununda yer alan iptal sebepleri büyük ölçüde hakem heyetinin usûle ilişkin kararlarına

³⁹² Lew, Mistelis, Kröll, s. 523-324.

³⁹³ Lew, Mistelis, Kröll, s. 525; Born, s. 1723, 2309.

³⁹⁴ Born, s. 2310; Aygöl, s. 113.

³⁹⁵ Smit, H.: *Substance and Procedure in International Arbitration: the Development of a New Legal Order*, Tulane Law Review, 65, 1991, s. 1311; Mavromati, s. 196; Aygöl delillere ilişkin bir konunun maddi hukuk olarak vasıflandırılmasının hakem heyetinin takdir yetkisinin sınırlandıracağı görüşündedir, s. 132.

³⁹⁶ Born, s. 2824.

yöneliktir³⁹⁷. Benzer şekilde, New York Sözleşmesinde yer alan tanıma ve tenfiz in reddi sebepleri de büyük ölçüde usûle ilişkindir³⁹⁸. Dolayısıyla hakem heyeti bir meseleyi usûle ilişkin olarak vasıflandırdığında, bu konuda vereceği karar iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde daha detaylı bir incelemeye tâbi tutulacaktır³⁹⁹.

B. Uluslararası Tahkimde Usûl ve Esas Ayrımının Uygulanacak Hukukun Tayinindeki Etkisi

Uluslararası tahkimde usûle ve esasa uygulanacak hukukların birbirinden farklı olması sıklıkla rastlanılan bir durumdur⁴⁰⁰. Tahkim yargılamasında ortaya çıkan farklı usûlî ve maddi konulara farklı hukukların uygulanması özel bir *depeçage*⁴⁰¹ örneği olarak kabul görmektedir⁴⁰².

Uluslararası tahkimde bir konu esasa ilişkin olarak vasıflandırıldığında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka, *lex causaeya*, tâbi olacaktır. Bu hukuk taraflarca seçilen bir hukuk olabileceği gibi hakem heyeti tarafından da belirlenebilir. Taraflar kendilerine tanınan irade muhtariyetini kullanmadıklarında hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin etmek için mahkemelerden farklı

³⁹⁷ Born, s.2827, 2994, 3448; Tiryakioğlu, B., Bayata Canyaş, A.: *Challenges to Arbitral Awards, Arbitration in Turkey*, eds. Esin, İ.Yeşilırmak, A., Wolters Kluwer, 2015, s. 210; Aygün, M.: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu*, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 8, 2007, s. 667.

³⁹⁸ Born, s. 3760.

³⁹⁹ Pauker (Substance and procedure), s. 5. Yatırım uyuşmazlıkları bakımından *ICSID* tahkiminde de usûlî konularda hakem heyetine oldukça geniş takdir yetkisi tanınmış (*ICSID* Sözleşmesi, Madde 34), hakem heyetinin “temel usûl kurallarından ciddi bir şekilde sapması” (*ICSID* Sözleşmesi, Madde 52(1)(d)) iptal sebebi olarak sayılmıştır.

⁴⁰⁰ Born, s. 2822.

⁴⁰¹ *Depeçage* tarafların bir sözleşmenin veya hukuki ilişkinin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanacağını kararlaştırmalarıdır. Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü (Roma I Tüzüğü) Madde 3 uyarınca taraflar seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamına veya sadece bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilir, Cheshire, North&Fawcett, s.55-56; Dicey, Morris&Collins, 15th edition, 2012, s.32.

⁴⁰² Born, s. 2823.

olarak izleyebileceği yollar vardır. Bu yollara aşağıda detaylı olarak değinileceği için burada konunun bütünlüğü bakımından genel bir açıklama yapmakla yetineceğiz.

Hakem heyetine, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçimi bakımından tanınan takdir yetkisi söz konusu hukukun uygulanması ve yorumu sırasında sahip olduğu takdir yetkisine kıyasla daha geniştir⁴⁰³. Hakem heyeti, esasa uygulanacak hukuku tayin ederken kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmayla karar verirse iki aşamalı bir değerlendirme yapmak durumunda kalacaktır. Hakem heyetinin *lex forisi* ve dolayısıyla kendiliğinden uygulayacağı kanunlar ihtilâfı kuralları olmadığı için öncelikle, uygulanması muhtemel olan çeşitli kanunlar ihtilâfı hukuku sistemleri içerisinde birini seçmelidir⁴⁰⁴. Daha sonra seçtiği kanunlar ihtilâfı hukukunda yer alan kurallar içerisinde taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin hükmü bulup uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin edecektir⁴⁰⁵. Hakem heyeti, bazı hallerde herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına başvurmadan uygun gördüğü hukuku uyuşmazlığın esasına uygulayabilir⁴⁰⁶.

Hakem heyetinin önündeki meseleyi usûlî bir konu olarak vasıflandırması halinde ise tahkim usûlüne uygulanacak hukuk uygulama alanı bulacaktır. Uluslararası tahkimde irade muhtariyeti usûle ilişkin konular bakımından da kabul edildiği için, devlet yargısının aksine, tahkim usûlüne taraflarca seçilen bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir⁴⁰⁷. Aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere, her ne kadar geçmişte tahkim

⁴⁰³ Born, s. 2823.

⁴⁰⁴ Born, s. 2824.

⁴⁰⁵ Born, s. 2824.

⁴⁰⁶ Born, s. 2542, 2853-2854.

⁴⁰⁷ Born, s. 1730.

usûlüne tahkim yeri hukukunun uygulanması mutlak bir şekilde kabul edilmişse de bugün bu anlayış terk edilmiş ve tahkim usûlü tahkim yeri hukukundan bağımsızlaşmıştır⁴⁰⁸. Bu sebeple, tarafların tahkim usûlüne tahkim yerinden farklı bir devletin hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür⁴⁰⁹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, böyle bir seçim yapıldığında, yabancı hukuk, yalnızca tahkim usûlüne uygulanacak, tahkimi bir bütün olarak idare eden hukuk (*lex arbitri*)⁴¹⁰ yerine geçmeyecektir. Başka bir deyişle taraflarca tahkim usûlüne uygulanmak üzere seçilen yabancı hukuk tahkim yeri hukukunun emredici kuralları çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır⁴¹¹. Tahkim usûlüne uygulanmak üzere yabancı bir hukuk seçildiğinde bu seçim tahkim yargılamasında belirli konular bakımından (hakem kararının iptali veya hakem heyetinin seçilmesi gibi) hangi ülke mahkemelerinin yetkili olacağına dair birtakım problemlere sebep olabilir⁴¹².

1. Uluslararası Tahkimde Usûle Uygulanacak Hukuk

Uluslararası tahkimde usûle uygulanacak hukuk ile neyin kastedildiği ve diğer benzer kavramlardan farklarının ortaya koyulması önemlidir. Tahkim usûlüne uygulanacak hukuk (*law governing arbitration procedure, procedural law of arbitration*), tahkim yargılamasını idare eden hukuk (*law governing arbitration proceedings*), tahkimin hukuku (*law of arbitration*), usûle uygulanan kurallar (*procedural rules*), tahkim yeri hukuku (*law of the place of arbitration, lex loci arbitri*) gibi terimler birbirleri yerine geçecek şekilde kullanılsa da aslında farklı anlamlar taşımaktadır.

⁴⁰⁸ Gaillard, E., Savage, J., eds.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, s. 635.

⁴⁰⁹ Born, s. 1723.

⁴¹⁰ Park (Lex Loci Arbitri), s. 23.

⁴¹¹ Born, s. 1727.

⁴¹² Born, s. 1727.

Yabancı doktrinde, “tahkimin usûl hukuku” veya “tahkimde usûle uygulanacak hukuk” olarak çevirebileceğimiz “*procedural law of arbitration*” ifadesi iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır⁴¹³. Bunlardan ilki hakem heyeti tarafından tahkim usûlüne uygulanacak usûl kuralları (dar anlam), ikincisi ise tahkim yargılamasına bir bütün olarak uygulanacak hukuktur (geniş anlam)⁴¹⁴. İkinci kavram için, “tahkimin hukuku” (*law of the arbitration*) ifadesi de kullanılmaktadır⁴¹⁵. Bu hukuk tahkim anlaşmasına, hakem kararına, taraflar ve hakem heyeti arasındaki ilişkiye, hakem heyetinin uygulayacağı usûl kurallarına uygulanan hukuku ifade eder⁴¹⁶. Kanımızca, tahkimde hakem heyetinin uyuşmazlığın esası konusunda karar verirken uygulayacağı maddi hukuk kurallarının dışında kalan kurallar bütünü için “tahkim yargılamasını idare eden hukuk” (*law governing arbitration proceedings*) veya “tahkimin tâbi olduğu hukuk” terimlerinin kullanılması daha doğrudur⁴¹⁷. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında “tahkim usûlüne uygulanacak hukuk” ifadesi hakem heyetinin uygulayacağı usûl kurallarını karşılayacak şekilde dar anlamda kullanılacaktır.

⁴¹³ Craig/Park/ Paulsson, s.106; Born, s. 1724; Dicey, Morris&Collins, 15th Ed, 2012, s. 840.

⁴¹⁴ Craig/Park/ Paulsson, s. 106; Born, s. 1724.

⁴¹⁵ Craig/Park/ Paulsson, s. 106; Born, s. 1724.

⁴¹⁶ Craig/Park/ Paulsson, s. 106.

⁴¹⁷ Paulsson, tahkimde uygulanan hukuku (*the law applicable “in” arbitration*) (yani, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku) tahkime uygulanan hukuktan (*the law applicable “to” arbitration*) ayırır ve ikinci kavramın usûle ilişkin konuların ötesine geçtiğini belirtir, Paulsson, J.: *Arbitration in Three Dimensions*, International and Comparative Law Quarterly, 60, 2, 2011, s. 291; Paulsson, J.: *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, s. 29; Yeşilova, B.: “*Lex (Loc) Arbitri*” ve “*Tahkim Yeri*” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m. 1/II), UTDER, 2013, C. 2., S.1, s. 111.

Tahkim yargılamasını idare eden hukuk Latince hakemin hukuku (*law of arbitrator*) anlamına gelen “*lex arbitri*” kavramıyla adlandırılmaktadır⁴¹⁸. *Lex arbitri*, tahkimin başlaması, hakem heyetinin teşekkülü ve atanması, dilekçelerin sunulması, ihtiyati tedbir kararı verilmesi, deliller, duruşmalar veya hakem kararı için aranan şekil şartları gibi tahkime ilişkin dahili (*internal*) usûlî meseleler kadar, yerel mahkemelerin, örneğin hakemlerin atanması, ihtiyati tedbir kararı verilmesi veya delillerin toplanması amacıyla tahkim sürecine vereceği destek, hakem kararlarının iptali veya tahkime elverişlilik gibi harici (*external*) konuları da düzenler⁴¹⁹. Dolayısıyla *lex arbitri* yalnızca saf usûlî meseleleri düzenlemenin ötesine geçmektedir⁴²⁰. *Lex arbitri*, tahkim usûlü dahil olmak üzere, tahkim yargılamasını bir bütün olarak idare eden hukuktur. Tahkim yargılamasını idare eden hukuk geniş küme, tahkim usûlü ise onun alt kümesi olarak düşünülebilir.

a. Tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) tayini

Tahkim yargılamasını idare eden hukukun nasıl tayin edileceği konusunda iki temel bağlama noktası öne sürülmüştür: Tahkim yeri ve taraf iradesi⁴²¹. Bu iki bağlama noktasının ortak özelliği tahkim yargılamasının mutlaka bir ülkenin hukukuna tâbi olması gerektiğini kabul etmeleridir. Öte yandan, “delokalizasyon teorisi” olarak

⁴¹⁸ Park (Lex Loci Arbitri), s. 23; Kaufmann-Kohler, G.: *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure-The Role of the Law of the Place of Arbitration*, van den Berg, A. J. (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, 1998 Paris, 9, The Hague 1999, s. 337.

⁴¹⁹ Dicey, Morris&Collins, 15th Edition, 2012, s. 840; Henderson, A.: *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration - Unravelling the Laws of the Arbitration Process*, Singapore Academy of Law Journal, 26, Special Issue, 2014, s. 888; Yeşilova (Lex (Loci) Arbitri), s. 111.

⁴²⁰ Redfern and Hunter, para 3.62; Poudret/Besson, s. 84.

⁴²¹ Kaufmann-Kohler, Identifying, s. 337.

anılan üçüncü bir yaklaşıma göre tahkim yargılaması bütün pozitif hukuklardan bağımsızdır.

aa. Tahkim yeri bağlama noktası (ülkesellik ilkesi)

Tahkim yeri bağlama noktası ülkesellik ilkesine dayanır⁴²². Ülkesellik ilkesine göre, tahkimin topraklarında görüldüğü ülkenin hukuk siteminden- yani tahkim yeri hukukundan- başka bir yasal dayanağı olamaz⁴²³. Başka bir deyişle *lex arbitri*, *lex loci arbitri* (tahkim yeri hukuku) dir⁴²⁴. Ancak burada kullanılan tahkim yeri kavramı coğrafi değil hukuki bir kavramdır⁴²⁵. Hakem heyeti duruşmalar veya toplantılar için tahkim yerinden daha uygun bir konumu tercih edebilir⁴²⁶. Bu kural neredeyse tüm modern tahkim kanunları ve kurumsal tahkim kurallarında da benimsenmiştir⁴²⁷. İsviçre Yüksek Mahkemesi bir kararında tarafların tahkim yeri olarak İsviçre’yi seçerek, hakem heyetinin toplantıları için münhasır bir lokasyon belirlemeyi değil uyumsuzluklarını İsviçre tahkim hukukuna tâbi kılmayı amaçladıklarını ifade etmiştir⁴²⁸.

Ülkesellik ilkesinin öncülerinden *Francis Mann* 1967’de yayımladığı “*Lex Facit Arbitrum*” başlıklı makalesinde tahkimin mutlaka bir ulusal hukuka tâbi olması ve bu

⁴²² Petrochilos, s. 22;

⁴²³ Paulsson (Arbitration in Three Dimensions), s. 294; Petrochilos, s. 22; Yeşilova (Lex (Loci) Arbitri), s. 125.

⁴²⁴ Park (Lex Loci Arbitri), s. 23; Petrochilos, s. 22.

⁴²⁵ Dicey, Morris&Collins, 15th Ed, 2012, s. 843; Redfern and Hunter, para. 3.56; Poudret/Besson, s. 101; Born, s. 1537; Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 343; Yeşilova (Lex (Loci) Arbitri), s. 126.

⁴²⁶ Dicey, Morris&Collins, 15th Ed, 2012, s. 845; Redfern and Hunter, para. 3.56; Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 343; Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1318; Henderson, s. 892; Lew, Mistelis, Kröll, s. 172-173.

⁴²⁷ Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1318; Örneğin Model Kanun Madde 20(2) uyarınca hakem heyeti, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakemler arasında istişare, tanık, bilirkişi veya tarafların dinlenmesi veya malların, diğer mülkiyetin veya belgelerin incelenmesi için uygun gördüğü herhangi bir yerde toplanabilir.

⁴²⁸ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 345.

ulusal hukukun da tahkim yeri hukuku olması gerektiğini pek çok kez atıf yapılan şu sözleriyle ifade etmiştir⁴²⁹:

“Herkesin bildiği yanılıcı ismine rağmen, her uluslararası özel hukuk sistemi bir ulusal hukuk sistemi olduğu gibi, her tahkim de ulusal bir tahkimdir, yani belirli bir ulusal hukuk sistemine tâbidir.

[....]

Lex arbitri, tahkim yeri dışında herhangi bir ülkenin hukuku olamaz”⁴³⁰.

New York Sözleşmesi’nde, “tahkimin yapıldığı ülkenin hukukuna” (*the law of the country where the arbitration took place*)⁴³¹ ve eşanlamlı olarak “kararın verildiği ülkenin hukukuna” (*the law of the country where the award is made*)⁴³² yapılan atıflar, Sözleşmenin tahkim yargılamasını idare eden hukuk (*lex arbitri*) ile tahkim yeri arasındaki ülkesel bağlantıyı benimsediğini göstermektedir⁴³³.

Model Kanun da ülkesellik ilkesini benimseyerek tahkim yargılamasını idare eden hukukun tayininde bağlama noktası olarak tahkim yerini kullanmaktadır⁴³⁴. Madde 1(2) uyarınca “*Bu Kanun’un 8, 9, 35 ve 36. maddeleri dışında kalan hükümleri, yalnızca tahkim yeri bu Devletin topraklarında ise uygulanır*”⁴³⁵. Model Kanun’un (ve

⁴²⁹ Paulsson (Arbitration in Three Dimensions), s. 294’den naklen.

⁴³⁰ *Just as, notwithstanding its notoriously misleading name, every system of private international law is a system of national law, every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law.*

[...]

The lex arbitri cannot be the law of any country other than that of the arbitration tribunal's seat..

⁴³¹ New York Sözleşmesi, Madde V(1)(d).

⁴³² New York Sözleşmesi, Madde V(1)(a) ve (e).

⁴³³ Redfern and Hunter, para. 3.54.

⁴³⁴ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 338.

⁴³⁵ Madde 8 ve 9 sırasıyla tahkim anlaşmasının ve geçici koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla, Madde 35 ve 36 hakem kararının tanınması ve tenfizi ile ilgilidir.

onu benimseyen tüm yerel mevzuatın) temel yaklaşımı her tahkimin tâbi olduğu hukukun (*lex arbitri*) tahkimin yapıldığı yerin hukuku (*lex loci arbitri*) olacağı şeklindedir⁴³⁶. Dolayısıyla, belirli bir tahkim yerinin seçilmesi, tahkimin o yerin hukukuna uygun olarak, o hukukun izin verdiği istisna ve değişikliklerle yürütülmesiyle sonuçlanacaktır⁴³⁷.

Uluslararası tahkime ilişkin modern kanunlar arasında, *lex arbitri* ile tahkim yeri arasındaki ülkesel bağlantının tespit edilebileceği düzenlemelere İsviçre ve İngiltere kanunları örnek olarak verilebilir. İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun 176. maddesinin ilk fıkrası uyarınca “[b]u bölümün hükümleri, tahkim yeri İsviçre’de olan ve tahkim anlaşmasının akdedildiği sırada taraflardan en az birinin ikametgâh, mutad mesken veya merkezinin İsviçre’de bulunmadığı tahkimler bakımından geçerli olacaktır”.

Benzer şekilde, 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu belirli hükümlerinin yalnızca tahkim merkezinin İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda olduğu durumlarda, diğer hükümlerinin (örneğin, bir tahkim anlaşmasına aykırı olarak başlatılan mahkeme yargılamasının durdurulması, *stay of proceedings*) tahkim yeri bu ülkelerde olmasa veya tahkim yeri hiç tayin edilmiş olmasa bile uygulanacağını düzenlemektedir⁴³⁸.

Tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) tahkim yeri hukuku olduğu bugün uluslararası tahkim uygulaması ve teorisinde genel kabul görmektedir⁴³⁹.

⁴³⁶ Henderson, s. 890; Yeşilova (Lex (Loci) Arbitri), s. 127 vd.

⁴³⁷ Henderson, s. 890.

⁴³⁸ İngiliz Tahkim Kanunu, Madde 2.

⁴³⁹ Redfern and Hunter, para 3.53; Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1315; Born, s.1727; Henderson, s. 893-896; Aygöl, s. 38.

bb. Taraf iradesi bağlama noktası (usûl kanunu kriteri)

Bağlama noktası olarak taraf iradesini esas alan görüşe göre ise tahkim yargılaması tarafların seçtiği hukuka tâbidir⁴⁴⁰. Usûl kanunu kriteri olarak da anılan ancak bugün için terkedilen⁴⁴¹ bu yaklaşıma göre tahkim yargılamasına bir bütün olarak uygulanan hukuk (*lex arbitri*) tarafların tahkim usûlüne uygulanmak üzere seçtikleri hukuktur⁴⁴². Tahkim yargılaması taraf iradesine dayandığına göre, taraflarca seçilen usûl hukuku tahkim yargılamasını bir bütün olarak idare etmelidir⁴⁴³. Yukarıda ifade edildiği üzere ülkesellik ilkesinde taraflar tahkim yerini seçer ve *lex arbitri* bu seçimin sonucunda tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*) olur⁴⁴⁴. Usûl kanunu kriterinde ise taraflar tahkim usûlüne uygulanacak hukuku seçer ve bu hukuk aynı zamanda tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olur⁴⁴⁵. Bu görüşe göre, taraflarca tahkim usûlüne uygulanacak hukuk seçilmediği takdirde, tahkim yeri seçimi zımnen o yerin usûl kurallarının seçildiği anlamına gelecektir⁴⁴⁶. Ancak uygulamada taraflar tahkim usûlüne uygulanacak hukuku nadiren seçmektedir⁴⁴⁷. Dolayısıyla, usûl kanunu kriteri kabul edilse dahi tahkim yargılamasına çok büyük oranda tahkim yeri hukuku uygulanmış olacaktır.

Usûl kanunu kriteri Almanya’da Medeni Usûl Kanunu’nda 1998 yılında yapılan değişiklikten önce kabul edilmekteydi⁴⁴⁸. Buna göre, tahkim yeri Almanya olan bir

⁴⁴⁰ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 337.

⁴⁴¹ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 341; Petrochilos, s. 32; Aygöl, s. 33.

⁴⁴² Petrochilos, s. 30.

⁴⁴³ Aygöl, s. 32.

⁴⁴⁴ Park (Lex Loci Arbitri), s. 23; Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1319; Redfern and Hunter, para 3.63; Henderson, s. 891

⁴⁴⁵ Petrochilos, s. 30.

⁴⁴⁶ Petrochilos, s. 31.

⁴⁴⁷ Petrochilos, s. 31.

⁴⁴⁸ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 340.

tahkim yargılamasında, taraflar başka bir ülkenin usûl kanununu seçerek, Alman tahkim kurallarının uygulanmasını, emredici ve kamu düzenine ilişkin kurallar dahil olmak üzere dışlayabiliyor ve bu doğrultuda verilen hakem kararı Almanya’da tenfiz işlemi bakımından yabancı sayılıyordu⁴⁴⁹. Tam tersi şekilde, tahkim yeri Almanya dışında olan ancak Alman hukuku uyarınca verilen hakem kararlarına karşı Almanya’da iptal davası açılabilirdi⁴⁵⁰. Bu sebeple Almanya, New York Sözleşmesi’ni onayladığı uygulama kanununda, Almanya sınırları dışında Alman usûl hukuku uyarınca verilen hakem kararlarının Almanya’da iptal davası sürecine tâbi olacağını özel olarak düzenlemiştir⁴⁵¹.

Burada bir noktaya dikkat çekilmesi gerektiğini düşünüyoruz: Tahkim yeri bağlama noktasını kabul eden sistemlerde de taraflar tahkim usûlüne tahkim yeri hukukundan başka bir ülkenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilmektedir. Ancak, taraf iradesi bağlama noktasından farklı olarak, taraflarca seçilen hukuk, tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına ve tahkim yeri mahkemelerinin yetkisine tâbi olarak uygulanacaktır⁴⁵². Günümüzde usûl kanunu kriteri terk edilmiş; Almanya’da 1998 yılında yapılan değişiklikle bağlama noktası olarak usûl kanununu kriterini esas alan yaklaşımın yerini tahkim yeri kriteri almıştır⁴⁵³. Fransa’da ise 1981 yılına kadar Fransız tahkim hukukunun uygulama alanını ve Fransız mahkemelerinin yetkisini düzenleyen bir kanun hükmü yoktu⁴⁵⁴. Yerleşik mahkeme kararlarında, Fransız hukukunun tahkim yargılamasına taraflarca seçildiği takdirde uygulanacağı,

⁴⁴⁹ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 340; Petrochilos, s. 51.

⁴⁵⁰ Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1316; Petrochilos, s. 51.

⁴⁵¹ van den Berg (The New York Convention), s. 27; Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 341; Petrochilos, s. 51 dn. 25.

⁴⁵² Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 337.

⁴⁵³ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 341.

⁴⁵⁴ Petrochilos, s. 53.

dolayısıyla Fransız mahkemelerinin yalnızca söz konusu tahkim yargılamalarında verilen hakem kararları bakımından yetkili olduğu kabul edilmekteydi⁴⁵⁵. Fransız mahkemelerinin bu uygulaması, Paris Temyiz Mahkemesi'nin 1980 yılında *Götaverken*⁴⁵⁶ davasında, Fransa'da yürütülen bir tahkimde verilen ICC kararının, tahkim Fransız tahkim hukukuna tâbi olmadığı için (ne taraflar ne hakem heyeti bu yöndeki iradelerini ortaya koymuştur), Fransa'da iptal davasına konu edilemeyeceğine karar vermesiyle doruğa ulaşmıştır⁴⁵⁷. Ancak bu karardan bir yıl sonra, Fransız mahkemelerinin kabul ettiği “taraf iradesi” kriterinin aksine, yeni Fransız Medeni Usûl Kanunu'nda Fransız mahkemelerinin Fransa'da verilen hakem kararlarının iptali için açılan davaları görmeye yetkili olduğu düzenlenmiştir⁴⁵⁸. Bunun anlamı, tarafların tahkim usûlüne uygulanmak üzere seçtikleri hukuk ne olursa olsun, iptal davası aşamasında, Fransız hukukundaki iptal sebeplerinde yer alan emredici Fransız usûl kurallarına uymak durumunda olmalarıdır⁴⁵⁹. Başka bir deyişle, Fransa'da bile tahkim yeri hukuku, tahkim usûlünü belirli asgari şartlara tâbi tutmaktadır ki bu sonuç tahkim yeri kriterini kabul eden yargı sistemlerinde ortaya çıkan bir sonuçtur.

Modern tahkim kanunlarının büyük bir çoğunluğu mutlak olarak tahkim yeri bağlama noktasını kabul etmiş olsa da birkaç ülke tahkim yeri ile taraf iradesi bağlama noktalarını birleştirmiştir⁴⁶⁰. Örneğin, Türk Hukukunda, MTK'nın uygulama alanını düzenleyen 1. maddenin 2. fıkrası uyarınca “[b]u Kanun, yabancılık unsuru taşıyan

⁴⁵⁵ Petrochilos, s. 53.

⁴⁵⁶ Paris Court of Appeal, First Chamber, 21 February 1980, G.N.M.T.C. v. Götaverken, 107 JDI 660; Petrochilos, s. 54; Kaufmann-Kohler (Identfying), s. 342.

⁴⁵⁷ Kaufmann-Kohler (Identfying), s. 342; Petrochilos, s. 54.

⁴⁵⁸ Kaufmann-Kohler (Identfying), s. 342; FCCP, m. 1519(1), “An action to set aside shall brought before the Court of Appeal of the place where the award was made”.

⁴⁵⁹ Kaufmann-Kohler (Identfying), s. 342.

⁴⁶⁰ Kaufmann-Kohler (Identfying), s. 339. Bu ülkelere örnek olarak Mısır, Oman, Tunus ve Romanya verilebilir.

ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”.

Hükmün “veya” bağlacından önceki ilk ifadesi Model Kanun ile uyumlu olarak ülkesel yaklaşımı benimsemekte, MTK’nın tahkim yeri Türkiye’de olan tahkimlere uygulanacağını düzenlemektedir. Ancak m. 1(2)’nin “veya” bağlacından sonraki ifadesi taraf iradesine gönderme yaparak tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkimler bakımından MTK’nın uygulanmasının kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir.

Hemen belirtmemiz gerekir ki bu hüküm, tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkimlerde iptal davası açılması başta olmak üzere tahkim yeri mahkemelerinin yetkili olduğu konular bakımından pek çok karışıklığa yol açabilir. Bu konudaki tartışmalara açıklık getirmek ve kendi görüşümüzü ortaya koymak⁴⁶¹ için öncelikle aşağıdaki açıklamaların yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

cc. Delokalizasyon teorisi

Uluslararası tahkimde evrensel bir *lex arbitrinin* olmayışı ve tahkim yargılamasını idare eden hukukun ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi iki önemli gelişmeye sebebiyet vermiştir⁴⁶². Bunlardan ilki, çoğu modern tahkim kanununda kabul edildiği üzere, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim üzerindeki kontrollerinin hakem heyetini destekleyici işlemlerle sınırlı olması gerektiği yönündeki anlayıştır⁴⁶³. İkincisi ise “delokalizasyon teorisi” olarak bilinen, uluslararası tahkimin tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm ulusal hukukların kontrolünden çıkarılması görüşüdür⁴⁶⁴. Bu görüşe

⁴⁶¹ Bkz. aşağıda s. 115 vd.

⁴⁶² Redfern and Hunter, para 3.73-3.75.

⁴⁶³ Redfern and Hunter, para 3.75.

⁴⁶⁴ Redfern and Hunter, para 3.76; Petrochilos, s. 35.

göre hakem kararının geçerliliğinin tespitinde hiçbir hukuk sistemi münhasıran söz sahibi değildir ve hatta böyle bir tespite ihtiyaç da yoktur⁴⁶⁵. Hakem kararı ilgili tenfiz ülkelerinin hukuku uyarınca bağlayıcılık⁴⁶⁶ kazanacaktır⁴⁶⁷. Dolayısıyla, tahkimin önce tahkim yeri ve daha sonra tenfiz yeri mahkemeleri olmak üzere ikili kontrol sistemine tâbi tutulması yerine yalnızca tenfiz ülkelerindeki mahkemeler tarafından denetlenmesi daha uygundur⁴⁶⁸. Uluslararası tahkimde, hakem kararının pek çok kez farklı mahkemelerin kontrolüne tâbi tutulması, süre ve öngörülebilirlik bakımından belirsizlik yarattığı gibi usul ekonomisi ilkesine aykırıdır⁴⁶⁹. Bu teoriye göre, hakem kararı, tahkim yeri ülkesinde iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, tenfizi istenen ülkelerde, tenfiz için aranan şartlar sağlandığı takdirde tenfiz edilebilir⁴⁷⁰. Fransız Yüksek Mahkemesi, İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından iptal edilen hakem kararının tenfizine karar verdiği bir davada, uluslararası hakem kararlarının herhangi bir hukuk sistemine tâbi olmayan, geçerliliği tenfizi istenen ülkenin hukuku uyarınca belirlenecek uluslararası yargı kararları olduğuna hükmetmiştir⁴⁷¹.

Delokalizasyon teorisinin en temel amaçlarından biri tahkim yeri hukukunun öngörülemeyen özelliklerinin istenmeyen etkilerini ortadan kaldırmaktır⁴⁷². Kimi zaman adaletsiz ve keyfi olarak işleyebilen ulusal hukuk sistemlerinin tahkim

⁴⁶⁵ Petrochilos, s. 35.

⁴⁶⁶ Hakem kararının bağlayıcılığı New York Sözleşmesi'nde düzenlenen üç tenfiz koşulundan biridir. Doktrindeki hâkim görüşe göre hakem kararının bağlayıcılık koşulunu sağlayıp sağlamadığı tahkim yargılamasına uygulanan hukuktan bağımsız olarak taraf iradesi dikkate alınarak belirlenmeli, hakem heyeti kararını verdiği an bu kararın tarafları bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir, Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 117; Kaplan, Y.: *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi*, AÜEHFD, V, 1-4, 2001, s. 424.

⁴⁶⁷ Petrochilos, s. 35.

⁴⁶⁸ Redfern and Hunter, para 3.76.

⁴⁶⁹ Ataman Figenmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri*, MHB, 31 (2), 2011, s.39.

⁴⁷⁰ Paulsson (The Idea of Arbitration), s. 36

⁴⁷¹ Redfern and Hunter, para 3.77; Paulsson (The Idea of Arbitration), s. 36.

⁴⁷² Paulsson (The Extent of Independence), s. 141-142.

yargılaması üzerindeki olumsuz etkisi karşısında uluslararası tahkimde verilen hakem kararlarının “ulus-ötesi” (*transnational*), “yüzen” (*floating*) kararlar olduğunu söyleyen delokalizasyon teorisi ne kadar çekici olsa da çoğunluk tarafından kabul görmemiştir⁴⁷³. Nitekim günümüzde, Fransa dahil olmak üzere⁴⁷⁴ tüm modern tahkim kanunları hakem kararına karşı tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açılabilceğini düzenlemektedir⁴⁷⁵. Yine de delokalizasyon teorisi etrafında yapılan tartışmaların uluslararası tahkimin modernleşmesi ve özerkleşmesine katkı sağladığı açıktır. Delokalizasyon teorisi, ulusal tahkim mevzuatının hoşgörülü olması, müdahaleci olmaması ve tarafların irade muhtariyetine saygılı olması gerektiği yönündeki yaygın fikir birliğini destekleyerek modern tahkim üzerinde güçlü ve değerli bir etki yaratmıştır⁴⁷⁶.

Bugün, yerel tahkim kanunlarında tarafların irade muhtariyetini, tahkim anlaşmasının ayrılabilirliğini, hakem heyetinin kendi yetkisi üzerinde karar verebilmesini, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki sınırlı müdahalesini düzenleyen tahkim dostu kurallar, tahkimin doğasından kaynaklanan ihtiyaçları karşılamaktadır. Dolayısıyla uluslararası tahkimin, tahkim yeri dahil olmak üzere tüm ulusal hukuklardan bağımsız olması gerektiği düşüncesiyle ulaşılmak istenen menfaate yerel tahkim mevzuatında yapılan tahkim dostu düzenlemeler ile ulaşılmıştır⁴⁷⁷. Modern

⁴⁷³ Redfern and Hunter, para 3.82, 3.88; Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1320; Henderson, s. 896; Aygöl, s. 35.

⁴⁷⁴ FCCP, m. 1519 (1); Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 342.

⁴⁷⁵ Delokalizasyon ilkesini benimsediği söylenebilecek tek ülke eskiden Belçika’ydı. Tahkim yeri Belçika olan uluslararası tahkimlerde hakem kararına karşı iptal davası açılabilmesi için taraflardan birinin işyerinin Belçika’da bulunması veya Belçika ile başka bir bağlantısının olması şartı aranmaktaydı. Ancak bu düzenlemenin tarafların tahkim yeri olarak Belçika’yı tercih etmemelerine sebep olduğu görülmüş ve söz konusu düzenleme kaldırılmıştır, Redfern and Hunter, para 3.83.

⁴⁷⁶ Henderson, s. 896.

⁴⁷⁷ Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s. 1320; Aygöl, s. 36; tahkimin belirli bir ülkenin hukuk düzenine bağlanmasının gerekip gerekmediği meselesi için ayrıca bkz. Yeşilova, B.: *Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler*, TBB Dergisi, 76, 2008, s. 118.

tahkim kanunlarında, tahkim usûlüne tahkim yerinden başka bir devletin hukukunun uygulanmasına izin verilmekte, tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri çerçevesinde taraflara ve hakem heyetine oldukça geniş yetkiler tanınmaktadır⁴⁷⁸. Dicey, Morris & Collins tahkim yargılamasının mutlaka bir ulusal hukuka tâbi olması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir:

*“..., tahkim yargılamasının yürütülmesini, örneğin, tarafların tahkim usûlünü seçerken kullanacakları irade muhtariyetinin sınırları (ve tarafların aksini kararlaştıramayacakları emredici kuralları), yerel mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı verilmesi, delillerin toplanması vb. konularda tahkime vereceği destek ve hakem kararının incelenmesine ilişkin usûlleri düzenleyen bir yerel hukuk sistemine bağlamak hâlâ her zaman gereklidir.”*⁴⁷⁹

Bugün, yalnızca, yatırım uyuşmazlıklarında ICSID Sözleşmesi⁴⁸⁰ uyarınca verilen hakem kararlarının, tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere, tüm ulusal hukuklardan bağımsız, “delokalize” olduğu kabul edilmektedir⁴⁸¹. ICSID Sözleşmesi m. 44

⁴⁷⁸ Henderson, s. 896.

⁴⁷⁹ Dicey, Morris & Collins, 15th Ed, 2012, s. 832.

⁴⁸⁰ 1965 yılında Washington’da imzalanan, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım

Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, the “ICSID Convention”*, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Türkiye, ICSID Sözleşmesine 1988 yılında taraf olmuştur. ICSID Sözleşmesi ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için “ICSID Merkezi” kurulmuştur. Türkiye, taraf olduğu pek çok iki taraflı yatırım anlaşmalarında veya Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>) gibi çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolu olarak ICSID Merkezini yetkilendirmektedir.

⁴⁸¹ Redfern and Hunter, para 3.82; Kaufmann-Kohler (Arbitral Procedure), s.1320; Dolzer/ Schreuer, s. 278; Bischoff, J. A.: *Conflict of Laws and International Investment Arbitration*, Conflict of Laws in International Arbitration, eds. Ferrari, F, Kröll, S., NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, s. 781; Pauker (Substance and procedure), s. 35

uyarınca, tahkim yargılaması, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, *ICSID Sözleşmesi* ve *ICSID Tahkim Kuralları (ICSID Arbitration Rules)*⁴⁸² uyarınca yürütülür. *ICSID Sözleşmesi* ve *ICSID Tahkim Kuralları*nda düzenlenmemiş konular bakımından ise hakem heyetine takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁸³. Yerel mahkemelerin, *ICSID* tahkimi yargılamasına herhangi bir müdahalede bulunma yetkileri yoktur⁴⁸⁴. *ICSID* tahkiminde hakem kararlarına karşı yerel mahkemelerde iptal davası açılmayacağı gibi, yerel mahkemelerin karar üzerinde hiçbir inceleme yapma imkânı bulunmamaktadır⁴⁸⁵. *ICSID* tahkiminde verilen hakem kararları, yalnızca, taraflardan birinin talebi üzerine, *ICSID* İdare Konseyi Başkanı (*Chairman of ICSID's Administrative Council*) tarafından atanan üç kişiden oluşan *ad hoc* komite tarafından incelenerek “geçersiz kılınabilir”⁴⁸⁶. *ICSID* hakem kararlarının tenfizi *ICSID Sözleşmesi* altında düzenlenmiştir; New York Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz⁴⁸⁷. Görüldüğü üzere *ICSID* tahkiminde tahkim yerinin tahkim yargılaması üzerinde herhangi bir etkisi yoktur⁴⁸⁸. Dolayısıyla, *ICSID* tahkiminin, uluslararası tahkimin yerel mahkemeler ve kanunların etkisinden gerçek anlamda soyutlanmış tek türü olduğu söylenebilir.

⁴⁸² https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf.

⁴⁸³ Dolzer/Schreuer, s. 278.

⁴⁸⁴ Dolzer/Schreuer, s. 278.

⁴⁸⁵ Dolzer/Schreuer, s. 301.

⁴⁸⁶ Dolzer/Schreuer, s. 301; Erten (*ICSID Tahkimi*), s. 221.

⁴⁸⁷ Dolzer/Schreuer, s. 310.

⁴⁸⁸ Bischoff, s. 781.

b. Tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) uygulama alanı

Her devlet, kendi topraklarında yürütülen tahkim yargılamalarının tâbi olmasını istediği kuralları kendisi belirler⁴⁸⁹. Bu sebeple *lex arbitri*nin neleri düzenlediği tahkim yerine göre değişiklik gösterebilir. Ancak modern uluslararası tahkim kanunları genel olarak aşağıda sayılan konuları düzenlemektedir⁴⁹⁰:

- Tahkim anlaşmasının tanımı, şekli ve geçerliliği,
- bir uyuşmazlığın tahkimde görülüp görülemeyeceği (yani, *lex arbitri* uyarınca tahkime elverişli olup olmadığı),
- hakem heyetinin oluşumu ve hakem heyetine karşı yapılan itirazlar,
- hakem heyetinin kendi yargı yetkisine ilişkin karar verme yetkisi,
- tarafların eşitliği ilkesi,
- tarafların (veya hakem heyetinin) tahkim usûlünü belirleyebilmesi,
- geçici hukuki korumalar,
- dilekçeler,
- duruşmalar,
- mahkemelerin yardımı,
- hakemlerin hakkaniyet ve nasafet kuralları uyarınca (*ex aequo et bono*) veya dostane aracı (*amiable compositeur*)⁴⁹¹ olarak karar verme yetkileri,

⁴⁸⁹ Redfern and Hunter, para 3.43.

⁴⁹⁰ Redfern and Hunter, para 3.46.

⁴⁹¹ Uluslararası tahkim anlaşmalarında, çok sık rastlanmasa da, hakem heyetinin hakkaniyet ve nasafet kuralları uyarınca (*ex aequo et bono*) veya dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak karar verebileceği düzenlenebilir. Bunun anlamı hakem heyetinin katı bir şekilde hukuk kurallarını uygulamak zorunluluğu olmaksızın eşitlik, hakkaniyet ve adalet gibi genel kavramlardan yola çıkarak bir karar verebilecek olmasıdır, Born, s. 2987; MTK m. 12 (C) (3) uyarınca hakem heyeti ancak

- hakem kararının şekli ve geçerliliği,
- hakem kararın kesinliği,
- tahkim yeri mahkemelerinde açılacak iptal davası sebepleri.

Lex arbitride yer alan kurallar yol gösterici (*directory*), emredici (*mandatory*) ve destekleyici (*supportive*) olarak üçe ayrılabilir⁴⁹². Yol gösterici kurallar, tarafların kendi usûl kurallarını belirlemedikleri (tahkim anlaşmasında tahkim usûlüne uygulanacak spesifik usûl kuralları öngörmedikleri veya *ICC*, *LCIA* gibi kurumsal tahkim kurallarına ya da *UNCITRAL* Tahkim Kurallarına atıfta bulunmadıkları) durumlarda uygulanacak tahkim kurallarıdır⁴⁹³. Modern tahkim kanunlarının çoğu, usûl kurallarını ayrıntılı şekilde düzenlemek yerine hakem heyetinin tarafların eşitliği ilkesine uygun davranma zorunluluğu gibi daha genel kurallar ortaya koyar⁴⁹⁴. Öte yandan tahkim kanunları taraflara tahkimde tanınan irade muhtariyetine sınırlama getirerek belirli konuları emredici olarak düzenleyebilir⁴⁹⁵. Taraflar *lex arbitride* yer alan bu tür emredici kuralların aksini kararlaştıramaz⁴⁹⁶. Hakem heyetleri zorlayıcı gücü (*coercive powers*) haiz olmadığı için tahkim yargılaması esnasında, tanıkların dinlenmesi, delillerin toplanması veya ihtiyati tedbir kararı verilmesi gibi bazı yasal işlemler bakımından yerel mahkemelerin desteğine ihtiyaç duyabilir⁴⁹⁷. *Lex arbitride* yer alan destekleyici kurallar hakem heyetleri ile yerel mahkemeler arasındaki bu ilişkiyi düzenleyen kurallardır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasının etkili şekilde

tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kuralları uyarınca veya dostane aracı olarak karar verebilir.

⁴⁹² Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s.841.

⁴⁹³ Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s.841.

⁴⁹⁴ Redfern and Hunter, para 3.48.

⁴⁹⁵ Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s.841.

⁴⁹⁶ Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s.841; Park (Lex Loci Arbitri), s. 23; Şanlı (Ticari Akitler), s. 365; Aygöl, s. 46; Yeşilova (Lex (Loci) Arbitri), s. 117.

⁴⁹⁷ Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s.841; Moses, s. 5.

yürütülmesinin tahkim yeri hukukunda yer alan hükümlere bağlı olduğu rahatlıkla söylenebilir⁴⁹⁸.

c. Tahkim yargılamasını idare eden hukuk (*lex arbitri*) ve tahkim usûlüne uygulanacak hukuk ayrımı

Tahkim yargılamasını idare eden hukuk (*lex arbitri*) ile yargılamanın adil ve etkin bir şekilde yürütülmesi için uyulması gereken usûl kuralları birbirleriyle sıklıkla karıştırılan farklı kavramlardır⁴⁹⁹. Tahkim yargılamasının bir aşamasında - ve aslında oldukça erken bir aşamasında – tahkimde izlenecek usûlün detaylı bir şekilde ortaya koyulması gerekecektir. Tarafların genellikle farklı hukuki altyapıya sahip olduğu ve örneğin belge saklama ve gösterme zorunluluğu (*production of documents*) gibi konulara farklı yaklaşabileceği bir tahkim yargılamasında, tarafların ve hakem heyetinin uyması gereken usûl kurallarının önceden belirlenmesi çok önemlidir⁵⁰⁰.

Bu iki kavram arasındaki ayrımın doğru şekilde yapılması tarafların bu konularda sahip olduğu irade serbestisi bakımından da önemlidir⁵⁰¹. Taraflar, tahkim usulüne uygulanacak kuralları diledikleri gibi belirleyebilirken, tahkim yargılamasını idare eden hukuku doğrudan seçemezler⁵⁰². Taraflar, ancak bir tahkim yeri seçerek tahkimi idare eden hukuku dolaylı olarak belirleyebilir⁵⁰³. Tahkim yeri ve *lex arbitri* arasındaki ilişki *Redfern&Hunter* tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

⁴⁹⁸ Redfern and Hunter, para 3.46.

⁴⁹⁹ Redfern and Hunter, para 3.51; Özel (Kanunlar İhtilafı Meseleleri), s. 59.

⁵⁰⁰ Redfern and Hunter, para 3.50.

⁵⁰¹ Poudret/Besson, s. 84.

⁵⁰² Poudret/Besson, s.84; Henderson, s. 891; Aygöl, s. 40-41.

⁵⁰³ Poudret/Besson, s.85; Park (Lex Loci Arbitri), s. 23; Henderson, s. 891; Bazı hallerde tahkim yeri seçiminin tahkim yargılaması üzerinde istenmeyen veya beklenmeyen sonuçları da olabilir. Örneğin, seçilen tahkim yerinin hukuku mahkemelere veya hakemlere tarafların hiç öngörmediği yetkiler verebilir. Bu sebeple tahkim yeri seçilirken o yerin tahkim mevzuatı mutlaka incelenmelidir.

“Tarafların tahkimi yönetecek belirli bir kanunu “seçtiklerini” söylemek, arabasını Fransa’ya götüren bir İngiliz kadının Fransız trafik kanununu “seçtiğini” söylemeye benzer; bu seçim onu yolun sağ tarafında sürmek, sağdan yaklaşan araçlara öncelik vermek ve alışık olmadığı trafik kurallarına uymak zorunda bırakacaktır. Ancak bu hayali sürücünün “Fransız trafik kanununu” seçtiğini söylemek tuhaf bir dil kullanımı olur. Burada yaptığı şey, Fransa’ya gitmeyi seçmektir. Fransız hukukunun uygulanması bu seçimin otomatik bir sonucudur. Bu bir tercih meselesi değildir.”⁵⁰⁴

Bununla birlikte, katı bir şekilde ülkesellik ilkesini benimsemiş olmasına rağmen Model Kanun’da ve neredeyse tüm modern tahkim kanunlarında tarafların tahkim usûlünü (*arbitral procedures*) belirleyebilecekleri düzenlenmiştir⁵⁰⁵. Model Kanun’un 19. maddesi uyarınca taraflar, bu kanun hükümlerine tâbi olarak, hakem heyetinin tahkim yargılamasını yürütürken izleyeceği usûl üzerinde anlaşmakta serbesttir⁵⁰⁶. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, tarafların tahkim yeri hukukunun bir bütün olarak uygulanmayacağını kararlaştırmaları (*contracting out*) mümkün değildir⁵⁰⁷. New York Sözleşmesi de tarafların tahkim usûlü bakımından sahip oldukları irade muhtariyetini tanımaktadır. Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının d

⁵⁰⁴ “To say that parties have “chosen” that particular law to govern the arbitration is rather like saying that an English woman who takes her car to France has “chosen” French traffic law, which will oblige her to drive on the right-side of the road, to give priority to vehicles approaching from the right, and generally to obey traffic laws to which she may not be accustomed. But it would be an odd use of language to say that this notional motorist had opted for “French traffic law”. What she has done is to choose to go to France. The applicability of French law then follows automatically. It is not a matter of choice”, Redfern and Hunter, para. 3.63.

⁵⁰⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 523; Born, s. 1727, 1733.

⁵⁰⁶ “Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.”

⁵⁰⁷ Born, s. 1734.

bendinde tahkim usûlünün (*arbitration procedure*) tarafların anlaşmasına uygun olmaması tenfiz engeli olarak sayılmıştır.

Taraflara tahkim usûlünü belirleme yetkisi veren *lex arbitri* yani tahkim yeri hukukudur⁵⁰⁸. Tarafların tahkim usûlüne uygulanacak kuralları belirlemeleri ve hatta tahkim usûlüne tahkim yerinden başka bir ülkenin hukukunun uygulanacağını seçmeleri tahkim yargılamasını idare eden hukukun tahkim yeri hukuku olduğu gerçeğini değiştirmez⁵⁰⁹. Nitekim, taraflar kendilerine tanınan imkânı kullanarak tahkim usûlünü kararlaştırdıklarında, *lex arbitri*nin tahkim yargılaması üzerindeki hayati rolü bu seçimden etkilenmeyecektir. Tahkim yeri hukuku, tarafların belirledikleri usûl kurallarında yer alan eksiklerin tamamlanması, tahkim yargılamasında mahkemelerin desteğine duyulan ihtiyacın karşılanması ve hakem kararına karşı iptal davası açılması gibi konulardaki işlevlerini yerine getirmeye devam edecektir⁵¹⁰.

d. Taraflara tahkim usûlüne ilişkin konularda tanınan serbesti (*procedural autonomy*)

Uluslararası tahkimde uzunca bir süre tahkim usûlüne tahkim yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir⁵¹¹. Bugün ise tarafların, tahkim usûlünü belirleme konusunda sahip oldukları imkân, uluslararası tahkimin en temel özelliklerinden biri olarak değerlendirilmektedir⁵¹². Tarafların usûle ilişkin konularda geniş serbestiye

⁵⁰⁸ Born, s. 1728; Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 337.

⁵⁰⁹ Born, s. 1727, dn 503; Waincymer, J.: Procedure and Evidence in International Arbitration, Wolters Kluwer, 2012, s. 189.

⁵¹⁰ Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s.842.

⁵¹¹ Born, s. 1729; Sammartano, M.R.: International Arbitration Law and Practice, JURIS, 3rd edition, 2014, s. 776.

⁵¹² Born, s. 2295.

sahip oldukları, New York Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelerde, ulusal tahkim kanunlarında, ve kurumsal tahkim kurallarında kabul edilen bir kuraldır⁵¹³.

New York Sözleşmesi tarafların tahkim usûlünü belirleme konusundaki serbestisini çok açık bir şekilde tanımaktadır. Madde V(1)(d)'de tahkim usûlünün tarafların bu konudaki anlaşmasına uygun olmaması tenfiz engeli olarak sayılmıştır. Uluslararası doktrinde, New York Sözleşmesi madde V(1)(d) uyarınca usûle ilişkin konular bakımından taraf iradesinin belirleyici faktör olduğu, taraflara tanınan serbestiye getirilen tek sınırlamanın aynı maddenin (b) bendiyle düzenlenen hukuki dinlenilme hakkının ihlali durumu olduğu ifade edilmektedir⁵¹⁴.

Tarafların usûle ilişkin konuları belirlemede serbest oldukları Model Kanun'un da dayandığı en temel prensiplerden biridir⁵¹⁵. Model Kanun'un 19. maddesinin ilk fıkrası uyarınca tarafların hakem heyetinin tahkim yargılamasını yürütürken izleyeceği usûlü belirlemekte serbest olduğu genel olarak düzenlenmiş, 24. maddenin ilk fıkrasında taraflara delillerin sunulması ve duruşmaların yapılması gibi spesifik konularda anlaşma imkânı tanınmıştır.

PILA m. 182 (1)'e göre taraflar, tahkim usûlünü, doğrudan veya tahkim kurallarına atıfta bulunarak ya da tercih ettikleri başka bir usûl hukukuna tâbi kılarak belirleyebilir⁵¹⁶. *FCCP*, m. 1509 uyarınca tahkim anlaşmasında doğrudan veya tahkim kurallarına ya da usûl kurallarına atıfta bulunularak tahkim yargılamasında uygulanacak usûl belirlenebilir. Yine, *MTK* m. 8'de tarafların yargılama kurallarını

⁵¹³ Born, s. 2295.

⁵¹⁴ Petrochilos, s. 355.

⁵¹⁵ Born, s. 2297.

⁵¹⁶ “[t]he parties may, directly or by reference to arbitration rules, determine the arbitral procedure; they may also submit it to a procedural law of their choice.”

serbestçe kararlaştırabileceği ya da bir kanuna, uluslararası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebileceği düzenlenmiştir. İngiltere, Almaya, Belçika, Avusturya, Japonya, Singapur, Hong Kong, Hindistan ve Rusya gibi diğer pek çok ülkede de tarafların usûle ilişkin konulardaki serbestisi benzer şekilde hüküm altına alınmıştır⁵¹⁷. Ulusal kanunların bu konuda sessiz olduğu hallerde dahi mahkemeler tarafların usûle ilişkin konularda geniş serbestiye sahip olduğunu kabul etmektedir⁵¹⁸. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde, *FAA* bu konuda herhangi bir hüküm içermese de Amerikan mahkemeleri, tarafların usûle ilişkin konuları belirlemekte serbest olduğunu kabul etmektedir⁵¹⁹.

Uluslararası tahkimde, tahkim yeri hukukuna göre değişiklik gösterse de, tarafların genel olarak tahkim usûlünü belirlerken tercih edebilecekleri pek çok seçeneği vardır:

- Tahkim anlaşmasında usûl kurallarını tek tek belirlemek.
- Kurumsal tahkim kurallarını seçmek.
- *UNCITRAL* Tahkim Kuralları gibi uluslararası tahkim kurallarını seçmek.
- Tahkim yeri hukukunu seçmek.
- Tahkim yerinden başka bir devletin hukukunu seçmek.
- Sessiz kalmak (bu durumda hakem heyeti tahkim yeri hukukunda yer alan boşlukları kendisi dolduracaktır).

Taraflar genellikle tahkim usûlüne kurumsal veya uluslararası tahkim kurallarının uygulanmasını kararlaştırmaktadır⁵²⁰. Tahkim kuralları da Model Kanun'da ve diğer

⁵¹⁷ Born, s. 2298.

⁵¹⁸ Born, s. 2299.

⁵¹⁹ Born, s. 2299.

⁵²⁰ Henderson, s. 888.

modern tahkim kanunlarında olduğu gibi tarafların diledikleri tahkim usûlü üzerinde anlaşmalarına izin vermektedir⁵²¹.

Uluslararası tahkimde, taraflar, tahkim yeri hukuku izin verdiği ölçüde, tahkim usûlüne üçüncü bir devletin hukukunun uygulanacağını da kararlaştırabilirler⁵²². Ancak uygulamada bu tür seçimlere oldukça az rastlanılmaktadır⁵²³. Model Kanun'un Açıklayıcı Notunda "*ulusal hukukun tarafların tahkim yerinden başka bir Devletin usûl hukukunu seçmesine izin verdiği durumlarda, tecrübelerin uygulamada tarafların bu imkânı nadiren kullandığını gösterdiği*" ifade edilmiştir⁵²⁴. Kanımızca tarafların böyle bir seçimi neden tercih edecekleri konusunda geçerli bir sebep bulmak zordur. Eğer taraflar tahkim yargılamasında belirli bir ülkenin usûl kurallarının uygulanmasını özel olarak tercih ediyorsa, tahkim yeri olarak o ülkenin topraklarında bir yerin seçilmesi daha uygun bir çözüm olacaktır⁵²⁵. Nitekim tahkim yeri olarak X ülkesinde bir şehir, tahkim usûlüne uygulanmak üzere ise Y ülkesinin hukuku seçildiğinde, tahkim usûlüne hem X ülkesinin taraflarca aksi kararlaştırılması mümkün olmayan emredici kuralları (örneğin taraflara eşit davranma zorunluluğu) hem de Y ülkesinin usûl hukuku uygulanacaktır. Ayrıca, tahkim yargılaması esnasında, örneğin hakeme karşı yapılacak bir itiraz bakımından yerel mahkemeye başvurulması gerektiğinde hangi ülkenin mahkemelerinin yetkili olacağı da ayrı bir sorun teşkil edecektir⁵²⁶. İngiliz Yüksek Mahkemesi bir kararında, İngiliz usûl hukukuna tâbi olarak yabancı bir

⁵²¹ Born, s. 2302; Craig/Park/ Paulsson, s. 107.

⁵²² Redfern and Hunter, para 3.65; Born, s. 1727; Fransız Medeni Usûl Kanunu, m. 1509; *PILA*, m. 182(1).

⁵²³ Born, s. 1730.

⁵²⁴ Explanatory Note by the *UNCITRAL* secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006, m. 14, "...where the national law allows parties to choose the procedural law of a State other than that where the arbitration takes place, experience shows that parties rarely make use of that possibility."

⁵²⁵ Redfern and Hunter, para 3.66.

⁵²⁶ Redfern and Hunter, para 3.66.

ülkede görülen tahkim üzerinde İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisinin olmadığını ifade etmiştir⁵²⁷. Dicey, Morris&Collins'e göre tahkim yeri seçimi, o yer mahkemelerine hakem kararına karşı gidilebilecek yollar bakımından (yabancı ülkelerde New York Sözleşmesi uyarınca tenfiz edilmesi hariç) münhasır yetki vermektedir⁵²⁸. Fransız mahkemeleri de hakem kararlarının iptali bakımından tahkim yeri bağlama noktasını kabul etmiştir⁵²⁹. Tahkim yeri Fransa olduğunda, tahkim usûlüne yabancı bir hukukun uygulanacağı kararlaştırılmış olsa dahi, Fransız mahkemeleri iptal davasını görmeye yetkilidir⁵³⁰. Bugün için tahkim yargılamasını idare eden hukuk bakımından tahkim yeri bağlama noktasının genel kabul gördüğü dikkate alındığında tarafların (veya hakem heyetinin) usûle ilişkin konulara uygulanmak üzere seçtikleri hukukun bu maksatla sınırlı olduğu, özellikle iptal davaları bakımından tahkim yeri mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu, bu seçimin tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki yetkisini kaldıramayacağı kanaatindeyiz.

e. Hakem heyetinin tahkim usûlüne ilişkin takdir yetkisi (*arbitrators autonomy*)

Taraflar tahkim usûlüne ilişkin kendilerine tanınan irade muhtariyetini nadiren kullanmakta; uyuşmazlık başladığında tahkim usûlü üzerinde çoğun kez anlaşılamamaktadır⁵³¹. Uluslararası tahkimde, hakem heyetine, tarafların tahkim usûlüne ilişkin irade muhtariyetini kullanmadığı durumlarda usûl kurallarını belirleme

⁵²⁷ Naviera Amazonia Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros de Peru, 1988, 1 Lloyd's Rep 116; Redfern and Hunter, para 3.68.

⁵²⁸ Dicey, Morris and Collins, 15th Ed, 2012, s. 844.

⁵²⁹ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 342; Aygöl, s. 35 dn. 174.

⁵³⁰ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 342.

⁵³¹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 525; Born, s. 2309.

konusunda oldukça geniş takdir yetkisi tanınmıştır⁵³². Model Kanun'un 19. maddesi uyarınca, taraflar tahkim usûlü üzerinde anlaşmamışsa, hakem heyeti tahkim usûlünü uygun gördüğü şekilde yürütebilir. Benzer şekilde *PILA* m. 182(2)'de tarafların tahkim usûlünü belirlemediği hallerde, hakem heyetinin doğrudan veya bir kanuna ya da tahkim kuralına atıfta bulunarak tahkim usûlünü belirleyeceği düzenlenmiştir⁵³³. Kurumsal tahkim kuralları da Model Kanun ve diğer modern tahkim kanunlarına paralel olarak hakem heyetine usûle ilişkin konularda geniş takdir yetkisi tanımaktadır⁵³⁴.

MTK m. 8 (A)(2)'de taraflar arasında usûle ilişkin bir anlaşma olmadığında hakem heyetinin tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürüteceği düzenlenmiş; hakem heyetinin MTK'da düzenlenmeyen konular bakımından nasıl bir yol izleyeceği konusunda sessiz kalınmıştır. Görüldüğü üzere MTK'nın lafzı Model Kanun'a kıyasla daha sınırlayıcıdır. MTK'nın 17. maddesinin ilk fıkrası uyarınca “*bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz*”. Bu kuralda yer alan “*aksine hüküm bulunmadıkça*” ifadesinden çıkarılacak sonuç, hakem heyetinin MTK'da yer alan açık bir düzenleme olmadıkça HMK'yı uygulamak zorunda olmadığıdır⁵³⁵. Bu sebeple, hakem heyetinin MTK'da düzenlenmeyen bir konuda, HMK'yı uygulama zorunluluğundan evleviyetle bahsedilemez⁵³⁶. Doktrinde de kabul edildiği üzere, hakem heyeti MTK'da hüküm

⁵³² Lew, Mistelis, Kröll, s. 524; Born, s. 2310.

⁵³³ “[i]f the parties have not determined the procedure, the arbitral tribunal shall determine it to the extent necessary, either directly or by reference to a law or to arbitration rules”.

⁵³⁴ Born, s. 2313.

⁵³⁵ Sargın, F.: *Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının Kısmi İptal İmkânı*, BATİDER, 2015, s. 59; Aygül, s. 81.

⁵³⁶ Aygül, s. 81; Yasan Tepetaş, C.: *Milletlerarası Tahkimde Hakemlerin Hukuku Uygulaması ve Jura Novit Curia*, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, eds. Akıncı, Z., Demirkol, B., On İki Levha, Şubat 2021, s. 282.

bulunmayan hallerde, Model Kanun ve diğer modern tahkim düzenlemelerinde olduğu gibi, tahkim yargılamasını uygun gördüğü kurallara göre yürütecektir⁵³⁷. Dolayısıyla, hakem heyeti, MTK’da düzenlenmeyen bir konuda, eğer uygun görürse, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde HMK’da yer alan bir hükmü uygulayabilir⁵³⁸.

f. Tahkim usûlüne uygulanacak hukukun tâbi olduğu sınırlamalar

Usûle ilişkin konularda taraflara tanınan irade muhtariyetine ve hakem heyetinin takdir yetkisine tahkim yeri hukukunun emredici kurallarıyla birtakım sınırlamalar getirilebilir⁵³⁹. Emredici kurallarla getirilen sınırlamalar ülkeden ülkeye ve zaman içerisinde değişiklik gösterebilir. Ancak modern tahkim kanunlarındaki emredici kurallar, genellikle, tarafların iddia ve savunmalarını eşit şekilde ileri sürme imkânına sahip olmalarını sağlamak için gerekli görülen kurallar ile sınırlıdır⁵⁴⁰. Tarafların tahkim yargılamasında iddia ve savunmalarını düzgün şekilde ortaya koyabilme imkânına sahip olmaları uluslararası tahkimin en temel prensiplerinden biridir⁵⁴¹.

Model Kanun’un 18. maddesi uyarınca taraflara eşit davranılması ve tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymaları için tüm imkânların sağlanması zorunludur. Benzer şekilde MTK m. 8 (B)’de tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olduğu, taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınacağı düzenlenmiştir.

⁵³⁷ Aygöl, s. 80-81.

⁵³⁸ Aygöl, s. 81.

⁵³⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 526; Born, s. 2318; Tarafların irade muhtariyetinin tâbi olduğu sınırlamalar konusunda ayrıca bkz. Pryles, M.: *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2007, 24, 3, 2017, s. 327 – 339; Aygöl, s. 111.

⁵⁴⁰ Lew, Mistelis, Kröll, s. 525.

⁵⁴¹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 526; Aygöl, s. 110.

PILA m. 182(3) uyarınca, hakem heyeti, seçilen tahkim usûlü ne olursa olsun, taraflara eşit davranılmasını ve hukuki dinlenilme haklarının sağlanmasını temin etmelidir.

Tarafların, kurumsal tahkimde tahkim kurallarını, ilgili kurum tarafından kabul edilmeyecek şekilde değiştirmeye çalıştığı hallerde, ilgili kurumun böyle bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararını kendi kurumu altında verilen bir hakem kararı olarak kabul etmemesi ihtimali vardır⁵⁴². Örneğin, taraflar tahkimin *ICC* Tahkim Kuralları uyarınca yürütüleceğini kararlaştırmış ancak *ICC* Tahkim Kuralları'nın 33. maddesinde düzenlenen, kararın *ICC* Divanı tarafından incelenmesi prosedürüne tâbi olmayacağını öngörmüşse, *ICC*'nin böyle bir tahkimi *ICC* tahkimi olarak kabul etmemesi muhtemeldir. Kurumsal tahkimde söz konusu olan bu durum da usûle ilişkin konularda taraflara tanınan serbestiye getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilebilir⁵⁴³.

g. MTK m. 1(2)'de “veya” bağlacından sonra yer alan düzenlemenin değerlendirilmesi

MTK'nın 1. maddesinin 2.fikrasında “veya” bağlacından önceki cümlede, Model Kanun'un ülkesellik yaklaşımına paralel olarak MTK'nın tahkim yeri Türkiye olan tahkimlerde uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanımızca anılan maddede “veya” bağlacından sonraki, taraflara veya hakem heyetine tahkim yeri Türkiye dışında olduğu hallerde MTK'yı seçme imkanı tanıyan ifadeden hareketle MTK'nın usul kanunu kriterini benimsediği yönünde çıkarım yapmak doğru değildir⁵⁴⁴. Nitekim

⁵⁴² Pryles, s. 329-330.

⁵⁴³ Pryles, s. 330.

⁵⁴⁴ MTK'da tahkim yeri ve usul kanunu kriterlerinin alternatif olarak düzenlendiği yönündeki değerlendirme için bkz. Erdoğan, s. 59.

MTK'nın, tahkim usûlüne başka bir devlet hukukunun uygulanmasını kararlaştırma imkânı tanıyan 8. maddesi dahil olmak üzere hiçbir hükmünde, 1998 yılında yapılan değişiklikten önce usûl kanunu kriterini benimseyen Alman hukukunda izin verildiği gibi⁵⁴⁵, taraflara tahkim yargılamasında MTK'nın bir bütün olarak uygulanmasını saf dışı bırakabilecekleri bir imkân sunulmamıştır. Kanımızca bunun sebebi MTK'nın da esasında ülkesellik ilkesini (tahkim yeri kriterini) benimsemiş olmasıdır. Zira MTK'nın 8. maddesi uyarınca taraflar usûle yabancı bir kanunun uygulanmasını “MTK'nın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla” kararlaştırabilir. Dolayısıyla tahkim yeri olarak Türkiye sınırları içerisinde bir yer seçildiğinde MTK tahkim yargılamasına kaçınılmaz olarak uygulanacaktır. MTK'nın 8. maddesi uyarınca usûle uygulanmak üzere başka bir devletin hukukunun seçilmesi, MTK'nın *lex arbitri* olduğu sonucunu değiştirmeyecektir⁵⁴⁶. O halde, tam tersi şekilde, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu hallerde, usûle uygulanmak üzere MTK'nın seçilmesi, MTK'yı *lex arbitri* yapmayacaktır.

Tüm bu bilgiler ve açıklamalar ışığında MTK'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında “veya” bağlacından sonra yer alan düzenlemenin taraflara, tahkim yerinin Türkiye dışında ve dolayısıyla *lex arbitrinin* yabancı ülke hukuku olduğu hallerde, *lex arbitrinin* izin verdiği ölçüde, tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırabileceklerini söylediği sonucuna ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Ancak MTK'da böyle bir düzenleme olmasaydı da taraflar tahkim yeri hukuku izin verdiği ölçüde tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırabilirdi. Nitekim taraflara tahkim usûlüne

⁵⁴⁵ Kaufmann-Kohler (Identifying), s. 340.

⁵⁴⁶ Şanlı, MTK m. 8(A) uyarınca yapılan seçimin davada uygulanacak usûl kurallarıyla sınırlı olduğu, tarafların bunun dışına çıkarak, örneğin karara karşı başvurulacak kanun yolları konusunda anlaşma yapamayacakları görüşündedir, Şanlı (Ticari Akitler), s. 365.

uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu veya kuralları seçme imkânı tanıyan *lex arbitridir*.

MTK'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında “veya” bağlacından sonra yer alan düzenleme tahkim usûlü ile sınırlı olarak değerlendirildiğinde bunun iki önemli sonucu olacaktır. Bunlardan ilki, tahkim usûlüne ilişkin olarak yapılan bu seçimin tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamasında yetkili olduğu konular (örneğin iptal davası açılması) bakımından söz konusu yetkilerini ortadan kaldıramayacağı, ikincisi ise MTK'nın tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırı olan hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağıdır. Esasında, ilk sonucun bir diğer görünümü, tarafların usûle uygulanmak üzere MTK'yı seçtikleri hallerde bu seçimin tahkim yeri yabancı ülke olan tahkim yargılaması üzerinde Türk mahkemelerine bir yargı yetkisi vermeyeceğidir⁵⁴⁷. Başka bir deyişle Türk mahkemeleri yalnızca tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkim yargılamalarında verilen kararlar bakımından iptal davalarını görmeye yetkilidir⁵⁴⁸. Yukarıda hakem kararlarının mensubiyeti başlığı altında yaptığımız açıklamalar da bu sonucu desteklemektedir.

Kanımızca tahkim yerinin Türkiye olmadığı durumlarda tahkim usûlüne uygulanmak üzere MTK'nın seçilmesi doğru bir yöntem değildir. Yukarıda değinildiği üzere ülkelerin tahkim kanunları genellikle tahkim usûlüne ilişkin detaylı düzenlemeler içermez. Bir kere tahkim yerini yabancı bir ülke olarak belirledikten sonra tahkim usûlüne yine bir devlet hukukunun seçilmesi, söz konusu devlet hukukunda usûle

⁵⁴⁷ Aksi yönde bkz. Özel (Kanunlar İhtilafı Meseleleri), s. 61, Özel'e göre MTK m. 1/II, III ve UNCITRAL Model Kanun m. 6 uyarınca “tahkim yeri yabancı bir ülke olarak belirlense de belirli bir milletlerarası tahkim kanunu çerçevesinde bir tahkim yürütülüyorsa, o ülkenin ulusal mahkemeleri yine görevli ve yetkili olmaktadır”.

⁵⁴⁸ Ataman Figenmeşe (İptal ve tenfiz davaları), s. 43.

ilişkin taraflarca özellikle uygulanılması istenen detaylı hükümler yer almadıkça anlamsız olacaktır. Bu bağlamda MTK'nın tahkim usûlüne ilişkin detaylı hükümler içerdiği söylenemez. Aksine MTK tahkim yargılamasının genel çerçevesini çizerek 8. madde ile taraflara tahkim usûlünü belirleme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu hallerde tahkim usûlüne MTK'nın seçilmesi herhangi bir amaca hizmet etmeyecektir. Bu sebeple MTK'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında “veya” bağlacından sonra gelen ifadenin madde metninden kaldırılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz⁵⁴⁹.

h. Tahkim usûlüne uygulanacak hukuk ve vasıflandırma ilişkisi

Yukarıda yapılan tüm açıklamalarımız aslında çalışmamızın konusunu ilgilendiren şu sorulara cevap vermemize yardımcı olacaktır: Hakem heyetinin bir meseleye *lex arbitride* yer alan bir kuralı uygulayabilmesi için o meseleyi usûle ilişkin olarak vasıflandırması gerekli midir? Hakem heyeti taraflarca usûle uygulanmak üzere seçilen kuralları veya hukuku, böyle bir seçimin yokluğunda ise *lex arbitride* yer alan kuralları herhangi bir vasıflandırma ihtiyacı olmaksızın doğrudan uygulayacak mıdır?

Yukarıda açıklandığı üzere *lex arbitri* yalnızca usûle ilişkin konuları düzenlemez⁵⁵⁰. Hakem heyeti bir meseleyi örneğin tahkim anlaşmasının geçerliliğine veya tahkime elverişliliğe ilişkin olarak vasıflandırdığında da *lex arbitri* uygulama alanı bulabilir. Ancak, yukarıdaki değerlendirmelerimiz ışığında bir meselenin uyuşmazlığın esasına ilişkin olmadığı tespit edildiğinde büyük olasılıkla *lex arbitrinin*, ya da *lex arbitri* izin

⁵⁴⁹ Anılan düzenlemenin “ölü bir hüküm” olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. Aygöl, s. 40.

⁵⁵⁰ Redfern and Hunter, para 3.62; Paulsson (Arbitration in Three Dimensions), s. 291; Henderson, s. 887.

verdiği ölçüde taraflarca seçilen usul kurallarının uygulanacağını söylemek yanlış olmaz.

İkinci soruya verilecek cevap kanımızca tarafların tahkim usûlüne uygulanmak üzere nasıl bir seçim yaptıklarına bağlı olarak değişecektir. Taraflar tahkim usûlünü tahkim anlaşmasında tek tek belirlemişlerse, hakem heyeti tahkim anlaşmasının hükümlerini uygulamak zorunda olduğundan⁵⁵¹, tarafların kararlaştırdığı kuralları doğrudan uygulayacaktır. Bunun sebebi hakem heyetinin icra edilebilir bir karar vermek için her türlü çabayı gösterme konusundaki sorumluluğudur⁵⁵². Yukarıda açıklandığı üzere, Model Kanun ve pek çok modern tahkim kanununda hakem heyetinin taraflarca kararlaştırılan tahkim usûlüne uymaması iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde *New York Sözleşmesi* m. V(1)(d)'de tahkim usûlünün tarafların anlaşmasına uygun olmaması tenfiz engelleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla hakem heyeti tarafların usûle uygulanmak üzere seçtikleri kuralları doğrudan uygulayacaktır. Aynı sonuç tarafların kurumsal veya uluslararası tahkim kurallarına gönderme yaptıkları haller bakımından da geçerlidir. Burada vasıflandırma ihtiyacı yalnızca taraflarca doğrudan kararlaştırılmayan veya tahkim kurallarında yer almayan konular bakımından söz konusu olabilir. Hakem heyeti böyle bir meseleye hangi hukuku uygulayacağını tespit etmek için öncelikle vasıflandırma yapmak durumunda kalacaktır. Meseleyi usûle ilişkin olarak vasıflandırdığında ise o meseleye, tahkim yeri hukuku izin verdiği ölçüde, uygun gördüğü bir kuralı uygulayacaktır. Taraflar usûle uygulanmak üzere bir devletin hukukunu seçtiklerinde ise durum daha farklıdır. Hakem heyeti o hukukta usûle ilişkin olarak düzenlenen kuralları tespit etmek

⁵⁵¹ Pauker (Substance and procedure), s. 5.

⁵⁵² ICC Tahkim Kuralları, Madde 42; Burada hakem heyetinin yükümlülüğü icra edilebilir bir karar vermek değil, bunun için her türlü çabayı göstermektir, Redfern and Hunter, para. 11.11.

durumunda kalacaktır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere tarafların usûle uygulanmak üzere tahkim yerinden başka bir devlet hukukunu seçmeleri o hukuku *lex arbitri* yapmaz. Dolayısıyla o hukukun yalnızca usûle ilişkin hükümleri, tahkim yerinin emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla uygulama alanı bulur. Hakem heyeti, taraflarca tahkim usûlüne uygulanmak üzere tahkim yerinden başka bir hukuk seçildiğinde, hangi konular bakımından o hukuka başvuracağı konusunda doğru vasıflandırma yapmalıdır. Taraflar tahkim usûlünü herhangi bir şekilde belirlememişse, hakem heyeti usûle ilişkin olarak vasıflandırdığı konunun tahkim yeri hukukunda düzenlenip düzenlenmediğine bakacak, tahkim yeri hukukunda bir düzenleme yoksa, uygun gördüğü kuralı uygulayacaktır.

2. Uluslararası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk

Tahkim usûlüne ilişkin sorunlar çözüme kavuşturulduğunda, hakem heyetinin temel görevi uyuşmazlığın maddi vakıalarını ortaya koymak olacaktır. Hakem heyeti, bunu, taraflar arasındaki sözleşmeyi inceleyerek, ilgili diğer belgeleri (yazışmalar, toplantı tutanakları vb. dahil) dikkate alarak ve gerektiğinde tanıkları dinleyerek yapar. Hakem heyeti daha sonra kararını ya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka (veya hukuk kuralına) göre ya da istisnai olarak ve taraflarca açıkça yetki verilmesi şartıyla tüm koşulları değerlendirdiğinde âdil ve makul olana dayanarak verir⁵⁵³.

Uluslararası uyuşmazlıklarda, ilgili maddi vakıalar tespit edildikten sonra, hakem heyetinin uyuşmazlığı çözmek için taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin dışına çıkması gerekmebilir. Özellikle uluslararası ticari işlemlerde, taraflar arasındaki

⁵⁵³ Redfern and Hunter, para 3.91.

sözleşmeler oldukça detaylı hazırlanmaktadır. Bu tür sözleşmelerde genellikle tarafların neyi amaçladığı, her birinin hangi görev ve sorumlulukları üstlendiği ve dolayısıyla meydana gelen herhangi bir sözleşmeye aykırılıktan hangisinin sorumlu tutulacağı açıkça düzenlenmektedir. Ancak, hukuki ilişki kurmaya yönelik bir sözleşme “hukuki boşlukta” (*legal vacuum*) var olamayacağı için mutlaka maddi hukuk veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak bilinen bir hukuk sistemi tarafından idare edilmelidir⁵⁵⁴. Maddi hukuk veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk sözleşmenin geçerliliği ve yorumlanmasını, tarafların hak ve yükümlülüklerini, ifa şeklini ve sözleşmenin ihlalinin sonuçlarını düzenleyen özel hukuk sistemini ifade eder⁵⁵⁵.

Uluslararası tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından değerlendirme yaparken iki durumu birbirinden ayırmak gereklidir: Tarafların hukuk seçimi yaptığı haller ile taraflar hukuk seçimi yapmadığı için hakem heyetinin esasa uygulanacak hukuku (kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca ya da doğrudan) belirlediği haller⁵⁵⁶.

a. Taraflarca esasa uygulanacak hukuk seçimi

Uluslararası tahkim, tarafların anlaşmasına dayandığı için taraf iradesi tahkim yargılamasının her aşamasında önemli rol oynamaktadır. Hatta kimi yazarlar tahkimin taraf iradesinin bir yansıması olduğuna dayanarak ulusal hukukların kısıtlamalarından kurtarılması ve “vatansız” veya “delokalize” bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul

⁵⁵⁴ Redfern and Hunter, para 3.03.

⁵⁵⁵ Redfern and Hunter, para 3.93.

⁵⁵⁶ Born, s. 2823.

edilmesi gerektiğini öne sürmüştür⁵⁵⁷. Tahkimin söz konusu iradiliği ile irade muhtariyeti ilkeleri birbirleriyle ilişkili olsalar da esasında farklı kavramlardır. Uluslararası özel hukukta irade muhtariyeti, daha özel bir mânâ taşımakta, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kendi özgür iradeleriyle tayin edebilmeleri anlamına gelmektedir⁵⁵⁸.

Uluslararası tahkimde tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku (veya hukuk kurallarını) seçmekte özgür oldukları evrensel olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Tarafların hukuk seçimi anlaşmasına etki tanınabilmesi için bu anlaşma belirli bir hukuk sistemi altında geçerli olmalıdır. Burada esasında hakem heyetinin kanunlar ihtilâfı analizi yaparak hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin tâbi olduğu hukuku tespit etmesi gerekir⁵⁶⁰. Ancak, neredeyse tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde irade muhtariyeti konusunda benzer bir yaklaşım benimsenerek hukuk seçimi anlaşmalarına tam etki tanındığı için hukuk seçimi anlaşması hangi hukuka tâbi olursa olsun sonuç çoğu zaman aynı olacaktır⁵⁶¹.

Hukuk seçimi, açık olabileceği gibi zımnen de yapılabilir⁵⁶². Ancak her koşulda tarafların hukuk seçimine ilişkin iradesi kesin olmalıdır⁵⁶³. Hakem heyeti, zımni hukuk seçiminde tarafların belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerini, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi, sözleşme hükümlerini, tarafların davranışlarını ve diğer

⁵⁵⁷ Redfern and Hunter, para 1.53.

⁵⁵⁸ Esener, T.: Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, 11 AÜHFD, 1954, s. 478.

⁵⁵⁹ Redfern and Hunter, para. 3.97; Born, s. 2879.

⁵⁶⁰ Born, s. 2879.

⁵⁶¹ Born, s. 2879.

⁵⁶² Lew, Mistelis, Kröll, s. 415; Born, s. 2940; Redfern and Hunter, para. 3.201.

⁵⁶³ Lew, Mistelis, Kröll, s. 415.

objektif kriterleri dikkate alarak tespit eder⁵⁶⁴. Geçmişte uzunca bir süre tarafların tahkim yeri seçiminin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından yapılan zımni bir seçim olduğu kabul edilmiştir⁵⁶⁵. Günümüzde ise bu görüş terk edilmiştir; tahkim yeri seçimi ne o yerin kanunlar ihtilâfı kurallarının ne de maddi hukukunun seçildiği anlamına gelir⁵⁶⁶. Nitekim tahkim yeri, tahkim yerinin maddi hukuk kurallarıyla ilgisi olmayan, coğrafi uygunluk, tarafsızlık veya popülerlik gibi pek çok farklı sebeple seçilmiş olabilir⁵⁶⁷. Dolayısıyla tahkim yeri hakem heyetinin zımni hukuk seçimini tespit ederken dikkate alacağı kriterlerden sadece biri olarak değerlendirilmelidir⁵⁶⁸. Hakem heyetleri, genellikle, tarafların iddia ve savunmalarını aynı hukuka göre yaptıkları hallerde o hukukun taraflarca zımnen seçildiğine karar vermektedir⁵⁶⁹.

Hukuk seçiminde atfa yer olmadığı doktrinde ve modern tahkim kanunlarında kabul edilen bir kuraldır⁵⁷⁰. Model Kanun'nun 28. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, belirli bir devletin hukukunun seçilmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, o devletin maddi hukukunun seçildiği anlamına gelir, kanunlar ihtilâfı kurallarının seçildiği anlamına gelmez⁵⁷¹. Bu kural MTK m. 12 (C)'de de aynen kabul edilmiştir⁵⁷².

⁵⁶⁴ Lew, Mistelis, Kröll, s. 415.

⁵⁶⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 416; Born, s. 2942.

⁵⁶⁶ Born, s. 2942.

⁵⁶⁷ Redfern and Hunter, para. 3.206.

⁵⁶⁸ Lew, Mistelis, Kröll, s. 416; Born, s. 2943.

⁵⁶⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 416.

⁵⁷⁰ Lew, Mistelis, Kröll, s. 416-417.

⁵⁷¹ “...Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.”

⁵⁷² “Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının veya usûl kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir”.

Taraflar uyuşmazlığa uygulanacak hukuku sözleşmeyi yaparken seçebilecekleri gibi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da bu haklarını kullanabilir, hatta daha önce yaptıkları hukuk seçimini değiştirerek farklı bir hukukun uygulanmasına karar verebilirler⁵⁷³.

İrade muhtariyeti bakımından uluslararası tahkime özel olarak ortaya çıkan en önemli sorun tarafların hukuk seçiminin ulusal bir hukuk sistemiyle sınırlı olup olmadığıdır. Taraflar ulusal hukukların ötesine geçerek uyuşmazlığa *lex mercatoria* gibi uluslararası ticari örf ve adet kurallarının uygulanmasını ya da hakem heyetinin hakkaniyete göre karar vermesini kararlaştırabilir mi? Esasa uygulanacak hukuk bakımından tahkim yargılaması ve mahkemeler arasındaki en önemli fark, tahkim yargılamasında, “anasyonel hukuk seçimi”nin mümkün olmasıdır. Devlet yargısında hukuk seçimi anlaşmasından söz edilebilmesi için bir devletin yürürlükte olan pozitif hukuk kurallarının seçilmesi gereklidir⁵⁷⁴. Ancak uluslararası tahkimde hukuk seçimi anlaşmalarında, varlığını bir devletin hukuk düzeninden almayan, ulus-ötesi kurallar olarak kabul edilen *lex mercatorianın* veya *UNIDROIT İlkeleri*⁵⁷⁵ gibi esnek hukuk kurallarının ya da hukukun genel ilkelerinin seçilmesi mümkündür⁵⁷⁶. Model Kanun’un 28. maddesinin ilk fıkrası veya MTK m. 12(C) gibi tarafların “hukuk kuralı” (*rules of law*) seçmesine imkân tanıyan tahkim kanunları uyarınca bu tür anasyonel

⁵⁷³ Redfern and Hunter, para. 3.101, 3.103.

⁵⁷⁴ Şanlı (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 269; Ekşi, N.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, BETA, 2015, s. 33.

⁵⁷⁵ Uluslararası Ticari Sözleşmeler için *UNIDROIT İlkeleri* (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Turkish-bl.pdf>.

⁵⁷⁶ Lew, Mistelis, Kröll, s. 451; Redfern and Hunter, para. 3.164; Moses, s. 79; Born, s. 2966; Lando, O.: *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, Contemporary Problems in International Arbitration, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987, s. 104.

hukuk seçimleri geçerli kabul edilmektedir⁵⁷⁷. Benzer şekilde *UNCITRAL* Tahkim Kuralları m. 35(1) ve *ICC* Tahkim Kuralları m. 21 gibi pek çok tahkim kuralında da tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere hukuk kurallarını seçebilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu anasyonel hukuk seçimleri devlet yargısında ve tahkim yargılamasında tanınan etkiler birbirinden farklıdır. Devlet yargısında bu seçimlerin hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği, bunun bir enkorporasyon (*incorporation*) - yani seçilen kuralları sözleşme metnine dahil etme- olduğu ve ancak akit statüsünün emredici hukuk kurallarına aykırı olmadıkça uygulanabileceği kabul edilirken⁵⁷⁸, tahkim yargılamasında bu türden seçimlere hukuk seçimi etkisi tanınmaktadır⁵⁷⁹. Ayrıca, hakem heyeti, taraflarca açıkça yetkilendirilmek şartıyla uyuşmazlığı hakkaniyet ve nasafete (*ex aequo et bono*) göre veya dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak da çözebilir⁵⁸⁰. Bunun anlamı hakem heyetinin hukuk kurallarını uygulama zorunluluğu olmaksızın somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak uyuşmazlığı en adil ve hakkaniyetli olana göre çözmesidir⁵⁸¹. Burada hakemlere esneklik sağlanmakta, hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmaksızın hakkaniyet prensibinden hareket ederek karar verme yetkisi tanınmaktadır. Ancak uygulamada taraflar uyuşmazlığın hakkaniyet ve nasafete göre çözülmesini nadiren tercih etmektedir⁵⁸². Hukuk seçimi anlaşmalarına bakıldığında yaklaşık %98 gibi yüksek bir oranla tarafların bir devletin hukukunu seçtikleri görülmektedir⁵⁸³.

⁵⁷⁷ Born, s. 2967.

⁵⁷⁸ Şanlı (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 269; Bayata Canyaş, A.: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet, 2012, s. 62-64.

⁵⁷⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 417.

⁵⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Patocchi, P. M.: *Arbitration Ex Aequo et Bono* ("Amiable Composition"), Romanian Arbitration Journal, 11, 2017, s. 19-40.

⁵⁸¹ Patocchi (Arbitration Ex Aequo et Bono), s. 19; Redfern and Hunter, para. 3.192; Born, s. 2987.

⁵⁸² Born, s. 2987.

⁵⁸³ Born, s. 2959.

b. Seçimin olmadığı durumlarda hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemesi

Hakem heyetinin, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin etme yetkisi neredeyse tüm uluslararası tahkim düzenlemelerinde, ulusal hukuklarda ve uluslararası tahkim kurallarında evrensel olarak kabul edilmiştir⁵⁸⁴.

New York Sözleşmesi, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir hüküm içermese de, Sözleşmeye taraf olan devletlerin kararın esasına ilişkin bir inceleme yapmaksızın kararı tanıma ve tenfiz etme yükümlülüklerinin, hakem heyetinin esasa uygulanacak hukuku tayin ederken yaptığı değerlendirmeleri de kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁸⁵. 1961 tarihli Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (“Avrupa Sözleşmesi”)⁵⁸⁶ ise hakem heyetinin bu konudaki yetkisini m. VII(1) altında doğrudan düzenleyerek, tarafların seçim yapmadığı hallerde hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına “uygulanabilir bulunduğu” kanunlar ihtilâfi kuralı uyarınca yetkili hukuku uygulayacağını hüküm altına almıştır⁵⁸⁷.

Neredeyse tüm modern tahkim kanunları hakem heyetinin taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tayin etme yetkisini kabul ederken bu yetkinin çok sınırlı bir yargı denetimini tâbi olduğunu açık bir şekilde düzenlemektir. Model Kanun,

⁵⁸⁴ Born, s. 2824; Lando, s. 107.

⁵⁸⁵ Born, s. 2825; hakemlerin dikkate aldığı kanunlar ihtilafı kurallarının devlet yargısınca denetlenmesinin mümkün olup olmadığı hakkında bkz. Akıncı, Z.: *Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi (28.1.1994 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi)*, BATİDER, 17, 3, s. 124 vd. Akıncı, hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlerken dikkate aldığı kanunlar ihtilafı kurallarına aykırılığın, iptal davası ve tenfiz aşamalarında tahkimin tâbi olduğu usul kurallarına aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir, s. 127.

⁵⁸⁶ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, 484, p. 364, No. 7041 (1963-1964).

⁵⁸⁷ Lando, s. 107.

hakem heyetinin uyuşmazlığa taraflarca açıkça veya zımnen seçilen hukuk kuralını (m. 28(1)), böyle bir seçim yapılmadığında hakem heyeti tarafından tayin edilen hukuku (m. 28(2)) uygulayacağını düzenlemiştir. Bununla birlikte Model Kanun'da hakem heyetinin hukuk tayininin mahkemeler tarafından incelenmesini düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Hakem heyeti tarafından uygulanacak hukukun tayininde yapılan hatalar m. 34'de ve m. 36'da sınırlı sayıda düzenlenen iptal sebepleri ve tenfiz engelleri arasında da yer almaz.

Ulusal tahkim kanunlarında hakem heyetinin uygulanacak hukuku tayin ederken izleyebileceği yollar bakımından tercih edilen yaklaşımlar şunlardır⁵⁸⁸:

- Tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması.
- Tahkim yeri hukukunun uygulanması.
- Uluslararası tahkime özel kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması (en sıkı ilişki kriteri).
- “Uygulanabilir” (*applicable*) veya “uygun” (*appropriate*) bulunan kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması.
- Kanunlar ihtilâfı analizine başvurmadan maddi hukuk kurallarının doğrudan uygulanması.

Bu yaklaşımlardan ilki, günümüzde tahkim dostu hukuk sistemlerinin neredeyse tamamı tarafından terk edilmiş, hakem heyetinin *lex forisi* olmadığından hareketle tahkim yerindeki yerel mahkemelerle bir tutulamayacağı ve dolayısıyla tahkim yerinin

⁵⁸⁸ Born, s. 2836-2843; Özel, S.: *Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanan Hukuk*, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, eds. Akıncı, Z., Demirkol, B., On İki Levha, Şubat 2021, s. 195.

kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlı olmadığı kabul edilmiştir⁵⁸⁹. İkinci yaklaşıma ise orta doğu ülkelerinin hukuk sistemlerinde rastlanılmaktadır⁵⁹⁰. Üçüncü yaklaşım modern tahkim kanunlarında sıklıkla tercih edilen bir yöntemdir. Günümüzde, İsviçre, Almanya ve Türkiye dahil olmak üzere pek çok ülkenin tahkim mevzuatı tahkime özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı düzenleyerek hakem heyetinin hukuk seçiminde kriter olarak “uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili” hukuk veya hukuk kuralını kullanmaktadır⁵⁹¹. Örneğin, *PILA* m. 187 (1) uyarınca, taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralları seçilmediğinde hakem heyeti uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili hukuk kuralını uygulayacaktır. Alman *ZPO* m. 1051 (2) uyarınca taraflarca uygulanacak hukuk kuralları seçilmediğinde hakem heyeti uyuşmazlık konusuyla en sıkı ilişkili devletin hukukunu uygulayacaktır. Benzer şekilde *MTK* m. 12(C)(2) uyarınca taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmadıklarında hakem heyeti uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verecektir.

Model Kanun ve diğer bazı modern tahkim kanunlarında ise taraflar kendilerine tanınan irade muhtariyetini kullanmadığında hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili olan hukuku uygulayacağı düzenlenmiştir. İngiliz Tahkim Kanunu m. 46(3) uyarınca, taraflarca bir seçim yapılmamışsa, hakem heyeti uygulanabilir bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca belirlediği hukuku uygulayacaktır. Bu yöntem hakem heyetine oldukça geniş takdir

⁵⁸⁹ Born, s. 2838; *Goldman*’ın hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlı olmadığı görüşü, *Sapphire* tahkim yargılamasında yapılan “hakem heyetinin yerel mahkemelerin aksine *lex forisi* olmadığı” değerlendirmesiyle pekiştirilmiş ve bugün hakem heyetinin uygulanacak hukuku doğrudan belirleyebilmesinin önü açılmıştır, Redfern and Hunter, para. 3. 213; Lew, Mistelis, Kröll, s. 426.

⁵⁹⁰ Born, s. 2838.

⁵⁹¹ Born, s. 2838-2839.

yetkisi tanımaktadır⁵⁹². Hakem heyeti ne tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kuralıyla bağlıdır ne de uygulanacak hukuku tayin ederken belirli bir bağlama noktasından (en sıkı ilişki gibi) hareket etmek zorundadır. Hakem heyeti uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bu yaklaşımın bir adım ötesi hakem heyetine uygun bulduğu hukuku doğrudan uygulama imkânı tanınmasıdır. Nitekim bazı ulusal kanunlarda hakem heyetine herhangi bir kanunlar ihtilâfı analizine başvurmaksızın uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku doğrudan tayin etme imkânı tanınmıştır⁵⁹³. Örneğin, *FCCP* m. 1511 uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığı uygun bulduğu hukuk kuralı uyarınca çözecektir. Anılan hüküm uyarınca hakem heyetinin herhangi bir ülkenin kanunlar ihtilâfı hukukuna başvurma zorunluluğu olmadığı gibi uyuşmazlığın esasına bir devletin hukukunu uygulama mecburiyeti de yoktur. Hakem heyeti uyuşmazlığın çözümü için uygun gördüğü hukuk kuralını doğrudan uygulayabilir. Bu yaklaşım Hollanda, Macaristan, Slovenya, Kanada, Hindistan ve Kenya gibi ülkelerde ve önde gelen kurumsal tahkim kurallarında da benimsenmiştir⁵⁹⁴. Örneğin, *UNCITRAL* Tahkim Kuralları m. 35(1) ve ICC Tahkim Kuralları m. 21(1) uyarınca taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında hakem heyeti uyuşmazlığa uygun bulduğu maddi hukuk kuralını doğrudan uygulayabilir. Kanımızca uluslararası tahkimin doğasına ve ihtiyaçlarına en uygun yöntem hakem heyetine uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku (veya hukuk kuralını) doğrudan belirleme imkânı verilmesidir. Hakem heyetine uyuşmazlığın çözümü konusunda güveniliyorsa, hangi ülkenin hukuku ya da hukuk kuralı uyarınca çözüleceğini tayin etme konusunda da güvenilmelidir. Taraflar hakem heyetine böyle bir yetki vermek istemiyorsa,

⁵⁹² Lando, s. 107.

⁵⁹³ Born, s. 2842; Lew, Mistelis, Kröll, s. 434.

⁵⁹⁴ Born, s. 2842, dn 122; Redfern and Hunter, para. 3. 217.

kendilerine tanınan irade muhtariyetini kullanarak her zaman uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilir.

Kurumsal tahkim kurallarında hakem heyetine esasa uygulanacak hukuku tayin etme konusunda ulusal kanunlardaki düzenlemelere kıyasla daha geniş takdir yetkisi (hakem heyetine uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralını ya da doğrudan maddi hukuku uygulama imkânı) tanıyan hükümlerin, ulusal kanunlarda hakem heyetine en sıkı ilişkili hukuku veya hukuk kuralını uygulamasını söyleyen düzenlemelerin yerine geçerek uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır⁵⁹⁵. Örneğin, tahkim yeri Türkiye olan bir ICC tahkiminde, hakem heyeti, MTK'nın taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde hakem heyetinin uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukuku uygulayacağını söyleyen hükmü (m. 12(C)(2)) yerine, ICC Tahkim Kuralları m. 21(1) uyarınca uygun bulduğu hukuk kuralını uygulayabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim kurumsal tahkim kurallarının uygulanması tarafların irade muhtariyetinin bir yansımasıdır. Modern tahkim kanunlarında taraflara tanınan “hukuk kuralı” seçme imkânı kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunarak kullanılabilir. Bunun anlamı tarafların söz konusu kurumsal tahkim kuralında öngörülen kanunlar ihtilâfı kuralını benimsediği, bu yönde bir hukuk seçimi yaptığıdır. Dolayısıyla, ulusal kanunlardaki bu düzenlemelerin kurumsal tahkim kurallarında hakem heyetine daha geniş takdir yetkisi tanıyan hükümlerin uygulanmasına izin verdiği kabul edilmelidir⁵⁹⁶. Aynı değerlendirme hakem heyetine uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili olan hukuku uygulamasını söyleyen ulusal kanunlar (Örneğin Model Kanun) karşısında herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına

⁵⁹⁵ Born, s. 2843.

⁵⁹⁶ Born, s. 2844.

başvurmaksızın doğrudan uygun bulduğu maddi hukuk kuralını uygulama yetkisi veren kurumsal tahkim kuralları bakımından da yapılabilir.

c. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve vasıflandırma ilişkisi

Uluslararası tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından gerek taraflara tanınan irade muhtariyeti gerek hakem heyetinin takdir yetkisi devlet yargısındaki geleneksel sınırlamaları aşacak şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Kanımızca tarafların esasa uygulanmak üzere anasyonel hukuk kurallarını seçebilmeleri, hakem heyetini açıkça yetkilendirerek uyuşmazlığın hakkaniyet ve nasafet kuralları uyarınca çözülmesini tercih edebilmeleri, taraflarca bir seçim yapılmadığında hakem heyetinin herhangi bir hukuk sistemine bağlı kalmadan uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralını ya da doğrudan maddi hukuku uygulayabilmesi, devlet yargısında çok daha katı kurallara tâbi olan uygulanacak hukukun tayini için atılan ilk adım olan vasıflandırma sırasında, yukarıda savunduğumuz üzere, belirli bir devletin hukuk sisteminde yer alan sınıflandırmalara bağlı kalmaksızın karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla ulaşabileceği evrensel kategorileri dikkate alması gerektiği görüşümüzü destekler niteliktedir.

Kimi zaman yerel mevzuatta yer alan hükümler devletlerin politik kaygı ve çıkarları doğrultusunda düzenlenmiş olabilir. Kanımızca bu tür kuralların uluslararası tahkimde uygulama alanı bulmaları için ulus-ötesi standartlara uygun olmaları gerekir. Uluslararası tahkimde, bir kural, örneğin, sözleşme belirli bir yerde yapıldığı veya ifa edildiği için otomatik olarak uygulama alanı bulmamalıdır. Kanımızca bu sayılanlar önemli bağlama noktaları olsa ve kanunlar ihtilafı hukukunda uygulanacak hukukun

tafininde kullanılsa da, hakem heyeti bu hakukları katı bir biçimde uygulamak yerine, söz konusu hakukların hepsinin özünü değerlendirmelidir. İlgili bağlama noktalarının işaret ettiğı tüm hakuklar içerisinde, önündeki uyuşmazlık bakımından ulus-ötesi kabul gören standartlara en uygun sonucu veren hukuku uygulanacak hukuk olarak tayin etmeli ve uyuşmazlığı buna göre çözmelidir.

3. Uluslararası tahkimde usûl ve esas ayrımında “gri alanlar”

Pek çok meselenin usûle mi yoksa esasa ilişkin mi olduğunun vasıflandırılması rahatlıkla yapılabilir. Örneğin, bir sözleşme hükmünün garanti olup olmadığı sorusu açıkça maddi hukuka ait bir konudur. Öte yandan, tarafların duruşma öncesinde kaç dilekçe sunabilecekleri veya bu dilekçelerin sunulma süresi ve sırası hiç şüphesiz usûle ilişkin konulardır. Tahkim yargılamasında usûle ilişkin olarak ortaya çıkabilecek meselelere usûli zaman çizelgesi, iddia ve savunmaların sunulmasına ilişkin kurallar, duruşmaların yürütülmesi, tarafların ve tanıkların dinlenmesi, yerel mahkemelerin tahkim yargılamasına verecekleri destek, hakemlerin tanık çağırma celbi düzenleme yetkisi olup olmadığı, hakemlerin keşif yapıp yapamayacağı gibi konular örnek olarak verilebilir.

Bazı konular ise tahkim anlaşmasında düzenlendikleri için usûle veya esasa ilişkin olarak vasıflandırılmasından bağımsız olarak doğrudan uygulanır⁵⁹⁷. Örneğin, eğer tahkim anlaşmasında “*işbu Sözleşmeden doğan hiçbir uyuşmazlık 23 Eylül 2022 tarihinden sonra tahkimde görülemez; bu Sözleşme her iki Tarafça yazılı olarak değiştirilmediği sürece bu süre uzatılamaz*” yazıyorsa bu hüküm usûle veya esasa

⁵⁹⁷ Pauker (Substance and procedure), s. 5.

ilişkin olduğu tartışmasından bağımsız olarak söz konusu sözleşme uyarınca atanan hakem heyeti için bağlayıcıdır. Ancak tahkim anlaşmasında yer alan bu hükmün uygulanmaması halinde, anılan hükmün tahkim usûlüne mi yoksa uyuşmazlığın esasına mı ilişkin olduğu, iptal davasında iptal sebepleri bakımından önem arz edecektir.

“Gri alanlar” olarak adlandırabileceğimiz bazı meselelerin ise usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduklarının tespit edilmesi kolay olmayabilir. Bu meselelerin bazıları *sui generis* nitelikte olup hem yargılama usûlü hem uyuşmazlığın esası ile ilgili olabilir; diğerleri ise aslında daha çok uyuşmazlığın esasını ilgilendirseler de Anglosakson hukukunda geleneksel olarak usûle ilişkin kabul edildikleri için vasıflandırma sorunları ortaya çıkabilir⁵⁹⁸. Uluslararası tahkimde özellikle ispat yükü, zamanaşımı, zarar (*damages*) ve zararın giderilmesi (*remedies*) gibi konular bakımından vasıflandırma sorunları ortaya çıkmaktadır⁵⁹⁹.

Hemen belirtmemiz gerekir ki gri alanlar olarak adlandırdığımız bu konuların vasıflandırılması kanunlar ihtilafı hukuku kapsamında pek çok yazar tarafından tartışılmış⁶⁰⁰ ancak uluslararası kabul görmüş üzerinde mutabakata varılan bir vasıflandırmaya henüz ulaşılamamıştır⁶⁰¹. Çalışmamızın bu bölümünde amacımız bu tartışmaları tekrar etmekten kaçınarak gri alanların hakem heyeti tarafından nasıl vasıflandırılabilirliği sorusunu yanıtlamak olacaktır. Nitekim hakem heyeti vasıflandırma yaparken yerel mahkemelere göre daha liberal yaklaşımlar

⁵⁹⁸ Pauker (Substance and procedure), s. 5.

⁵⁹⁹ Born, s. 2873.

⁶⁰⁰ Garnett, s. 198-201, 261-294, 295-360.

⁶⁰¹ Pauker (Substance and procedure), s. 6; Aygül, s. 132.

benimseyebilir. Uluslararası tahkimde hakem heyeti iç hukuklarda kabul edilen geleneksel vasıflandırmalarla bağlı değildir⁶⁰². Mahkemeler konuyu *lex fori* ve *lex causae* ayırımından hareketle değerlendirirken *lex forisi* olmayan ve dolayısıyla herhangi bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralını uygulamak mecburiyeti bulunmayan hakem heyeti konuya çok daha geniş bir perspektiften bakabilir.

a. İspat yükü

Uyuşmazlıkla ilgili bir iddiayı hangi tarafın ispat etmesi gerektiği sorunu, diğer yargı türlerinde olduğu gibi, uluslararası tahkimde görülen uyuşmazlıkların çözümü bakımından da büyük önem arz eder. İspat hukuku usul hukuku içerisinde çok önemli bir yere sahip olsa da ispat yüküne ilişkin pek çok kural maddi hukuk karakterlidir⁶⁰³. Bu durum, hukuk sistemlerinde ispat yükünün vasıflandırılması konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmesine sebep olmaktadır⁶⁰⁴.

İspat yükü, geleneksel olarak, Kıta Avrupası hukukunda esasa (maddi hukuka)⁶⁰⁵, Anglosakson hukukunda ise usûle⁶⁰⁶ ilişkin bir konu olarak vasıflandırılmaktadır⁶⁰⁷.

⁶⁰² Aygöl, s. 132.

⁶⁰³ Nomer (Milletlerarası Usul Hukuku), s. 29 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.480.

⁶⁰⁴ Devlet yargısında ispat yükü maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak vasıflandırıldığında bağlama kuralları uyarınca tayin edilen yetkili yabancı hukuka (*lex causae*), usule ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılırsa *lex fori*ye tâbi olacaktır, Doğan, s. 31.

⁶⁰⁵ Uluslararası özel hukukta delillere uygulanacak hukuk konusu tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı olarak delillerin türü, kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesinin usûle uygulanacak hukuka (*lex fori*) ispat yükü ve belirli durumlarda bu ispat yükünü tersine çevirecek karinelerin ise esasa uygulanacak hukuka (*lex causae*) tâbi olduğu kabul edilmektedir, Poudret/Besson, s. 550; Aygöl, s. 133; Demir Gökyayla, C.: *Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanması Uygulanacak Hukuk*, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, eds. Akıncı, Z., Demirkol, B., On İki Levha, Şubat 2021, s. 403.

⁶⁰⁶ Lew, Mistelis, Kröll, s. 552; Patocchi, P.M., Meakin, I.L.: *Procedure and The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures*, International Business Law Journal, 1996, s. 889; İspat yüküne İngiliz ve Amerikan hukukçular tarafından da esasa uygulanacak hukukun uygulandığı yeni tarihli karar ve yaklaşımlar için bkz. Garnett, s. 199.

⁶⁰⁷ Pauker (Substance and procedure), s. 20; Garnett; s. 198-199; Aygöl, s. 132.

Yerel tahkim kanunlarında delillere⁶⁰⁸ ilişkin kapsamlı kurallar yer almaz⁶⁰⁹. Hakem heyeti, tahkim yeri hukukunda tahkim yeri mahkemeleri için öngörülen usûl kurallarıyla bağlı değildir⁶¹⁰. Nitekim, hakem heyetinin, tahkim usulünü belirleme konusundaki takdir yetkisi, delillere uygulanacak hukuku belirleme yetkisini de kapsar⁶¹¹. Ancak hakem heyetinin takdir yetkisinden söz edilebilmesi için delillere ilişkin konunun usûle ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılması gerekir⁶¹². Başvurulacak bir *lex forin*in yokluğunda hakem heyeti bakımından delilleri ilgilendiren bir meselenin, örneğin bu başlık altında tartıştığımız ispat yükünün hangi tarafta olduğu sorununun, usule mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunun vasıflandırılması kolay değildir. Bazı hallerde *lex arbitride* bu konuda özel bir düzenleme olabilir. Örneğin, EAA'nın 34. maddesinin ilk fıkrasında, hakem heyetine usule ve delillere ilişkin meselelerde karar verme konusunda takdir yetkisi tanınmış, ikinci fıkrasında hangi konuların usule ve delillere ilişkin olduğu sayılmıştır. Bu düzenlemenin anlamı delillere ilişkin anılan maddede sayılan meselelerin usule ilişkin olarak vasıflandırıldığı ve hakem heyetine bu konular bakımından takdir yetkisi verildiğidir. Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki, bir mesele *lex arbitride* açıkça usule veya esasa ilişkin olarak vasıflandırılmış olsa dahi, yukarıda vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk başlığı altında yaptığımız açıklamalarımız doğrultusunda, tahkimin ulus-ötesi niteliği

⁶⁰⁸ Uluslararası tahkimde deliller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aygöl, s. 127 vd.; Demir Gökyayla, C.: Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi, Vedat Kitapçılık, 2014; Demir Gökyayla, C.: *Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk*, PPIL, 40(2), s. 729-773; Demir Gökyayla (Delillerin Toplanması), s. 403-428.

⁶⁰⁹ MTK bakımından yapılan değerlendirme için bkz. Demir Gökyayla (Delillerin Toplanması), s. 406-408.

⁶¹⁰ Poudret/Besson, s. 551; Demir Gökyayla (Delillerin Toplanması), s. 409-410; Nitekim MTK'nın 17. maddesi bakımından yukarıda yaptığımız değerlendirme de bu görüşü yansıtmaktadır. Uluslararası tahkimde, yerel mahkemeler için düzenlenen usûl kuralları yalnızca bu kurallara açıkça atıf yapıldığı hallerde uygulanmalıdır.

⁶¹¹ Poudret/Besson, s. 551.

⁶¹² Poudret/Besson, s. 551.

dikkate alınmadan doğrudan tahkim yeri hukukunda öngörülen hukuki kategorilerden yola çıkılarak vasıflandırma yapılması doğru değildir.

Poudret/Besson, uluslararası özel hukukta, ispat yükünün (ve belirli durumlarda bu ispat yükünü tersine çevirecek karinelerin) geleneksel olarak esasa ilişkin olarak vasıflandırıldığını belirtmiş, tarafların tahkim yoluna başvurmalarının, *lex causaeda* bu konuları düzenleyen kuralların uygulanmasını istemedikleri yönünde zımni iradeleri olduğu anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir⁶¹³. Dolayısıyla yazarlar ispat yükünü (ve belirli durumlarda bu ispat yükünü tersine çevirecek karinelerin) esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırmakta ve *lex causaeya* tâbi kılmaktadır⁶¹⁴.

Born'a göre, uluslararası tahkimde ispat yükünün hangi tarafta olduğu sorusuna cevap verilirken ne tek başına uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ne tahkim usûlüne uygulanacak hukuk dikkate alınmalıdır⁶¹⁵. İspat yüküne ilişkin kurallar, bir yandan, maddi hukuk ilkelerinin bir yansıması olarak ve bu ilkelerle uyum içerisinde geliştirilirken bir yandan da delillerin (taraflar arasında veya üçüncü kişilere) sunulmasının (*disclosure*) mümkün olup olmaması gibi usûlî meselelerden etkilenmektedir⁶¹⁶. Bu sebeple, ispat yükünün dağılımına ilişkin bir karar verilirken uyuşmazlığın esasına ve tahkimin usûlüne uygulanacak kuralların birlikte değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır⁶¹⁷. *Born*'a göre hakem heyeti herhangi bir hukuk sisteminden alınan ispat yükü kurallarını uygulamak zorunda

⁶¹³ Poudret/Besson, s. 550-551.

⁶¹⁴ Poudret/Besson, s. 550-551; Aynı yönde bkz. Aygöl, s. 133; Waincymer, s. 764.

⁶¹⁵ Born, s. 2873.

⁶¹⁶ Born, s. 2873.

⁶¹⁷ Born, s. 2873.

olmayıp tahkimin esasına ve usûlüne ilişkin konuları dikkate alarak özel olarak geliştirdiği ispat yükü kurallarını uygulayabilir⁶¹⁸. O' Malley de benzer şekilde, hakem heyetinin taraflarca ispat yüküne uygulanmak üzere seçilen usûl kurallarını uygularken aynı zamanda esasa uygulanacak hukukun ispat yükünün dağılımını etkileyen düzenlemelerini dikkate alması gerektiği görüşündedir⁶¹⁹.

Yukarıda yer verdiğimiz görüşler doğrultusunda, hakem heyetinin ispat yükünü usul ve esas ayrımı bakımından vasıflandırırken *lex fori* veya *lex causae* arasında bir seçim yapmak zorunluluğu olmadan, yerel hukuk sistemlerinde kabul edilen vasıflandırmalardan bağımsız olarak, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma yaparak somut olaya en uygun çözümü bulabileceği kanaatindeyiz.

b. Zamanaşımı

Yukarıda da yer verildiği üzere, zamanaşımı bazı Anglosakson ülkelerinde usûle ilişkin kabul edilmekte ve bu sebeple usûle uygulanacak hukuka tâbi kılınmakta⁶²⁰; Kıta Avrupası hukukunda esasa ilişkin bir mesele olarak değerlendirilmekte ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tâbi kılınmaktadır⁶²¹.

Uluslararası tahkim uygulamasında, Kıta Avrupası ülkelerinde hâkim olan anlayışa paralel olarak, zamanaşımın genellikle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tâbi olduğu kabul edilmektedir⁶²². Bu yaklaşım, Roma I ve II Tüzükleriyle de uyumludur:

⁶¹⁸ Born, s. 2873.

⁶¹⁹ O'Malley, N.D.:Rules of Evidence in International Arbitration, 2nd edition, 2019, s. 215; Pauker (Substance and procedure), s. 21.

⁶²⁰ Born, s. 2874; 1971 Restatement (Second) Conflict of Laws, S. 142, S. 143.

⁶²¹ Born, s. 2874; PILA, m. 148 (1); MÖHUK, m. 8.

⁶²² Born, s. 243.

“Tüzük uyarınca belirlenen uygulanacak hukuk aynı zamanda zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle de uygulanır”⁶²³. Günümüzde Anglosakson ülkelerinde de zamanaşımını esasa ilişkin bir mesele olarak kabul etme yönünde bir eğilim olduğu söylenebilir⁶²⁴. Uluslararası tahkimde zamanaşımına ilişkin bir diğer mesele zamanaşımının kesildiği tarihin hesaplanmasıdır. Bu konu genellikle yerel mevzuatta ve kurumsal tahkim kurallarında düzenlenmektedir⁶²⁵. Uygulanması muhtemel bir yerel hukuk ile kurumsal tahkim kuralı arasında bir çatışma olduğunda, en kısa sürenin dikkate alınması taraf avukatları açısından en güvenli yol olacaktır⁶²⁶.

c. Zararın hesaplanması ve giderilmesi

Uluslararası tahkimde, zararın hesaplanması ve giderilmesi (*remedy*) bakımından da benzer vasıflandırma problemleri ortaya çıkabilir. Nitekim bu konular tarihsel olarak Anglosakson ülkelerinde usûle ilişkin, Kıta Avrupası’nda ise esasa ilişkin olarak kabul edilmiştir⁶²⁷.

Born’a göre, zararın miktarının hesaplanmasına ilişkin sorunların esasa uygulanacak hukuka, hakem heyetinin bu konudaki karar verme yetkisinin (*remedial power*) ise

⁶²³ 17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü, *Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*. O.J. L 177/6, Madde 12(1)(d); 11 Haziran 2007 tarihli Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü, *Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II)*. OJ 31.7.2007-L199, Madde 15(h).

⁶²⁴ Garnett, s. 263-267; Born, s. 2875; Birleşmiş Milletler 1982 tarihli *Uniform Conflict of Laws-Limitations Act* uyarınca zamanaşımı esasa uygulanacak hukuka tâbi kılınmıştır. Ancak, *Limitations Act* yalnızca birkaç eyalet tarafından kabul edilmiştir (Washington, Colorado, Oregon, North Dakota ve Montana); İngiltere’de 1984 yılında yapılan değişiklik için bkz. yuk. s 27.

⁶²⁵ Model Kanun, m. 21; *PILA*, m. 181; MTK m. 10; *UNCITRAL* Tahkim Kuralları, m. 3 (2); *ICC* Tahkim Kuralları, m. 4 (2).

⁶²⁶ Born, s. 2875.

⁶²⁷ Born, s. 2875; Garnett, s. 295 vd.

tahkim yeri hukukuna tâbi olduğunun kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşımdır⁶²⁸. Öte yandan, uluslararası tahkimde, taraflar, zararın giderilmesi konusunda hakem heyetinin sahip olduğu yetkinin kapsamını tahkim anlaşmasında belirleyebilir⁶²⁹. Böyle bir durumda taraf iradesi tahkim yeri hukukunda yer alan sınırlamalardan etkilenmemeli; tarafların hakem heyetine yetki verdiği bir konuda tahkim yeri hukukunda böyle bir yetki tanınmamış olsa dâhi hakem heyetinin tahkim anlaşmasında kararlaştırıldığı şekilde yetkili olduğunun kabul edilmesi gerekir⁶³⁰. Zararın giderilmesi konusunda genellikle hakem heyetinin ihtiyati tedbir veya tespit kararı verip veremeyeceği, çifte tazminata veya para cezasına hükmedip hükmedemeyeceği tartışma konusu olmaktadır⁶³¹. Örneğin, taraflar tahkim anlaşmasında açıkça hakem heyetine geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi tanımışlarsa, tahkim yeri hukuku bu yetkiyi münhasıran mahkemelere vermiş olsa dahi, tarafların iradesine etki tanınmalı, hakem heyetinin yetkili olduğu kabul edilmelidir⁶³².

d. Değerlendirmelerimiz

Hakem heyeti tahkim yargılamasında karşılaştığı problemleri devlet yargısındaki mahkemeler gibi belirli bir hukuk sistemine bağlı kalarak çözmek zorunda değildir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hakem heyeti vasıflandırma yaparken tüm iç hukuk kural ve kavramlarından bağımsız olarak karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun ulus-ötesi kavramlar kullanılmalıdır.

⁶²⁸ Born, s. 2875.

⁶²⁹ Born, s. 3322.

⁶³⁰ Born, s. 3322; Erten, R.: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet, 2010, s. 57.

⁶³¹ Born, s. 3322.

⁶³² Erten (Geçici Hukuki Koruma), s.57, Günümüzde geçici hukuki koruma kararı verme yetkisini münhasıran mahkemelere tanıyan hukuk sistemi oldukça azdır.

Dolayısıyla, kanımızca, hakem heyeti, usûl ve esas ayrımı bakımından arada kalan bu “gri alanları” vasıflandırırken önündeki hukuki meseleye uygulanması muhtemel olan tüm hukukları (tahkim yeri hukuku, esasa uygulanacak hukuk veya muhtemel tenfiz ülkesi hukuku) değerlendirmeli; somut olayda ayrımın neden yapıldığına ve sonucunun ne olacağına dikkat etmelidir. Bu yaklaşım hakem heyetinin icra edilebilir bir karar vermek için her türlü çabayı gösterme yükümlülüğüyle de bağdaşmaktadır⁶³³.

Bir görüşe göre tarafların esasa uygulanacak hukuku seçtikleri, usûle uygulanacak hukuk bakımından sessiz kaldıkları ve tahkim usûlüne uyumsuzlukla hiçbir bağlantısı olmayan tahkim yeri hukukunun uygulandığı hallerde, gri alanların esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmasının taraf iradesi ile uyumlu olduğu kabul edilebilir⁶³⁴. Taraf iradesinin en önemli unsur olduğu tahkim yargılamasında tarafların beklentilerinin karşılanması için usûle ilişkin konuların kapsamının daraltılması, esasa ilişkin konuların kapsamının ise genişletilmesi daha uygun olabilir⁶³⁵. Ancak yazarın da kabul ettiği üzere⁶³⁶, bu görüş tarafların uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku açıkça seçtikleri hallerde ikna edici olup, uygulanacak hukukun hakem heyeti tarafından tayin edildiği veya tarafların usûle uygulanacak hukuku da seçtikleri hallerde geçerliliğini yitirecektir.

⁶³³ ICC Tahkim Kuralları, Madde 42; Redfern and Hunter, para. 11.11.

⁶³⁴ Pauker (Substance and procedure), s. 6.

⁶³⁵ Pauker (Substance and procedure), s. 6.

⁶³⁶ Pauker (Substance and procedure), s. 6.

II. Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmanın Belirleyici Olduğu Diğer Alanlar

Uluslararası tahkimde, vasıflandırmanın belirleyici olduğu diğer alanlar yetki ve kabul edilebilirlik ayrımı ile tahkim anlaşmasının geçerliliği konusudur. Hakem heyetinin, bir ilk itirazı yetki ve kabul edilebilirlik kategorilerinden hangisi altında değerlendirdiğinin tahkim yargılaması üzerinde önemli sonuçları bulunmaktadır⁶³⁷. Bu konuda yapılan vasıflandırma hakem heyetinin kararının iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde yerel mahkemeler tarafından bir incelemeye tâbi olup olmayacağını etkiler. Bununla birlikte, itirazın yetkiye veya kabul edilebilirliğe ilişkin olması, itiraza sebep olan eksikliğin giderilmesinin ve aynı uyuşmazlığın tekrar hakem heyeti önüne getirilmesinin mümkün olup olmadığını da belirlemektedir.

Vasıflandırma tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından yapılan değerlendirmelerde de önemli rol oynamaktadır. Tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının tespit edilebilmesi için, tahkim anlaşmasının şekline, asli geçerliliğine, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine ve tahkime elverişliliğe ilişkin konular bakımından vasıflandırma yapılması ve uygulanacak hukukların tespit edilmesi gerekir.

⁶³⁷ Tiryakioğlu, B.: *Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik*, Tahkim Anlaşması, Özdemir Kocasakal, H., Balkar, S. eds., On İki Levha, 2020, s. 87.

A. Yetki ve Kabul Edilebilirlik Sorunları

Uluslararası tahkimde, bir ilk itirazın yetki veya kabul edilebilirlik kategorilerinden hangisiyle ilişkili olduğunun tespit edilmesi her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, tahkim anlaşmasında bekleme veya müzakere süreleri ya da öncelikle başvurulması gereken farklı aşamalar öngörülmüş olabilir. Davacı bu süre veya aşamalara uymadan tahkim yargılamasını başlattığında davalının itirazıyla karşılaşacaktır. Tahkim yargılamalarında bazı hakem heyetleri bu süre ve aşamaları yetkiyi etkilemeyen usûli meseleler olarak vasıflandırırken diğer bazı hakem heyetleri taraf iradesinden hareket ederek konuyu yetkiye ilişkin olarak kabul etmişlerdir⁶³⁸. Bu konuda yapılan vasıflandırma tahkim yargılaması ve uyuşmazlığın çözümü üzerinde oldukça önemli etkilere sahiptir.

Hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazlar, hakem heyetinin uyuşmazlığı görme kabiliyetini sorguladığından, uyuşmazlık üzerindeki yetkisini reddetmesiyle sonuçlanabilecekken, kabul edilebilirlik itirazları, bir iddia veya talebin yetkili hakem heyeti tarafından karara bağlanmasını engelleyen bazı özelliklere veya kusurlara sahip olup olmadığıyla ilgilidir⁶³⁹. Başka bir deyişle, kabul edilebilirlik itirazında, bir iddia veya talebin, yetkisi bakımından tereddüt bulunmayan hakem heyeti tarafından incelenmesi ve karara bağlanmasının uygun olup olmadığı tartışılmaktadır⁶⁴⁰. Dolayısıyla sadece yetkili olduğuna karar veren hakem heyeti kabul edilebilirlik

⁶³⁸ Erkan, s. 117.

⁶³⁹ Santacrose, F.G.: *Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility: an analysis of which law should govern characterization of preliminary issues in international arbitration*, *Arbitration International*, 33, 2017, s. 540.

⁶⁴⁰ Reinisch, A.: *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 16, 2017, s. 25.

meselesini ele alabilir⁶⁴¹. Hakem heyeti yetkisiz ise söz konusu iddianın kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapamaz. Nitekim *Waste Management*⁶⁴² davasındaki karşı oy yazısında hakem *Keith Highet*, yetki ve kabul edilebilirlik itirazlarını şu şekilde ayırmıştır:

“*[Y]etki hakem heyetinin uyumsuzluğu görebilme gücüdür, kabul edilebilirlik ise uyumsuzluğun kendisinin kusurlu (defective)- hakem heyetince görülmeye uygun olup olmadığına ilişkindir*”⁶⁴³.

Her ne kadar yetki ile kabul edilebilirlik itirazları bakımından yukarıda bahsi geçen teorik ayrım kabul edilse de, tahkim uygulamasında aynı türden itirazlar farklı kategorilere dahil ederek farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir⁶⁴⁴. Bu sebeple; bahsi geçen teorik ayrımın, iki kavram arasındaki farkı ortaya koymada yeterli olmadığı söylenebilir.

1. Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımının sonuçları

Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımı, hakem heyetinin bu konularda vereceği kararların iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde yerel mahkemeler tarafından ne ölçüde incelenebileceğini etkilemektedir⁶⁴⁵. Hakem heyetinin yetkiye ilişkin kararı isabetli değil ise, “hakem heyetinin yetkisini açıkça aşması” söz konusu olabilir ve böyle bir

⁶⁴¹ Paulsson, J.: *Jurisdiction and Admissibility*, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, 2005, s. 604.

⁶⁴² *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No: ARB/98/2.

⁶⁴³ “*Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case; admissibility is whether the case itself is defective—whether it is appropriate for the tribunal to hear it*”, *Waste Management v. Mexico*, Decision on Jurisdiction, Dissenting Opinion of Keith Highet, para. 58.

⁶⁴⁴ Santacrose, s. 550.

⁶⁴⁵ Paulsson (*Jurisdiction and Admissibility*), s. 603; Reinisch, s. 25; Waibel, M: *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, University of Cambridge, Paper Series No. 9/2014, s. 69; Santacrose, s. 540-541.

hakem kararının iptali yoluna başvurulabilir⁶⁴⁶. Bununla birlikte, yetkili olduğuna karar veren bir hakem heyetinin talebi kabul edilemez bulduğu durumlar, yanlış gerekçelere de dayansa, iptal sebebi oluşturmaz⁶⁴⁷.

Hakem heyeti, itirazı kabul ederek yetkisizlik kararı verdiğinde, yetkisizliğe yol açan sıkıntının ortadan kaldırılması esas itibariyle mümkün olmadığından aynı uyuşmazlık tekrar hakem heyeti önüne götürülemez⁶⁴⁸. Öte yandan, hakem heyetinin bir talebin kabul edilemez olduğuna karar vermesi, ilgili kabul edilemezlik kararının konusuna bağlı olarak, gerekli koşullar yerine getirildikten sonra hakem heyetinin gelecekte aynı talebi tekrar görmesini engellemez⁶⁴⁹. Nitekim, bazı uyuşmazlıklarda, hakem heyeti talebin kabul edilemez olduğuna karar verdiğinde, yargılamaya ara vererek (*stay of the proceedings*) tarafları somut olayda söz konusu olan kabul edilebilirlik koşullarını yerine getirmeye yönlendirebilir⁶⁵⁰. Örneğin, tahkim yoluna başvurabilmek için usûlî bir süre öngörülmüş ve bu süre geçmeden tahkim yargılaması başlatılmış ise kabul edilebilirlik sorunu vardır; öngörülen sürenin dolması halinde yetkili hakem heyeti uyuşmazlığa bakabilir⁶⁵¹. Öte yandan taraflar hakem heyetinin yetkisini tesis eden koşulları tahkim yargılaması başlatıldığı zaman sağlamak zorundadır; yetkisizliğe yol açan sebepler bakımından yargılamaya ara verilmesi süreci işletilemez⁶⁵².

⁶⁴⁶ Reinisch, s. 25.

⁶⁴⁷ Paulsson (Jurisdiction and Admissibility), s. 602-603; Reinisch, s. 25; Santacrose, s. 541, 553; Waibel, s. 69.

⁶⁴⁸ Santacrose, s. 551.

⁶⁴⁹ Santacrose, s. 551.

⁶⁵⁰ Waibel, s. 67.

⁶⁵¹ Reinisch, s. 30-31; Santacrose, s. 549-550.

⁶⁵² Waibel, s. 67.

Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımını ilgilendiren bir diğer mesele hakem heyetinin itiraz konusunu re'sen dikkate alıp alamayacağıdır. Doktrinde hakem heyetinin kabul edilebilirliğe ilişkin meseleleri kendiliğinden dikkate almasının çok mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁶⁵³. Gerçekten de kabul edilebilirliğe ilişkin bir mesele taraflarca öne sürülmediğinde, talebin hakem heyetince görülmeye uygun olmamasına sebep olan engelin veya kusurun ortadan kalktığı veya taraflarca görmezden gelindiği sonucuna varılabilir. Öte yandan hakem heyetinin uyuşmazlığı görme kabiliyetini hedef alan yetki itirazlarının kapsamına giren konular bakımından böyle bir sonuca her zaman varılamaz. Her ne kadar yetkiye ilişkin itirazların taraflarca ileri sürülmesi gerekse de (aksi takdirde taraflar hakem heyetinin yetkisini kabul etmiş sayılırlar) hakem heyetinin yetkisini ilgilendiren konuları re'sen ele alıp karara bağlayabileceği durumlar da vardır⁶⁵⁴. Örneğin, tahkime elverişlilik bakımından bir sorun söz konusu olduğunda hakem heyeti icra edilebilir bir karar verdiğinden emin olmak için bu değerlendirmeyi kendiliğinden yapmalıdır. Yatırım tahkiminde *ICSID* Tahkim Kuralları m. 41(2)'de hakem heyetinin yargılamanın herhangi bir aşamasında, kendiliğinden önündeki uyuşmazlığın yetkisi dahilinde olup olmadığını değerlendirebileceği düzenlenmiştir⁶⁵⁵. Kanımızca yetki ve kabul edilebilirlik itirazları arasındaki bu fark hakem heyetinin yapacağı vasıflandırma için de yol gösterici niteliktedir. Hakem heyeti taraflarca ileri sürülen itiraza konu meseleyi bu itiraz yapılmasa kendiliğinden dikkate almayacak idiyse itirazın büyük bir ihtimalle kabul edilebilirliğe ilişkin olduğu sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz.

⁶⁵³ Waibel, s. 68

⁶⁵⁴ Santacrose, s. 552.

⁶⁵⁵ *ICSID* Tahkim Kuralları Madde 41(2), "Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute or any ancillary claim before it is within the jurisdiction of the Centre and within its own competence".

Görüldüğü üzere, bir itirazın yetki veya kabul edilebilirlik itirazı olarak vasıflandırılması, hem hakem heyetinin itirazı nasıl ele alacağı, hem itirazın haklı olduğu sonucuna varması durumunda atacağı adımlar üzerinde önemli bir etkiye sahip olacaktır. Kabul edilebilirlik ile ilgili bir konunun hatalı bir şekilde yetkiye ilişkin olarak vasıflandırılması, hakem kararının tâbi olduğu incelemenin kapsamının haksız yere genişletilmesine ve tarafların uyuşmazlığın tahkimde görüleceği yönündeki beklentilerinin karşılanmamasına sebep olabilir⁶⁵⁶.

Kanımızca hakem heyetleri bir itirazı yetkiye veya kabul edilebilirliğe ilişkin olarak vasıflandırırken, daha önce bu konularda hakem heyetlerince yapılan tartışmaları, uyuşmazlığın ulus-ötesi özelliklerini, tarafların beklentilerini, tahkim anlaşmasının hükümlerini, tahkim yargılamasında uygulama alanı bulan hukukları ve uluslararası sözleşmeleri dikkate almalıdır.

2. Hakem heyetinin yetkisiyle ilgili konular

Tahkim yargılamasını, yerel mahkemelerde görülen davalardan ayıran en önemli özellik tahkimin rızaya bağlı olmasıdır. Tarafların tahkime ilişkin rızalarının varlığı, uyuşmazlığın görüleceği hakem heyetinin yetkisinin tesis edilebilmesi için, deyim yerindeyse, bir ön şarttır. Tarafların tahkim yoluna gitmeye ilişkin gösterdikleri rıza açık ve anlaşılır değilse hakem heyetinin yetkisinin varlığından söz edilemez⁶⁵⁷. Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımını yatırım tahkimi bakımından ele alan yazarlar yetki

⁶⁵⁶ Paulsson (Jurisdiction and Admissibility), s. 601.

⁶⁵⁷ Nomer, E., Ekşi, N., Öztekin-Gelgel, G.: Milletlerarası Tahkim Hukuku, 5. Bası, Beta, 2016, s. 55; Akıncı, Z.: *Yargıtay Kararları Işığında Tahkim Şartının Geçerliliği*, Tahkim Anlaşması, Özdemir Kocasakal, H., Balkar, S. eds., On İki Levha, 2020, s.70.

itirazının, devletin tahkime rızasının kapsamı ile ilgili, kabul edilebilirliğin ise öne sürülen iddianın yetkili hakem heyeti tarafından çözülüp çözilemeyeceği ile ilgili olduğunu söylemiştir⁶⁵⁸.

Hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazlar, tarafların ilgili uyuşmazlığı tahkime götürme rızalarının hiç veya henüz bulunmadığına veya bu rızanın bazı sebeplerden dolayı “hatalı” olduğuna dayanarak (örneğin, tahkime götürülemeyecek bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verilmiş olabilir) bir hakem heyetinin yetkisinin temelini sorgulayan ilk itirazlar olarak tanımlanabilir⁶⁵⁹. Tarafların tahkime rızası genellikle tahkim anlaşmalarında ortaya koyulduğu için, hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazlar, tipik olarak, tahkim anlaşmasının var olmadığına ya da başka bir sebeple geçersiz olduğuna dayanır⁶⁶⁰. Bu tür itirazlar, hakem heyetinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre geçerli bir tahkim anlaşmasının yapıp yapılmadığını değerlendirmesini gerektirir. Nitekim *UNCITRAL* Model Kanun’un 16. maddesinde hakem heyetinin yetkisine, tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliğine yönelik itirazlar dahil olmak üzere kendisinin karar vereceği düzenlenmiştir⁶⁶¹.

Yetki itirazları genellikle tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği ile ilgili olsa da, geçerli bir tahkim anlaşması mevcut olsa bile hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazlar ileri sürülebilir. Gerçekten de, ilgili uyuşmazlığın, tahkim anlaşmasıyla hakem

⁶⁵⁸ Heiskanen, V.: *Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review, 29, 1, 2014, s. 237; Pauker, S. A.: *Admissibility of claims in investment treaty arbitration*, Arbitration International, 2018, 34, s. 8.

⁶⁵⁹ Santacrose, s. 543.

⁶⁶⁰ Santacrose, s. 548.

⁶⁶¹ Model Kanun Madde 16(1), “*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement*”.

heyetine tanınan yetkinin kapsamını aştığı gerekçesiyle hakem heyetinin uyuşmazlığı görme yetkisine itiraz edilebilir⁶⁶². Böyle bir durumda uyuşmazlık tahkim anlaşmasının sınırları dışında kalmaktadır.

Tahkim anlaşmalarında hakem heyetinin yetkisi genellikle üç farklı açıdan sınırlandırılabilir⁶⁶³. İlk olarak, yetkiye kişi bakımından bir sınırlama getirilebilir. Tahkim anlaşmasından doğan hak ve yükümlülüklerin yalnızca anlaşmanın taraflarını bağlayacağı evrensel olarak kabul edilen sözleşmenin nisbiliği (*privity of contract*) ilkesinin bir sonucudur⁶⁶⁴. Bu sebeple, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişiler (*non-signatories*) üzerinde yetkisini ileri sürebilmesi için bu kişilerin herhangi bir hukuki nedenden dolayı tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunu tespit etmesi gereklidir⁶⁶⁵. İkinci olarak, yetkiye konu bakımından sınırlama getirilebilir. Tarafların aralarında doğmuş veya gelecekte doğabilecek tüm uyuşmazlıkları tahkime götürmeleri mümkün olsa da genellikle rızalarını belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sınırlandırır⁶⁶⁶. Böyle bir durumda, hakem heyetinin yetkisi bu tür uyuşmazlıklarla sınırlı olacak ve taraflar arasındaki farklı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ileri sürülemeyecektir. Son olarak hakem heyetinin yetkisi zaman bakımından sınırlandırılabilir. Örneğin, tahkim anlaşmasında, hakem heyetinin yalnızca belirli bir

⁶⁶² Born, s. 1170, 1424.

⁶⁶³ Santacrose, s. 544.

⁶⁶⁴ Born, s. 1518.

⁶⁶⁵ Born, s. 1527-1531. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunda bkz. Esen, E.: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teشمili, Beta, 2018.

⁶⁶⁶ Örneğin, ICC Tahkimi için önerilen standart tahkim klozu şu şekildedir: “*İşbu sözleşmeden veya işbu sözleşmeye bağlı olarak çıkabilecek her türlü uyuşmazlık Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları’na göre, bahsi geçen Kurallar’a uygun olarak bir veya daha fazla hakem atanmak suretiyle nihai olarak çözümlenecektir.*” <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/standard-icc-arbitration-clauses-turkish-version/>

tarihten sonra doğan uyuşmazlıkları görmeye yetkili olduğu düzenlenebilir. Nitekim, aksine düzenleme olmadıkça tahkim anlaşmalarının akdedildikleri tarihten önce mevcut olan uyuşmazlıkları kapsamadığı kabul edilmektedir⁶⁶⁷.

3. İddianın kabul edilebilirliğiyle ilgili konular

Kabul edilebilirlik konularının odak noktası hakem heyeti değil, iddia veya taleptir. Kabul edilebilirlik, bir iddia veya talebin, uyuşmazlığı görmeye yetkili hakem heyetinin önüne getirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığıyla ilgilidir⁶⁶⁸. Bu sebeple, kabul edilebilirlik itirazları, bir iddianın geçici veya kesin olarak karara bağlanmasını engelleyen yasal engellere veya iddianın doğasında bulunan kusurlara dayanmaktadır⁶⁶⁹. Kabul edilebilirlik meseleleri ancak uyuşmazlığı görmeye yetkili olduğuna karar veren hakem heyeti tarafından ele alınabilir⁶⁷⁰. Hakem heyeti kabul edilebilirliğe ilişkin karar verirken kendisine tanınan yetkiyi kullanmaktadır⁶⁷¹.

Kabul edilebilirliğe ilişkin meseleler bir iddianın ileri sürülmesine yönelik usûlî engellerden davanın esasıyla yakından bağlantılı konulara kadar uzanan çeşitli konuları kapsar. Kabul edilebilirlik, genellikle bir talebin henüz “olgunlaşmamış” olmasıyla ilgilidir⁶⁷². Örneğin, bir talepte bulunmadan önce, tahkim anlaşmasında öngörülen usûlî bekleme veya müzakere sürelerine veya öncelikle başvurulması gereken aşamalara uyulmadığı durumlarda talebin kabul edilemez olduğuna karar

⁶⁶⁷ Born, 1493.

⁶⁶⁸ Santacrose, s. 546.

⁶⁶⁹ Paulsson (Jurisdiction and Admissibility), s. 617; Santacrose, s. 546.

⁶⁷⁰ Paulsson (Jurisdiction and Admissibility), s. 604.

⁶⁷¹ Paulsson (Jurisdiction and Admissibility) s. 602.

⁶⁷² Reinisch, s. 30; Heiskanen (Jurisdiction, Admissibility and Competence), s. 238.

verilebilir⁶⁷³. Hemen belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmalarında öngörülen söz konusu süreler veya ön aşamalar emredici olarak kaleme alınmışsa, bu süreler veya ön aşamalara uyulmadan tahkim yoluna başvurulması halinde yetkisizlik kararı verilmesi gerekir⁶⁷⁴. Bunun sebebi, söz konusu sürelerin geçmesinin veya ön aşamaların tüketilmesinin tahkime verilen rızanın bir şartı olarak kabul edilmesidir⁶⁷⁵. Tahkim anlaşmalarında öngörülen bu tür süre veya aşamaların emredici olarak düzenlenip düzenlenmediği konusunda farklı görüşler olsa da⁶⁷⁶ hâkim görüş bu tür ifadelerin usûlî nitelikte olduğu ve bu nedenle hakem heyetinin yetkisini etkilemeyeceğidir⁶⁷⁷.

B. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Yönelik İtirazlar

Yukarıda açıkladığımız üzere tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik itirazlar hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazlardır. Bu başlık altında yapacağımız açıklamalar tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik bir itirazın konusunun şekil, asli geçerlilik, ehliyet ve tahkim elverişlilik kategorilerinden hangisine girdiğinin vasıflandırılmasına ilişkin olacaktır. Nitekim tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir değerlendirme, her sözleşmede olduğu gibi, şekil, ehliyet ve asli geçerlilik konuları bakımından ayrı ayrı incelemeler yapılmasını gerektirir⁶⁷⁸. Bununla birlikte tahkime elverişliliğin de tahkim anlaşmasının geçerliliği kapsamında değerlendirmesi uygun

⁶⁷³ Reinisch, s. 30-31; Heiskanen (Jurisdiction, Admissibility and Competence), s. 239.

⁶⁷⁴ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 90.

⁶⁷⁵ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 91; Pauker (Admissibility), s. 11.

⁶⁷⁶ Örneğin *ICSID* önünde görülen üç farklı davada hakem heyetleri Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında (R.G. 22.9.2994, 22059) yer alan uyuşmazlık çözüm kaydında öngörülen yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesine başvurması aşamasını farklı şekillerde vasıflandırmıştır, bkz. Tiryakioğlu, s. 91-92.

⁶⁷⁷ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 92.

⁶⁷⁸ Born, s. 676.

olacaktır⁶⁷⁹. Tahkim anlaşmasının sayılan tüm yönlerine uygulanacak hukukların birbirinden farklı olması mümkündür⁶⁸⁰. Bir itirazın tahkim anlaşmasının farklı boyutlarından hangisini ilgilendirdiğine cevap verilmeden itiraz konusu meseleye uygulanacak hukuk tespit edilemeyecektir. Örneğin, tahkim anlaşmasında sadece bir tarafa uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda yetki verildiğinden bahisle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde bir itirazla karşılaşan hakem heyeti, öncelikle bu geçersizlik iddiasının tahkim anlaşmasının hangi yönüyle ilgili olduğunu vasıflandırmak durumundadır.

Uluslararası tahkimde tahkim anlaşmasının en önemli işlevi, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeye gerçekten rıza gösterdiklerini açıkça ortaya koymaktır⁶⁸¹. Bu rıza tahkim yargılamasının varlığı için olmazsa olmaz şarttır⁶⁸². Uluslararası ticaretin aktörleri, uyuşmazlık çözüm yolu olarak büyük oranda tahkim yargılamasını tercih etseler de kimi zaman uyuşmazlık ortaya çıktığında bu tercihlerinden vazgeçerek iddia veya savunmalarını devlet yargısında öne sürmeye çalışabilir. Böyle bir durumda, tahkime gitmek istemeyen tarafın tahkim anlaşmasının bir veya birden çok sebeple geçersiz olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Bu sebeple, tahkim anlaşmasının etkinliği tarafların bu sözleşmenin geçerliliğini ortaya koyabilme imkânlarına bağlıdır⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Born, s. 523.

⁶⁸⁰ Born, s. 509.

⁶⁸¹ Redfern and Hunter, para. 1.53.

⁶⁸² Redfern and Hunter, para. 1.53.

⁶⁸³ Born, s. 677.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin sorunlar tahkim yargılamasının farklı aşamalarında hakem heyeti veya yerel mahkemeler huzurunda ortaya çıkabilir⁶⁸⁴. Taraflar, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu tahkim yargılamasının başında hakem heyetine karşı veya yerel mahkemelerde ileri sürebileceği gibi tahkim anlaşmasının geçersizliğine hakem kararı verildikten sonraki aşamalarda iptal sebebi veya tanıma ve tenfiz engeli olarak da dayanabilir⁶⁸⁵. Bu durum tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda hakem heyetleri ve yerel mahkemeler tarafından farklı kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasına ve çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır⁶⁸⁶. Yerel mahkemeler tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tayin ederken genellikle kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmaktadır⁶⁸⁷. Öte yandan, hakem heyetlerinin *lex forisi* olmadığı için uygulayacakları kanunlar ihtilâfı kurallarını seçerken birbirlerinden çok farklı yollar tercih edebilmektedir⁶⁸⁸.

Tahkim anlaşmasının farklı boyutlarına uygulanacak hukuk bakımından uluslararası sözleşmeler önemli rol oynamaktadır⁶⁸⁹. Bu konuda en önemli kaynaklardan biri olan Avrupa Sözleşmesi'nde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, ehliyet, asli geçerlilik ve tahkime elverişlilik bakımından ayrı ayrı düzenleyen özel bir madde bulunmaktadır. Avrupa Sözleşmesi m. VI(2) uyarınca tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyeti tâbi oldukları hukuka (*law applicable to the parties*), tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin diğer konular tarafların seçtikleri hukuka, böyle bir

⁶⁸⁴ Lew, Mistelis, Kröll, s. 109.

⁶⁸⁵ Born, s. 509; Lew, Mistelis, Kröll, s. 110.

⁶⁸⁶ Born, s. 509; Lew, Mistelis, Kröll, s. 110.

⁶⁸⁷ Lew, Mistelis, Kröll, s. 111.

⁶⁸⁸ Lew, Mistelis, Kröll, s. 111.

⁶⁸⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 111.

seçim yapılmamışsa hakem kararının verildiğı ülke hukukuna, taraflarca bir seçim yapılmadığı ve hakem kararının verildiğı ülkenin tespit edilemediğı durumlarda uyuşmazlığı gören mahkemenin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili hukuka tâbi olacaktır. Anılan madde ayrıca mahkemelerin kendi ülke hukukları uyarınca tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılan tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına hükmedebileceğini öngörmektedir. Avrupa Sözleşmesi tahkim anlaşması bakımından aranan şekil şartlarını ise m. I(2)(a)’da özel olarak düzenlemiştir.

1. Tahkim anlaşmasının asli geçerliliğı (*substantive validity*) ve uygulanacak hukuk

Tahkim anlaşmasının asli geçerliliğinden söz edilebilmesi için tarafların tahkime gitme konusundaki iradelerini açık ve kesin bir şekilde ortaya koymuş olmaları gereklidir⁶⁹⁰. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının asli geçerliliğı tarafların tahkim yoluna gitme rızalarıyla ilgilidir⁶⁹¹. Bu rızanın özgürce, bilinçli olarak ve yetkin bir şekilde (*competently*) verilmesi gereklidir⁶⁹². *New York Sözleşmesi*’nin 2. maddesinin 3. fıkrası ve *UNCITRAL Model Kanun*’un 8. maddesinin ilk fıkrası uyarınca bir tahkim anlaşmasının “hükümsüz (*null an void*), tesirsiz (*inoperative*) veya tatbiki imkânsız (*incapable of being performed*)” olması halinde o tahkim anlaşması aslen geçersiz olacaktır.

⁶⁹⁰ Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 55; Akıncı (Tahkim Şartının Geçerliliğı), s.70.

⁶⁹¹ Moses, s. 74.

⁶⁹² Moses, s. 21.

Tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine karşı yapılan itirazlar genellikle hata, hile, korkutma, aşırı yararlanma, asimetrik veya patolojik tahkim şartları⁶⁹³, elverişsiz tahkim yeri, zamanaşımı, tahkim anlaşmasının sona ermesi, iflas, imkânsızlık, genel işlem şartları ve kanuna aykırılık (*illegality*) konularıyla ilgilidir⁶⁹⁴. Dolayısıyla yukarıda verdiğimiz örnekte, tahkim anlaşmasında taraflardan sadece birine tahkime gitme konusunda yetki verilmesi (asimetrik tahkim anlaşması⁶⁹⁵) taraf iradesini ilgilendirdiği için tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine ilişkin bir konu olarak vasıflandırılacak⁶⁹⁶ ve asimetrik tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine uygulanacak hukuka göre karar verilecektir.

Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçebilecekleri bugün neredeyse tüm hukuk sistemlerinde, *UNCITRAL* Model Kanunda⁶⁹⁷, uluslararası sözleşmelerde (örneğin, *New York Sözleşmesi*, madde II(1) ve V(1)(a)), yargı kararlarında ve doktrinde kabul edilmektedir⁶⁹⁸. Ancak uygulamaya bakıldığında tarafların

⁶⁹³ Hangi tahkim kurumunun seçildiğinin anlaşılmadığı ya da mevcut olmayan bir tahkim kurumunun veya ölmüş kişilerin hakem olarak seçildiği tahkim anlaşmaları patolojik tahkim anlaşması olarak adlandırılmaktadır, Şanlı (Ticari Akitler), s. 362; Bu konuda ayrıca bkz. Esen, E.: *Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği*, UTDER, 2017, 1, 75-148. Bir tahkim kurumunun idaresinde başka bir tahkim kurumunun kurallarının uygulanmasının kararlaştırıldığı (iki farklı kurumun sisteminin birleştirildiği) hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve patolojik tahkim anlaşmalarından farkları için bkz. Lendermann, N.: *Procedure Shopping Through Hybrid Arbitration Agreements: Considerations on Party Autonomy in Institutional International Arbitration*, Nomos, 2018. s. 31-32.

⁶⁹⁴ Born, s. 907.

⁶⁹⁵ Bu konuda bkz. Esen, E.: *Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Taniyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 9(2), s.145 vd.

⁶⁹⁶ Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 55.

⁶⁹⁷ Madde 8 ve Madde 34(2)(a)(i).

⁶⁹⁸ Born, s. 525.

kendilerine tanınan bu irade muhtariyetini nadiren kullandıkları, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda genellikle seçim yapmadıkları görülmektedir⁶⁹⁹.

UNCITRAL Model Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasının a bendi uyarınca, tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmadığı takdirde tahkim yeri hukukuna göre geçerli olmaması iptal sebebidir. Bu düzenlemeden Model Kanun'un tahkim anlaşmasının geçerliliğini, taraflarca aksine düzenleme olmadıkça, tahkim yeri hukukuna tâbi tuttuğu anlaşılmaktadır⁷⁰⁰. Tahkim anlaşmasının asli geçerliliğini düzenleyen MTK'nın 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir⁷⁰¹. Hemen belirtmek gerekir ki, MTK'nın 1. madde uyarınca tahkim yeri yabancı ülke olan bir uyuşmazlıkta usûle uygulanacak hukuk olarak seçilmesi, tahkim anlaşmasına Türk hukukunun uygulanacağı anlamına gelmez. Tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar bakımından taraflar hukuk seçimi yapmadıklarında tahkim anlaşmasının asli geçerliliği Türk hukukuna tâbidir. Tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine tahkim yeri hukukunu uygulamak *New York Sözleşmesi* bakımından da doğru bir kanunlar ihtilâfı yaklaşımı olacaktır⁷⁰². Bunun sebebi hakem heyetinin icra edilebilir bir karar vermek için her türlü çabayı gösterme yükümlülüğüdür⁷⁰³. Nitekim *New York Sözleşmesi*'nin 5. maddesinin ilk fıkrasının a bendi uyarınca tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre geçersiz sayılması tanıma ve tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla,

⁶⁹⁹ Moses, s. 75; Born, s. 526; Nazzini, R.: *The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 65, 3, 2016, s. 681.

⁷⁰⁰ Moses, s. 75-76.

⁷⁰¹ Tiryakioğlu/Bayata Canyaş, s.191.

⁷⁰² Born, s. 527; Bayata Canyaş (Model Kanun), s. 149.

⁷⁰³ ICC Tahkim Kuralları, Madde 42; Redfern and Hunter, para. 11.11.

hakem heyeti, tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından tahkim yeri hukukunu dikkate almazsa çok yüksek olasılıkla icra edilemeyecek bir karar vermiş olacaktır.

Tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasını geçersiz kılması halinde hakem heyetleri “geçerlilik ilkesi”ni (*validation principle*) dikkate alabilir⁷⁰⁴. Geçerlilik ilkesi uyarınca tahkim anlaşmasına, tahkim yargılamasıyla ilgili hukuklar arasından tahkim anlaşmasını geçerli kılan hukuk uygulanmalıdır⁷⁰⁵. *PILA* m. 178 (2) uyarınca, tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka veya uyuşmazlığa uygulanacak hukuka, özellikle taraflar arasındaki esas sözleşmenin tâbi olduğu hukuka veya İsviçre hukukuna uygunsa aslen geçerli olacaktır. *PILA*’da öngörülen bu düzenleme tahkim anlaşmasının geçerli olması için birden çok imkân sunmaktadır; anılan maddede sayılan hukuklardan biri uyarınca geçerli olması yeterlidir⁷⁰⁶. Görüldüğü üzere, *PILA*, geçerlilik ilkesine uygun olarak, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasını geçerli kılan hukuk olduğunu düzenlemektedir⁷⁰⁷. İsviçre Hukukunda kabul edilen bu yaklaşım hakem heyetleri ve yerel mahkemeler arasında giderek popülerlik kazanmaktadır⁷⁰⁸.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk bakımından “uluslararası” yaklaşımı en çok benimseyen hukukun Fransız hukuku olduğunu söylemek yanlış olmaz. Fransız hukuku uyarınca tahkim anlaşması tüm yerel hukuklardan bağımsızdır; tahkim anlaşmasının geçerliliğine uluslararası hukukun genel ilkeleri uygulanır⁷⁰⁹. Tahkim

⁷⁰⁴ Born, s. 527; Nazzini, s. 700.

⁷⁰⁵ Born, s. 527; Nazzini, s. 700.

⁷⁰⁶ Redfern and Hunter, para.3.36.

⁷⁰⁷ Born, s. 573.

⁷⁰⁸ Nazzini, s. 701.

⁷⁰⁹ Born, s. 574.; Nazzini, s. 695.

anlaşmasının geçerliliği, Fransız hukukunun emredici kuralları veya uluslararası kamu hukuku ihlal edilmedikçe, herhangi bir yerel hukuka başvurulmasına gerek olmaksızın yalnızca tarafların karşılıklı iradelerinin varlığına bağlıdır⁷¹⁰.

2. Tahkim anlaşmasının şekli ve uygulanacak hukuk

Tahkim anlaşmaları da diğer bazı sözleşmeler gibi bir takım şekli geçerlilik şartlarına tâbi tutulmuştur. Şekil şartları iki farklı kategoride karşımıza çıkabilir: İlk kategori doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğiyle ilgili şekil şartlarıdır. Bu şartlar sağlanmadığında tahkim anlaşması geçersiz olacaktır. İkinci kategoridekiler ise esasen belirli bir hukuki enstrümanın uygulanabilmesi için aranan şartlardır. Bu şartlar sağlanmadığında tahkim anlaşmasına ilgili uluslararası anlaşma veya ulusal mevzuat uygulanamayacaktır⁷¹¹. Örneğin, *New York Sözleşmesi*'nin 2. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Sözleşmenin tanıma ve tenfize ilişkin kurallarının uygulanabilmesi için tahkim anlaşmasının yazılı olması gerekir⁷¹². Bu sebeple, bir tahkim anlaşması *New York Sözleşmesi*'nin aradığı yazılı olma şartını sağlamadığı takdirde Sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır ancak söz konusu tahkim anlaşması yine de başka bir hukuki enstrüman uyarınca geçerli sayılabilir⁷¹³.

⁷¹⁰ French Cour de Cassation, First Civil Chamber, 20 December 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico*, 1994 Rev. Arb., 116,117; Born, s. 574; Nazzini, s. 695; Redfern and Hunter, para. 3.34.

⁷¹¹ Born, s. 699.

⁷¹² “Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdî olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder”, Born, s. 704; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 212.

⁷¹³ Born, s. 699.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan şekil şartlarından belki de en önemlisi evrensel olarak kabul edilen “yazılı olma” (*written form*) şartıdır⁷¹⁴. Bu şartla ilgili olarak “imza” ve “karşılıklı yazılı iletişim” şartları da aranabilir⁷¹⁵. Tahkim anlaşması ayrılabilirlik (*seperability, severability*) ilkesi gereğince, taraflar arasındaki esas sözleşmenin geçersizliği iddialarından etkilenmediği için⁷¹⁶ esas sözleşme için aranan kaşe, noter tasdiki vb. şekil şartlarına tâbi değildir⁷¹⁷. Bazı ülkelerin yerel tahkim mevzuatı tahkim şartının belirli bir yazı tipi ve büyüklükte yazılması, tahkim anlaşmasının ayrı bir belgede düzenlenmesi veya hakemlerin kimlik bilgilerinin tahkim anlaşmasında yer alması gibi farklı şekil şartları öngörebilir⁷¹⁸. Ancak uluslararası tahkimde anılan nitelikli şekil şartları tasvip edilmemektedir⁷¹⁹. Nitekim *New York Sözleşmesi* dahil olmak üzere tahkim dostu tüm uluslararası sözleşmelerin neredeyse tamamında aranan tek şekil şartı “yazılı olma” koşuludur⁷²⁰.

Born’a göre yazılı olma şartı tarafların tahkime rıza göstermekle devlet yargısına gitme haklarından feragat ettiklerini farkında olmaları sağlamak amacıyla arandığı için taraflar sözlü olarak tahkim yoluna gitmek üzere hakem heyeti huzurunda anlaşmış ise söz konusu sözlü tahkim anlaşmasının tahkime rızayı ortaya koymak bakımından yeterli kabul edilmesi gerekir⁷²¹.

⁷¹⁴ Redfern and Hunter, para. 2.13; Born, s. 698; Moses, s. 23; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 207; Esen, E.: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, MHB, 28 (1-2), s. 67; Bayata Canyaş (Model Kanun), s. 142.

⁷¹⁵ Born, s. 698.

⁷¹⁶ Moses, s. 21; Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 199.

⁷¹⁷ Born, s. 699.

⁷¹⁸ Born, s. 698.

⁷¹⁹ Born, s. 698.

⁷²⁰ Redfern and Hunter, para. 2.13; Born, s. 700.

⁷²¹ Born, s. 701.

Yazılı olma koşulu, teknolojik gelişmelerle birlikte iradenin beyan edilme biçimlerinin değişmesine bağlı olarak, genellikle esnek yorumlanmakta, yerel hukuklarda yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olduğunun varsayıldığı farklı durumlar da düzenlenmektedir⁷²². Dolayısıyla tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin olarak vasıflandırılacak itirazlar genellikle taraflar arasındaki iletişimde kullanılan aracın yazıllık şartını sağlamadığına ilişkin itirazlardır⁷²³. Örneğin, elektronik ortamda yapılan bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı sorunu tahkim anlaşmasının şekline ilişkin bir konu olarak vasıflandırılmaktadır⁷²⁴.

Günümüzde tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine büyük ölçüde uluslararası sözleşmelerin (özellikle New York Sözleşmesinin) getirdiği yeknesak uluslararası kurallar uygulanmaktadır⁷²⁵. Bu kurallar, herhangi bir hukuku yetkili kılmadan, şekil şartlarını doğrudan düzenleyen maddi hukuk kurallarıdır⁷²⁶. New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ilk fıkrasında aranan yazılı olma koşulu aynı maddenin ikinci fıkrasında *“karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi”* şeklinde tanımlanmıştır⁷²⁷. Anılan fıkra da yer alan imza ve karşılıklı iletişim şartları hakem heyetleri ve mahkemeler tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır⁷²⁸. Tarafların telefonda bir sözleşme üzerinde sözlü olarak anlaştıkları, bunun üzerine taraflardan

⁷²² Şit, B.: *Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları*, MHB, 25(1-2), s. 411.

⁷²³ Moses, s. 22.

⁷²⁴ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 210; Şit (Tahkim Anlaşmasının Şekli), s. 422 vd.

⁷²⁵ Born, s. 657; Lew, Mistelis, Kröll, s.112-113.

⁷²⁶ Özel, S.: *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması*, MÜHF, 23(1), s. 307.

⁷²⁷ “The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams”, New York Convention, m. II(3), <https://www.newyorkconvention.org/english>.

⁷²⁸ Moses, s. 24-25.

birinin tahkim anlaşması içeren yazılı bir metin gönderdiği, karşı tarafın ise herhangi bir cevap vermeden doğrudan sözleşmeyi ifa ettiği senaryoda tahkim anlaşması *New York Sözleşmesi*'nin aradığı yazılı olma koşulunu sağlayacak mıdır? Bu konudaki çelişkilerin giderilmesi adına *UNCITRAL* tarafından 2006 yılında *New York Sözleşmesi* madde II(2) ve madde VII (1)'in Yorumlanması Hakkında Tavsiye ("Tavsiye") yayımlanmıştır. Tavsiye uyarınca 2. maddenin 2. fıkrasında yazılı olma koşulunun sağlanması için sayılanlar örnek niteliğinde olup sınırlı sayıda değildir⁷²⁹. Tavsiye, ayrıca, *New York Sözleşmesi*'nin 7. maddesinin ilk fıkrasının taraflara tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından yerel hukuklarda yer alan daha avantajlı hükümlere başvurma imkânı tanıdığını kabul etmektedir⁷³⁰. Bunun anlamı, tarafların *New York Sözleşmesi*'nin aradığı yazılı olma koşulundan daha esnek şekil şartları arayan yerel mevzuata dayanarak tahkim anlaşmasının geçerli olduğunu ileri sürebilecekleridir⁷³¹.

Tahkim anlaşmasının şekline, büyük oranda, *New York Sözleşmesi* uygulandığı ve Sözleşme tahkim anlaşmasının şeklini maddi hukuk kuralı getirerek düzenlediği için bu konuda kanunlar ihtilâfı meseleleri çok sık ortaya çıkmaz⁷³². Bu husustaki tartışmalar daha çok *New York Sözleşmesi*'nin aradığı yazılı olma şartının azami bir şart olup olmadığı, yerel hukuklarda aranan daha sıkı şekil şartlarının uygulanıp uygulanmayacağı üzerine yapılmaktadır⁷³³. Yine de, tahkim anlaşmasının şekline *New*

⁷²⁹ *UNCITRAL Recommendation Regarding the Interpretation of Arts. II(2) and VII(1) NYC (2006)*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a2e.pdf> ; Moses, s. 26-27.

⁷³⁰ *UNCITRAL Recommendation Regarding the Interpretation of Arts. II(2) and VII(1) NYC (2006)*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a2e.pdf>; Moses, s. 27.

⁷³¹ Moses, s. 27; Esen (Tahkim Anlaşmalarının Şekli), s. 68.

⁷³² Born, s. 660.

⁷³³ Born, s. 660.

York Sözleşmesi'nde (veya diğer bir uluslararası sözleşmede) yerel alan maddi hukuk kuralının uygulanamadığı hallerde kanunlar ihtilâfı meseleleri ortaya çıkabilir⁷³⁴. Böyle bir durumda, hâkim görüş, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim anlaşmasının şekline tahkim yeri hukukunun uygulanacağı yönündedir⁷³⁵. Ancak tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukun öngördüğü şekil şartlarını sağlayamaması ve geçersiz olması halinde, “geçerlilik ilkesi” gereğince, tahkim anlaşmasına uygulanabilecek diğer hukuklarda (tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının yapıldığı yer hukuku gibi) aranan şekil şartlarına bakılmalı ve bu şartların sağlanması halinde tahkim anlaşması geçerli sayılmalıdır⁷³⁶.

MTK, kural olarak yazılı olma şartını aramakla birlikte taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığını iddia ederek tahkim davası açması ve diğer tarafın tahkim anlaşmasının varlığını inkâr etmeden tahkime devam etmesi halinde herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır⁷³⁷. *PILA* m. 178(1) uyarınca tahkim anlaşması “yazılı olarak veya metinle kanıtlanabilecek herhangi bir şekilde yapılması halinde” geçerli olacaktır⁷³⁸. *FCCP* ise tahkim anlaşması konusundaki liberal yaklaşımına uygun olarak tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından herhangi bir şekil şartı öngörmemektedir⁷³⁹.

⁷³⁴ Born, s. 661.

⁷³⁵ Born, s. 663; Bayata Canyaş (Model Kanun), s. 147.

⁷³⁶ Born, s. 665.

⁷³⁷ MTK m. 4, “*Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.*”

⁷³⁸ “*if made in writing or in any other manner that can be evidenced by text*”.

⁷³⁹ *FCCP*, Madde 1507.

Taraflar arasındaki asıl sözleşmenin, içerisinde tahkim şartı yer alan başka bir sözleşmeye atıf yaptığı durumlarda (*incorporation*) taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının olup olmadığının tespit edilmesi gerekir⁷⁴⁰. MTK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır*”. Dolayısıyla, Türk hukuku bakımından tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapılması geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı için yeterli kabul edilmektedir⁷⁴¹. Doktrinde tahkim şartı içeren başka bir belgeye atıf yapılması hali tahkim anlaşmasının şekline ilişkin olarak vasıflandırılmakta, bu konu yazılılık şartının sağlanıp sağlanmadığı bağlamında ele alınmaktadır⁷⁴². Bu konu kapsamında, asıl sözleşmede tahkim şartı içeren genel işlem şartlarına, ciro yoluyla devralınan konşimentoda tahkim şartı içeren taşıma sözleşmesine (*charter party*) atıf yapıldığı haller ile alacağın temlikinde asıl sözleşmede tahkim şartının yer aldığı durumlar tartışılmaktadır⁷⁴³. Kanımızca, tahkim anlaşmasının, tahkim şartı içeren başka bir belgeye atıfla yapılması halinde tahkime gitme konusundaki iradenin açık ve kesin bir şekilde ortaya koyulup koyulmadığı da değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu konu şekle ilişkin olduğu kadar tahkim anlaşmasının asli geçerliliğini de ilgilendirmektedir.

⁷⁴⁰ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 204.

⁷⁴¹ Akıncı (Milletlerarası Tahkim), s. 204; Şanlı (Ticari Akitler), s.354; Ekşi (Milletlerarası Tahkim Kanunu), s. 308.

⁷⁴² Özel (Kanunlar İhtilafı Meseleleri), s 64 vd.

⁷⁴³ Özel (Kanunlar İhtilafı Meseleleri), s 64 vd; Şanlı, C.: Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden Ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, MHB, 22, 2002, s. 773-789.

3. Tahkim anlaşması yapma ehliyeti ve uygulanacak hukuk

Uluslararası tahkimde tahkim anlaşması yapma ehliyetine ilişkin meseleler genellikle bir tüzel kişi adına hareket eden gerçek veya tüzel kişinin tahkim anlaşması yapma yetkisine sahip olup olmadığı ile ilgilidir⁷⁴⁴. Bu sorun özellikle şirket müdürünün ya da yönetim kurulu üyesinin temsil ettiği veya yönettiği şirket adına, temsilcinin temsil olunan adına veya bir şirketin bağlı şirket adına tahkim anlaşması yaptığı durumlarda ortaya çıkmaktadır⁷⁴⁵. Örneğin, tahkim anlaşması yapmak için yönetim kurulu onayı alınması gerekirken alınmadığı, tüzel kişiyi temsil eden kişinin bir başka kişiyle müştereken hareket etmesi gerekirken münferit olarak hareket ettiği ya da kendisine verilen yetkinin sınırlarını aştığı yönündeki itirazlar ehliyet kapsamında değerlendirilmelidir.

New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından ehliyetle değinilmemiştir. Öte yandan m. V(1)(a)'da tahkim anlaşmasının, kendisine uygulanacak hukuka göre (*under the law applicable to them*) ehliyetsiz olan biri tarafından yapılmış olması tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. *UNCITRAL* Model Kanun'da da benzer şekilde tahkim anlaşmasını düzenleyen 7. ve 8. maddelerde ehliyetle değinilmemiş ancak tahkim anlaşmasını yapan kişinin ehliyetsiz olması m. 34 (2)(a)(i)'de iptal sebepleri ve m. 36(1)(a)(i)'de tenfiz engelleri arasında sayılmıştır. Görüldüğü üzere *New York Sözleşmesi* ve Model Kanun'da tahkim anlaşması yapma

⁷⁴⁴ Born, s. 777.

⁷⁴⁵ Born, s. 777.

ehliyetine ilişkin bir maddi hukuk kuralı yer almadığı gibi ehliyetle ilgili hanginin uygulanacağı konusunda bir kanunlar ihtilâfı kuralı da getirilmemiştir⁷⁴⁶.

Tahkim anlaşması yapma ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda yasal düzenlemenin yokluğunda, ehliyet bakımından genel olarak kabul edilen kanunlar ihtilâfı kurallarına bakılması gerekecektir⁷⁴⁷. Hakem heyetinin *lex forisi* ve dolayısıyla doğrudan uygulayabileceği kanunlar ihtilâfı kuralları olmadığı için bu durum hakem heyetlerinin ehliyetle birbirinden farklı hukukları uygulamaları sonucuna yol açabilir. Yine yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, en doğru yaklaşım hakem heyetinin karşılaştırmalı hukuka bakarak ehliyetle genel olarak uygulanan kanunlar ihtilâfı kuralını tespit etmesi ve uygulaması olacaktır. Nitekim pek çok tahkim davasında tüzel kişilerin tahkim anlaşması yapma ehliyetine genellikle kuruluş veya merkez yeri hukukunun uygulandığı görülmektedir⁷⁴⁸.

4. Tahkime elverişlilik ve uygulanacak hukuk

Her devlet hangi konuların tahkim yoluyla çözülüp çözülemeyeceğine kendi siyasi, sosyal ve ekonomik politikasına göre karar verir⁷⁴⁹. Modern tahkim kanunları tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk bakımından kural getirmek yerine hangi uyuşmazlıkların tahkimde görülebileceğini doğrudan düzenlemeyi tercih etmiştir⁷⁵⁰. Bazı ülkeler genellikle aile hukuku, fikri mülkiyet hukuku, ceza hukuku veya iflas

⁷⁴⁶ New York Sözleşmesi tahkim anlaşması yapma ehliyetinin bir ulusal hukuka tâbi olacağını söylemekle yetinmiştir; Born, s. 766-769; Redfern and Hunter, para. 2.34.

⁷⁴⁷ Born, s. 667.

⁷⁴⁸ Born, s. 668; Özkan, I.: *Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk*, PPIL, 40(2), s. 836.

⁷⁴⁹ Redfern and Hunter, para. 2.127.

⁷⁵⁰ Lew, Mistelis, Kröll, s. 194.

hukukuna ait konuların tahkim yargılamasında görülmesine izin vermemektedir⁷⁵¹. Ulusal tahkim kanunlarına göre tahkimde görülmeye elverişli kabul edilmeyen konularda tahkim anlaşması yapıldığında, tahkim anlaşması diğer tüm boyutları bakımından (asli geçerlilik, şekil, ehliyet) geçerli olsa da, bu anlaşmaya etki tanınamayacaktır⁷⁵².

Tahkim yargılaması sırasında tahkime elverişlilik hakkında karar vermesi gereken hakem heyeti, hangi hukuku uygulayacağı konusunda, tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfizin talep edilebileceği ülkelerin hukuku veya üçüncü bir devletin hukuku arasında seçim yapmak durumunda kalacaktır⁷⁵³. Hakem heyetlerinin genellikle, tahkime elverişliliğe tahkim yeri hukukunu uyguladıkları görülmektedir⁷⁵⁴. Nitekim *UNCITRAL* Model Kanun m. 34(2)(b)(i)'te uyuşmazlık konusunun tahkim yeri hukuku uyarınca tahkime elverişli olmaması iptal sebebi olarak sayılmıştır. Bir uyuşmazlık tahkim yeri hukuku uyarınca tahkime elverişli değilse, hakem kararı o ülkede iptal edilebilecek ve büyük olasılıkla bu durum söz konusu kararın başka bir ülkede tenfiz edilmesini engelleyecektir⁷⁵⁵.

New York Sözleşmesi m. V(2)(a)'da uyuşmazlık konusunun kararın tanıma ve tenfizin istendiği ülke hukuku uyarınca tahkime elverişli olmaması tanıma/tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir⁷⁵⁶. *New York* Sözleşmesi'nde tanıma ve tenfiz davaları için öngörülen bu kuralın tahkim yargılaması devam ederken ortaya çıkan tahkime

⁷⁵¹ Moses, s. 77.

⁷⁵² Born, s. 1029.

⁷⁵³ Redfern and Hunter, para. 2.128; Moses, s. 77-78; Bayata Canyaş (Model Kanun), s. 99-100.

⁷⁵⁴ Moses, s. 78; Lew, Mistelis, Kröll, s. 197.

⁷⁵⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 197.

⁷⁵⁶ Ayrıca bkz. *UNCITRAL* Model Kanun m. 36(1)(b).

elverişlilik meseleleri bakımından uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır⁷⁵⁷. Bu konu, hakem heyetinin icra edilebilir bir karar vermek için her türlü çabayı gösterme yükümlülüğü bakımından değerlendirildiğinde, kararın tenfiz edilebileceği ülkelerin mevzuatı uyarınca tahkime elverişli olup olmadığının incelenmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, hakem heyeti, ve hatta taraflar, tahkim yargılamasının henüz başında, kararın hangi ülke veya ülkelerde tenfiz edileceğini bilemeyebilir. Davalının varlıklarının bulunduğu tüm ülkeler muhtemel tenfiz ülkesi olabilir. Böyle bir araştırma yükümlülüğü hakem heyetine gereksiz bir iş yükü verecektir. Ayrıca, pek çok hakem kararı kaybeden tarafça tenfiz aşamasına tâbi tutulmadan gönüllü olarak yerine getirilmektedir⁷⁵⁸. Nitekim, hakem heyetleri, tahkim yargılaması aşamasında muhtemel bir tenfiz ülkesinin tahkime elverişliliği düzenleyen hükümleri uyarınca yetkisizlik kararı vermekten kaçınmaktadır⁷⁵⁹. Özellikle uyuşmazlık tahkim yeri hukuku uyarınca tahkime elverişli ise, hakem heyetinin, kararın üçüncü bir ülkede tenfiz edilmeme riskini taraflara bırakması daha makul olacaktır⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ Born, s. 641; Lew, Mistelis, Kröll, s. 198.

⁷⁵⁸ Lew, Mistelis, Kröll, s. 198; Moses, s. 78.

⁷⁵⁹ Lew, Mistelis, Kröll, s. 198; Moses, s. 78.

⁷⁶⁰ Moses, s. 78; Hanotiau, B.: *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, Arbitration International, 12, 4, 1996, s. 398; Özel (Kanunlar İhtilafı Meseleleri) , s. 56.

SONUÇ

Çalışmamızın birinci bölümünde vardığımız en önemli sonuçlardan biri, *lex forisi* olmayan hakem heyetinin, tahkim yerinin veya herhangi bir devletin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olmadığı göz önüne alındığında, vasıflandırmanın geleneksel kural veya yaklaşımlar uyarınca yapılmasının tahkimin karakteristik özellikleriyle bağdaşmayacağıdır. Hakem heyeti vasıflandırma yaparken uyumsuzluğun barındırdığı ulus-ötesi unsurları dikkate almalıdır.

Kanunlar ihtilafı hukukunda hâkim görüş *lex fori* uyarınca vasıflandırma iken, uluslararası tahkimde vasıflandırmanın, tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm iç hukuklardan bağımsız, karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun ulus-ötesi kavramlar dikkate alınarak yapılmasının en uygun yöntem olacağını düşünüyoruz. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı hukukunda, karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi kapsamında öne sürülen düşünce ve eleştiriler uluslararası tahkim bakımından önem kazanmaktadır. *Falconbridge*'in karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırmanın, karşılaştırmalı hukukta derinlemesine bilgi sahibi, önlerindeki uyumsuzluk ve sorunları *lex foriden* ayırma yeteneğine sahip ve kendilerine tamamen yabancı bir tekniği benimsemeye istekli uluslar-üstü hâkim sınıfını (*supranational class of judges*) gerektirdiği yönündeki eleştirisi uluslararası tahkim bakımından geçerli olmayacaktır. Kanımızca hâkimlerin sayılan özellikleri haiz olması gerçekten zor olsa da, uluslararası tahkimde hakem heyetinin bu özellikleri taşıması beklenmektedir. Hakemlerin *lex forisi* olmadığı için önlerindeki uyumsuzluğu vasıflandırırken herhangi bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalma eğiliminde

olmazlar. Hakem heyeti çoğunlukla farklı ülkelerden gelen farklı hukuki eğitim, altyapı ve deneyime sahip hakemlerden oluştuğu için, kanımızca hakemlerin karşılaştırmalı hukuk analizi yapmaları hâkimlere göre daha kolay olacaktır. Uluslararası tahkim ulus-ötesi bir yargılama türü olduğu için hakem heyetinin de ulus-ötesi olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Tahkim türleri bakımından yaptığımız inceleme hakem heyetinin tahkim yargılaması esnasında vasıflandırma yapma ihtiyacının tahkim türüne göre değişebileceğini göstermektedir. Her ne kadar kurumsal tahkim ve *ad hoc* tahkim arasındaki farkların hakem heyetinin vasıflandırmaya başvurma ihtiyacı ya da karşılaşılabileceği vasıflandırma problemleri üzerinde doğrudan bir etkisi olmasa da ticari tahkim-yatırım tahkimi ve iç tahkim-uluslararası tahkim bakımından yaptığımız ayrımlarda durum farklıdır. Özellikle yatırım tahkiminde, hakem heyeti konu ve kişi bakımından yetkiyi değerlendirirken, ortada bir yatırım olup olmadığı, davacının yatırımcı sıfatını taşıyıp taşımadığı gibi konular bakımından vasıflandırma yapmak durumunda kalacaktır. Yine yatırım tahkiminde ortaya çıkan yetki ve kabul edilebilirlik meselelerinde de vasıflandırma belirleyici rol oynayacaktır. Hakem heyetinin yatırım tahkimine özel bir diğer vasıflandırma ihtiyacı yatırımcının hak ihlalinin yatırım sözleşmesine mi yoksa iki taraflı yatırım anlaşmasına mı dayandığının tespit edilmesi konusunda ortaya çıkacaktır. Hakem heyetinin bu konuda yapacağı vasıflandırma, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku ve hatta uyuşmazlık çözüm yolunu (uyuşmazlığı görmeye yetkili olup olmadığını) etkilemektedir. İç tahkim - uluslararası tahkim ayrımında ise daha bariz bir sonuç vardır. Yabancı unsur içermeyen uyuşmazlıklar bakımından öngörülen iç tahkimde, hakem heyeti kanunlar ihtilâfı sorunlarıyla ve dolayısıyla teknik anlamda

vasıflandırma problemleriyle karşılaşmayacaktır. İç tahkim-uluslararası tahkim ayrımı, hakem kararının tenfizi ve iptali bakımından önem arz eden, hakem kararının mensubiyeti dikkate alınarak yapılan sınıflandırmalar ile karıştırılmamalıdır. Tahkimin uluslararası nitelikte olması tahkimde verilen kararı otomatik olarak yabancı hakem kararı yapmayacağı gibi kararın hangi ülkeye mensup olduğu konusunda herhangi bir ipucu vermez. Başka bir deyişle, bir tahkim yargılamasının uluslararası olması ile söz konusu tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının yabancı olması birbirinden tamamen farklı durumlardır.

Hakem kararlarının mensubiyeti konusunda yaptığımız değerlendirmeler ışığında vardığımız sonuç; uyuşmazlığın esasına, tahkim usûlüne veya tahkim anlaşmasına tenfiz ülkesinin hukukunun uygulanması, ya da uyuşmazlık konusunun tenfiz ülkesini ilgilendirmesi veya tarafların tenfiz ülkesi vatandaşı olması gibi sınırlandırıcı kriterler getirilerek, *New York Sözleşmesi*’nin uygulama alanını daraltacak şekilde, tenfiz ülkesi dışında verilen bir hakem kararının yabancı hakem kararı olmadığı ve Sözleşmenin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmasının açıkça *New York Sözleşmesi*’ne ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı olduğudur. Dolayısıyla tahkim yeri Türkiye dışında bir ülke olan tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarının tanıma ve tenfizi için Türk mahkemelerine başvurulduğunda, Türk mahkemelerinin, başka kriterleri araştırmadan, söz konusu hakem kararlarının yabancı hakem kararı olduğuna hükmederek tanıma ve tenfize *New York Sözleşmesi*’ni uygulaması gerekir. *New York Sözleşmesi* Türkiye’de yürürlüğe girmeden önce Yargıtay’ın otorite kanunu kriterini kabul ettiği kararların, bugün, Türkiye’de hakem kararlarının yabancılığının tayini bakımından doğru bir referans teşkil etmediğini

düşünüyoruz. Nitekim ne MTK'da ne MÖHUK'da, tahkim yeri Türkiye olan ancak yabancı usûl kanununun uygulandığı tahkim yargılamalarında verilen hakem kararlarının yerli sayılmayacağını düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün ilk başlığı altında yaptığımız inceleme ve değerlendirmeler uluslararası tahkimde, usul ve esas ayrımı bakımından yapılan vasıflandırmanın devlet yargısından farklı sonuçları ve tahkim yargılaması üzerinde çok önemi etkileri olduğunu göstermiştir.

Uluslararası tahkimde bir konunun usûle veya esasa ilişkin olarak vasıflandırılması hakem heyetine o konuda tanınan takdir yetkisinin derecesini etkilemektedir. Doktrinde hakem heyetine usûle uygulanacak kurallar bakımından tanınan takdir yetkisinin daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Taraflar kendilerine esasa uygulanacak hukuk bakımından tanınan irade muhtariyetini sıklıkla kullanırken, usule uygulanacak hukuku nadiren seçer. Pek çok ülkenin tahkim mevzuatı hakem heyetine usûle uygulanacak kuralları belirlemede, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde oldukça geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Ülkelerin maddi hukuk kuralları tahkim yargılamasının uluslararası niteliği ve bu konudaki ihtiyaçlar dikkate alınarak düzenlenmediği için hakem heyetinin söz konusu mevzuatı uygularken sahip olduğu takdir yetkisi sınırlıdır.

Usûl ve esas ayrımının tahkim yargılaması üzerindeki bir diğer önemli etkisi hakem kararının verilmesinden sonraki işlemler bakımından ortaya çıkmaktadır. Hakem kararının usûle veya esasa ilişkin olması, iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde

kararın karşılaştacağı incelemenin derecesini etkilemektedir. Hakem heyetinin esasa uygulanacak hukuka (ve bu hukuka ulaşmak için uyguladığı kanunlar ihtilâfi kurallarına) ilişkin seçimleri iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde oldukça sınırlı bir incelemeye tâbi olurken pek çok devletin tahkim kanununda yer alan iptal sebepleri büyük ölçüde hakem heyetinin usûle ilişkin kararlarına yöneliktir. Benzer şekilde, New York Sözleşmesinde yer alan tanıma ve tenfizin reddi sebepleri de büyük ölçüde usûle ilişkindir.

Tahkim usulüne uygulanacak hukuk başlığı altında yaptığımız değerlendirmeler göstermektedir ki tarafların tahkim usûlüne uygulanacak kuralları belirlemeleri ve hatta tahkim usûlüne tahkim yerinden başka bir ülkenin hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) tahkim yeri hukuku olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Taraflarca tahkim usûlüne uygulanmak üzere seçilen yabancı hukuk tahkim yeri hukukunun emredici kuralları çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır. Tahkim yeri hukuku, tarafların belirledikleri usûl kurallarında yer alan eksiklerin tamamlanması, tahkim yargılamasında mahkemelerin desteğine duyulan ihtiyacın karşılanması ve hakem kararına karşı iptal davası açılması gibi konulardaki işlevlerini yerine getirmeye devam edecektir. Dolayısıyla, günümüzde, tahkim yargılamasını idare eden hukuk bakımından tahkim yeri bağlama noktasının genel kabul gördüğü dikkate alındığında tarafların (veya hakem heyetinin) usûle ilişkin konulara uygulanmak üzere seçtikleri hukukun bu maksatla sınırlı olduğu, özellikle iptal davaları bakımından tahkim yeri mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu, bu seçimin tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki yetkisini kaldıramayacağı kanaatindeyiz.

MTK'nın, tahkim usûlüne başka bir devlet hukukunun uygulanmasını kararlaştırma imkânı tanıyan 8. maddesi dahil olmak üzere hiçbir hükmünde, 1998 yılında yapılan değişiklikten önce usûl kanunu kriterini benimseyen Alman hukukunda izin verildiği gibi, taraflara tahkim yargılamasında MTK'nın bir bütün olarak uygulanmasını saf dışı bırakabilecekleri bir imkân sunulmamıştır. Kanımızca bunun sebebi MTK'nın da esasında ülkesellik ilkesini benimsemiş olmasıdır. Nitekim MTK'nın 8. maddesi uyarınca taraflar usûle yabancı bir kanunun uygulanmasını “MTK'nın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla” kararlaştırabilir. Dolayısıyla tahkim yeri olarak Türkiye sınırları içerisinde bir yer seçildiğinde MTK tahkim yargılamasına kaçınılmaz olarak uygulanacaktır. MTK'nın 8. maddesi uyarınca usûle uygulanmak üzere başka bir devletin hukukunun seçilmesi, MTK'nın *lex arbitri* olduğu sonucunu değiştirmeyecektir. O halde, tam tersi şekilde, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu hallerde, usûle uygulanmak üzere MTK'nın seçilmesi, MTK'yı *lex arbitri* yapmayacaktır.

Bu değerlendirmeler ışığında MTK'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında “veya” bağlacından sonra yer alan düzenlemenin taraflara, tahkim yerinin Türkiye dışında ve dolayısıyla *lex arbitrinin* yabancı ülke hukuku olduğu hallerde, *lex arbitrinin* izin verdiği ölçüde, tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırabileceklerini söylediği sonucuna ulaşıyoruz. Ancak MTK'da böyle bir düzenleme olmasaydı da taraflar tahkim yeri hukuku izin verdiği ölçüde tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırabilirdi. Nitekim taraflara tahkim usûlüne uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu veya kuralları seçme imkânı tanıyan *lex arbitridir*.

MTK'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında “veya” bağlacından sonra yer alan düzenlemenin tahkim usûlü ile sınırlı olarak değerlendirilmesi bizi iki önemli sonuca ulaştırmaktadır: Tahkim usûlüne ilişkin olarak yapılan bu seçim tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılamasında yetkili olduğu konular (örneğin iptal davası açılması) bakımından söz konusu yetkilerini ortadan kaldırmadığı gibi Türk mahkemelerine bir yargı yetkisi vermez. Ayrıca MTK'nın tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırı olan hükümleri uygulama alanı bulamaz. Kanımızca, hakem kararlarının mensubiyeti başlığı altında yaptığımız açıklamalar ulaştığımız bu sonuçları desteklemektedir.

Çalışmamızda değinildiği üzere *lex arbitri* sadece usûle ilişkin konuları değil, örneğin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine veya tahkime elverişliliğe ilişkin meseleleri de düzenlediği için hakem heyetinin bir meseleye *lex arbitride* yer alan bir kuralı uygulayabilmesi için o meseleyi usûle ilişkin olarak vasıflandırması gerekmez. Ancak, bir meselenin uyuşmazlığın esasına ilişkin olmadığı tespit edildiğinde büyük olasılıkla *lex arbitrinin*, ya da *lex arbitri* izin verdiği ölçüde taraflarca seçilen usul kurallarının uygulanacağını söylemek yanlış olmaz.

Taraflar tahkim usulünü kendilerine tanınan serbestiyi kullanarak tahkim anlaşmasında tek tek belirlemişlerse, hakem heyeti tahkim anlaşmasının hükümleriyle bağlı olduğundan, taraflarca belirlenen usul kurallarını doğrudan uygulayacaktır. Aynı sonuç tarafların kurumsal veya uluslararası tahkim kurallarına gönderme yaptıkları haller bakımından da geçerlidir. Ancak, taraflarca doğrudan kararlaştırılmayan veya tahkim kurallarında yer almayan konular bakımından vasıflandırma ihtiyacı doğabilir. Hakem heyeti böyle bir konuyu usûle ilişkin olarak vasıflandırdığında tahkim yeri hukukunda bu konuda bir düzenleme olup olmadığına bakacak, tahkim yeri

hukukunda bir düzenleme yoksa, uygun gördüğü kuralı uygulayacaktır. Taraflar usûle uygulanmak üzere bir devletin hukukunu seçtiklerinde ise hakem heyeti o hukukta usûle ilişkin olarak düzenlenen kuralları tespit etmek durumunda kalacaktır. Nitekim taraflarca seçilen hukukun yalnızca usûle ilişkin hükümleri, tahkim yerinin emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla uygulama alanı bulacaktır.

Esasa uygulanacak hukuk başlığı altında yaptığımız değerlendirmeler ışığında, kurumsal tahkim kurallarında hakem heyetine esasa uygulanacak hukuku tayin etme konusunda ulusal kanunlardaki düzenlemelere kıyasla daha geniş takdir yetkisi (hakem heyetine uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralını ya da doğrudan maddi hukuku uygulama imkânı) tanıyan hükümlerin, ulusal kanunlarda hakem heyetine en sıkı ilişkili hukuku veya hukuk kuralını uygulamasını söyleyen düzenlemelerin yerine geçerek uygulanabileceği kanısındayız. Örneğin, tahkim yeri Türkiye olan bir ICC tahkiminde, hakem heyeti, MTK'nın taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukukun uygulayacağını söyleyen hükmü yerine, ICC Tahkim Kuralları'nın 21.maddesinin ilk fıkrası uyarınca uygun bulduğu hukuk kuralını uygulayabilir. Aynı değerlendirme hakem heyetine uygun bulduğu kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili olan hukuku uygulamasını söyleyen ulusal kanunlar (örneğin Model Kanun m. 28(2)) karşısında herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına başvurmaksızın doğrudan uygun bulduğu maddi hukuk kuralını uygulama yetkisi veren kurumsal tahkim kuralları bakımından da yapılabilir.

Kanımızca tarafların esasa uygulanmak üzere anasyonel hukuk kurallarını seçebilmeleri, hakem heyetini açıkça yetkilendirerek uyuşmazlığın hakkaniyet ve nasafet kuralları uyarınca çözülmesini tercih edebilmeleri, taraflarca bir seçim

yapılmadığında hakem heyetinin herhangi bir hukuk sistemine bağı kalmadan uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralını ya da doğrudan maddi hukuku uygulayabilmesi, devlet yargısında çok daha katı kurallara tâbi olan uygulanacak hukukun tayini için atılan ilk adım olan vasıflandırma sırasında, belirli bir devletin hukuk sisteminde yer alan kategorilere bağı kalmaksızın karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla ulaşabileceği evrensel kategorileri dikkate alması gerektiği görüşümüzü destekler niteliktedir.

Hakem heyeti, usûl ve esas ayrımı bakımından arada kalan “gri alanları” vasıflandırırken önündeki hukuki meseleye uygulanması muhtemel olan tüm hukukları (tahkim yeri hukuku, esasa uygulanacak hukuk veya muhtemel tenfiz ülkesi hukuku) değerlendirmeli; somut olayda ayrımın neden yapıldığına ve sonucunun ne olacağına dikkat etmelidir. Bir mesele *lex arbitride* açıkça usule veya esasa ilişkin olarak vasıflandırılmış olsa dahi, vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk başlığı altında yaptığımız açıklamalarımız doğrultusunda, tahkimin ulus-ötesi niteliği dikkate alınmadan doğrudan tahkim yeri hukukunda öngörülen hukuki kategorilerden yola çıkılarak vasıflandırma yapılması doğru değildir.

İkinci bölümün ikinci başlığında incelendiği üzere, uluslararası tahkimde yetki ve kabul edilebilirlik meseleleri ile tahkim anlaşmasının farklı boyutları (asli ve şekli geçerlilik, ehliyet ve tahkime elverişlilik) vasıflandırmanın belirleyici olduğu diğer alanlardır. Hakem heyetinin bir ilk itirazı yetki veya kabul edilebilirliğe ilişkin olarak vasıflandırması, hem hakem heyetinin itirazı nasıl ele alacağı, hem itirazın haklı olduğu sonucuna varması durumunda atacağı adımlar üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Kabul edilebilirlik ile ilgili bir konunun hatalı bir şekilde yetkiye ilişkin olarak vasıflandırılması, hakem kararının tâbi olacağı incelemenin kapsamının haksız

yere genişletilmesine ve tarafların uyuşmazlığın tahkimde görüleceği yönündeki beklentilerinin karşılanmamasına sebep olabilir. Hakem heyetinin yetkisine ilişkin itirazlar daha çok tarafların ilgili uyuşmazlığı tahkime götürme rızalarını ilgilendirirken kabul edilebilirlik itirazları iddianın hakem heyeti tarafından karara bağlanmasının mümkün olup olmadığıyla ilgilidir. Örneğin, hakem heyeti, tahkim anlaşmasında öngörülen bekleme veya müzakere sürelerine veya tahkime başvurulmadan önce tamamlanması gereken aşamalara uyulmadığı durumlarda söz konusu süre veya aşamaları tahkime verilen rızanın bir şartı olarak ele alırsa yetkisizlik kararı, usûlî süre veya aşamalar olarak değerlendirirse talebin kabul edilemez olduğuna karar verebilir. Kanımızca hakem heyeti taraflarca ileri sürülen itiraza konu meseleyi bu itiraz yapılmasa kendiliğinden dikkate almayacak idiyse itirazın büyük bir ihtimalle kabul edilebilirliğe ilişkin olduğu sonucuna varılabilir.

Vasıflandırmanın tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından yapılan değerlendirmelerde de önemli rol oynadığı kanaatindeyiz. Tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazıyla karşılaşan hakem heyeti, bu itirazın tahkim anlaşmasının farklı boyutlarından hangisini ilgilendirdiğine cevap vermeden itiraz konusu meseleye uygulanacak hukuku tespit edemeyecektir. Örneğin, davalı, tahkim anlaşmasında sadece bir tarafa uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda yetki verildiğinden bahisle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia ediyorsa, hakem heyeti, bu geçersizlik iddiasını tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine ilişkin bir mesele olarak vasıflandıracak ve bu mesele taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmadığı takdirde tahkim yeri hukukuna tâbi olacaktır.

Çalışmamızda vardığımız tüm bu tespitler ışığında, vasıflandırmanın, uluslararası tahkimde, kanunlar ihtilafı hukukunda geleneksel olarak kabul edilen anlamından farklı rol ve işlevlerinin olduğu kanaatindeyiz.



KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Akıncı, Z.: *Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi (28.1.1994 Tarihli İtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi)*, BATİDER, 17, 3, 119-148.

Akıncı, Z.: *Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2021*
(Milletlerarası Tahkim).

Akıncı, Z.: *Neden İstanbul Tahkim Merkezi?*, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı Özel Sayı, 2013, 8, 1, 79-96.

Akıncı, Z.: *Yargıtay Kararları Işığında Tahkim Şartının Geçerliliği*, Tahkim Anlaşması, Özdemir Kocasakal, H., Balkar, S. eds, On İki Levha, 2020, 69-86.

Arat, T.: *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E.: *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2018.

Ataman Figenmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri*, MHB, 31 (2), 2011, 35-81 (İptal ve Tenfiz Davaları).

Ataman Figenmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*, PPIL, 31(1), 91-152.

Aygül, M.: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul, 2014.

Aygün, M.: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu*, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 8, 2007, 661-695.

Ayoğlu, T.: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA, Vedat Kitapçılık, 2011.

Bartin, E.: *De l'impossibilite d'arriver a la suppression definitive des conflicts de loi*, Journal de Droit International Prive & Jurisprudence Comparee, 24, 1897, s. 225-255.

Bartin, E.: *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, 31 Recueil des Cours, 1930, 565-603.

Bayata Canyaş, A.: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet, 2012.

Bayata Canyaş, A.: UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Adalet, 2016 (Model Kanun).

Beckett, W.: *The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law*, British Year Book of International Law, 15, 1934, 46-81.

Berki, O. F.: Devletler Hususi Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 1959.

Birsel, M.T.: *Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, 2005, 1-38.

Bischoff, J. A.: *Conflict of Laws and International Investment Arbitration*, Conflict of Laws in International Arbitration, eds. Ferrari, F, Kröll, S., NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, 745-784.

Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., Hunter, M.: Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, Oxford University Press, 2015.

Born, G.B.: International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 3rd edition, 2021.

Böckstiegel, K.H.: *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?*, The Lalive Lecture 2012, Arbitration International, 28, 4, 2012, 577-590.

Carruthers, J.M.: *Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages*, International and Comparative Law Quarterly, 53, 2004, 691-711.

Cormack, J.: *Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws: A Study of Problems Involved in Determining Whether or Not the Forum Should Follow Its Own Choice of a Conflict-of-Laws Principle*, Southern California Law Review, 14, 1941, 221-275.

Craig, W. L., Park, W. W., Paulsson, J.: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications, 3rd edition, 2000.

Çelikel, A., Erdem, B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, Beta, 2021.

De Ly, F.: *Conflict of Law in International Arbitration-An Overview*, Conflict of Laws in International Arbitration, eds. Ferrari, F, Kröll, S., NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, 1-15.

Demir Gökyayla, C.: Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı, Vedat Kitapçılık, 2014.

Demir Gökyayla, C.: *Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına Uygulanacak Hukuk*, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, eds. Akıncı, Z., Demirkol, B., On İki Levha, Şubat 2021, 403-428 (Delillerin Toplanması).

Demir Gökyayla, C.: *Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk*, PPIL, 40(2), 729-773.

Doğan, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, 2019.

Dolzer, R., Schreuer, C.: Principles of International Investment Law, Oxford, 2012.

Douglas, Z.: The International Law of Investment Claims, Cambridge, 2009.

Durhan, İ.: Hakem Kararlarının Milliyeti, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987.

Ehrat, F.: *A Case Study: Turkey*, The New York Convention of 1958, M. Blessing (ed.), ASA Special Series No. 9, 1996, 225-237.

Ekşi, N.: *Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme*, MHB, 23, 2003, 295-338 (Milletlerarası Tahkim Kanunu).

Ekşi, N.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, BETA, 2015.

Ekşi, N.: *Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Barosu Dergisi, 67, 1, Kış 2009, 54-74.

Erdoğan, E.: Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin Yayınları, 2017.

Erkan, M.: Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Yetkin Yayınları, 2013.

Erten, R.: *ICSID Tahkimi*, BATİDER, 19, 1998, 205-228 (ICSID Tahkimi).

Erten, R.: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet, 2010 (Geçici Hukuki Koruma).

Esen, E.: *Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 2, 2010.

Esen, E.: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli*, MHB, 28 (1-2), 65-114 (Tahkim Anlaşmalarının Şekli).

Esen, E.: *Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği*, UTDER, 2017, 75-148.

Esener, T.: Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, AÜHFD, 11, 1954, 478-513.

Falconbridge, J. D.: *Essays on the Conflict of Laws*, Canada Law Book Company, 2nd edition.

Falconbridge, J.D.: *Characterization in The Conflict of Laws*, *Law Quarterly Review*, 53, 1937, 235-258 (Characterization).

Gaillard, E., Savage, J., eds.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

Garnett, R.: *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, 2012.

Goldman, B.: *Les conflicts de lois dans l'arbitrage international de droit prive*, *Academie de droit international*, 109 *Recueil des Cours*, 1963, 347-483 (Les conflicts).

Goldman, B.: *The applicable law: general principles of law-the lex mercatoria*, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987, 113-126.

Hanotiau, B.: *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, *Arbitration International*, 12, 4, 1996, 391-403.

Heiskanen, V.: *Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, *ICSID Review*, 29, 1, 2014, 1-16 (Jurisdiction, Admissibility and Competence).

Heiskanen, V.: *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, *The Journal of London Court of International Arbitration*, 26, 4, 2010, 441-466 (Qualification).

Henderson, A.: *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration - Unravelling the Laws of the Arbitration Process*, Singapore Academy of Law Journal, 26, no. Special Issue, 2014, 886-910.

Jessup, P.C.: Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956.

Kahn-Freund, O.: General Principles of Private International Law, Sijthoff, 1976.

Kahn, F.: *Gezetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen privatrechts, Bd. 30, 1891, s. 1-143.

Kalpsüz, T: *Türk Hakem Kararı Kavramı*, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 1984 (Türk Hakem Kararı Kavramı).

Kalpsüz, T.: *Hakem Kararlarının Milliyeti*, BATİDER, 1978, IX, 3, 601-651.

Kaplan, Y.: *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi*, AÜEHFD, V, 1-4, 2001, 421-430.

Kaufmann-Kohler, G.: *Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderblit Journal of Transnational Law, 36, 2003, 1313-1334 (Arbitral Procedure).

Kaufmann-Kohler, G.: *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure-The Role of the Law of the Place of Arbitration*, van den Berg, A. J. (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, The Hague: Kluwer Law International, 1999, 356-365 (Identifying).

Keser Berber, L.: *Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin Yayınları, 2001, 123-139.

Koral, R.: *Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı*, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi,

II.Tahkim Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 1984, 18-30.

Koral, R.: *Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi*, Hıfzı Timur’a Aramağan, İstanbul, 1979, 419-473.

Koral, R.: *Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik ve Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri*, Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch’e Armağan, Özel sayı, 1-4, İstanbul, 1977, 155-199.

Lalive, P.: *Les reglesde conflicts de lois appliquees au fond du litige pas l’arbitre international siegeant en Suisse*, Rev. Arb., 1976, s. 155-185.

Lando, O.: *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, Contemporary Problems in International Arbitration, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987,101-112.

Lendermann, N.: Procedure Shopping Through Hybrid Arbitration Agreements: Considerations on Party Autonomy in Institutional International Arbitration, Nomos, 2018.

Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S.M.:Comperative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.

Lord Collins of Mapesbury and Harris, J.(ed): Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 16th edition, Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2022.

Lord Collins of Mapesbury, Briggs, A., Dickson, A., Harris, J. (ed): Dicey, Morris&Collins, 15th edition, Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2012.

Lorenzen, E.G.: *The Qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws*, Yale Law Journal, 50, 1940-1941, 743-761 (Qualification, classification, or characterization).

Lorenzen, E.G.: *The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws*, Columbia Law Review, 20, 1920, 247-282 (The Theory of Qualifications).

Mann, F.A.: *Where is An Award Made?*, Arbitration International, 1, 1, 1985, 107-108.

Mavromati, C.: *The Laws Applicable to the Taking and Evaluation of Evidence in International Arbitration*, Conflict of Laws in International Arbitration, eds. Ferrari, F, Kröll, S., NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, 187-211.

Morris, J.H.C. (ed): Dicey and Morris on the Conflict of Laws Stevens and Sons Limited, London, 8th edition, 1967.

Moses, M. L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd edition, Cambridge, 2017.

Nazzini, R.: *The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles*, The International and Comparative Law Quarterly, 65, 3, 2016, 681-703.

Newcombe, A., Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009.

Nomer, E., Ekşi, N., Öztekin-Gelgel, G.: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 5. Bası, Beta, 2016.

Nomer, E.: *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2017 (Devletler Hususi Hukuku).

Nomer, E.: Milletlerarası Usul Hukuku, Beta, 2018 (Milletlerarası Usul Hukuku).

Nomer, E.: Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Nussbaum, A.: *Book Review: Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard Studies in the Conflict of Laws, IV, By A. H. Robertson, Columbia Law Review, 40, 1940, 1461-1472.

O'Malley, N.D.: Rules of Evidence in International Arbitration, 2nd edition, 2019.

Özdemir Kocasakal, H.: *Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22, 2002, 2, 525-576.

Özel, S.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008 (Kanunlar İhtilafı Meseleleri).

Özel, S.: *Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanan Hukuk*, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, eds. Akıncı, Z., Demirkol, B., On İki Levha, Şubat 2021, 193-221.

Özel, S.: *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması*, MÜHF, 23, 1, 303-323.

Özkan, I.: *Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk*, PPIL, 40(2), 831-858.

Park, W.W.: *Judicial Controls in the Arbitral Process*, Arbitration International, 5, 3, 1989, 230-279.

Park, W.W.: *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, International and Comparative Law Quarterly, 32, 1983, 21-52 (Lex Loci Arbitri).

Patocchi, P. M.: *Arbitration Ex Aequo et Bono ("Amiable Composition")*, Romanian Arbitration Journal, 11, 2017, 19-40 (Arbitration Ex Aequo et Bono).

Patocchi, P.M., Meakin, I.L.: *Procedure and The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures*, International Business Law Journal, 1996, 884-895.

Pauker, S. A.: *Admissibility of claims in investment treaty arbitration*, Arbitration International, 34, 2018, 1-78.

Pauker, S. A.: *Substance and procedure in international arbitration*, Arbitration International, 36, 2020, 3-66 (Substance and procedure).

Paulsson, J.: *Arbitration in Three Dimensions*, International and Comparative Law Quarterly, 60, 2, 2011, 291-324 (Arbitration in Three Dimensions).

Paulsson, J.: *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, International and Comparative Law Quarterly, 30, 1981, 358-587.

Paulsson, J.: *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, International and Comparative Law Quarterly, 32, 1983, 53-61.

Paulsson, J.: *Jurisdiction and Admissibility*, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, 2005, 601-617 (Jurisdiction and Admissibility).

Paulsson, J.: *The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs*, Contemporary Problems in International Arbitration, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987 1986, 141-148 (The Extent of Independence).

Paulsson, J.: *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013 (The Idea of Arbitration).

Paulsson, J.: *The New York Convention in International Practise- Problems of Assimilation*, M. Blessing (ed.), ASA Special Series No. 9, The New York Convention of 1958, 1996.

Petrochilos, G.: *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004.

Poudret, J.F., Besson, S.: *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd edition, Thomson, Sweet & Maxwell, 2007.

Pryles, M.: *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2007, 24, 3, 2017, 327 – 339.

Rabel, E.: *Das Problem der Qualifikation*, *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 5, 1931, 241-288.

Rabel, E.: *Le Probleme de la Qualification*, *Revue de Droit International Prive*, 28, 1933, 1-62.

Reinisch, A.: *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 16, 2017, 21-43.

Roberts, A.: *Divergence Between Investment and Commercial Arbitration*, *Annual Meeting of the American Society of International Law*, New York, 2012, 297-300.

Robertson, A. H., *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard University Press, 1940 (Characterization).

Robertson, A. H.: *A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws: Part I. Previous Statements of the Problem in English*, *Harvard Law Review*, 52, 1939, 747-772 (A Survey).

Rogerson, P.: *Collier's Conflict of Laws*, 4th Ed, Cambridge University Press, 2013.

Sammartano, M.R.: *International Arbitration Law and Practice*, JURIS, 3rd edition, 2014.

Santacrose, F.G.: *Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility: an analysis of which law should govern characterization of*

preliminary issues in international arbitration, Arbitration International, 33, 2017, 539-570.

Sargın, F.: *Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının Kısmi İptal İmkânı*, BATİDER, 2015, 39-96.

Schreuer, C.: *What is a Legal Dispute?*, Buffard, I., Crawford, J., Pellet, A., Wittich, S. eds. *International Law between Universalism and Fragmentation*, BRILL, 2009, 959-980.

Smit, H.: *A-National Arbitration*, Tulane Law Review, 63, 1981, 629-646.

Smit, H.: *Substance and Procedure in International Arbitration: the Development of a New Legal Order*, Tulane Law Review, 65, 1991, 1309-1322.

Sornarajah, M: *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000.

Şanlı, C., Esen, E., Ataman Figenmeşe, İ.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

Şanlı, C.: *Konişmentonun Devri, Alacağın Temlik ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden Ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, MHB, 22, 2002, 773-789.

Şanlı, C.: *Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, 17-18, 1997-1998, 393-409.

Şanlı, C.: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, İstanbul, 2019 (Uluslararası Ticari Akitler).

Şit-Köşgeroğlu, B.: *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, İstanbul, 2012.

Şit, B.: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005 (Kurumsal Tahkim).

Şit, B.: *Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları*, MHB, 25(1-2), 2005-2006, 411-436 (Tahkim Anlaşmasının Şekli).

Tahmaz, A.: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Ticari Tahkim Arasındaki Farklara Genel Bir Bakış*, Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, 11-12 Ekim 2019, (Eds. Uğur Orhan, M. Emir Göka, Ece Göztepe), On İki Levha, Aralık, 2020, 363-389.

Tahmaz, A.: *Yabancı Yatırımcı ve Ev Sahibi Devlet Arasında İmzalanan Yatırım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, (Eds. Prof. Dr. Sibel Özel-Doç Dr. Hatice Selin Pürselim Arning), On İki Levha, Mart 2020, 1-32.

Tanrıbilir, F.B., Şit, B.: *Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu*, MHB, 2002, 819-838.

Tiryakioğlu, B., Bayata Canyaş, A.: *Challenges to Arbitral Awards*, Arbitration in Turkey, eds. Esin, İ.Yeşilırmak, A., Wolters Kluwer, 2015, 183-210.

Tiryakioğlu, B.: *Tahkim Türleri ve Tahkim Dayandığı İlkeler*, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı (2-3 Şubat 2023), Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138, 2023, 3-28 (Tahkim Türleri).

Tiryakioğlu, B.: *Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik*, Tahkim Anlaşması, Özdemir Kocasakal, H., Balkar, S. eds., On İki Levha, 2020, 87-101 (Yetki ve Kabul Edilebilirlik).

Tiryakioğlu, B.: *Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi*, UEDTP, 2, 1, 2007, 169-184.

Torremans, P., Fawcett, J.J. (ed): Cheshire, North&Fawcett: Private International Law, 15th edition, 2017.

Ünsal, H.: Enerji Yatırım Uyuşmazlıklarında Yetki Sorunu ve Esasa Uygulanacak Hukuk, Doktora Tezi, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul, 2016.

van den Berg, A. J.: The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law International, 1981 (The New York Convention).

van den Berg, A. J.: *When Is An Award Nondomestic Under New York Convention of 1958?*, 6 Pace L. Rev. 25, 1985, 25-65 (When Is An Award Nondomestic).

Waibel, M: Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility, University of Cambridge, Paper Series No. 9/2014.

Waincymer, J.: Procedure and Evidence in International Arbitration, Wolters Kluwer, 2012.

Wolff, M: Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3rd edition, Springer, 1954.

Yasan Tepetaş, C.: *Milletlerarası Tahkimde Hakemlerin Hukuku Uygulaması ve Jura Novit Curia*, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, eds. Akıncı, Z., Demirkol, B., On İki Levha, Şubat 2021, 269-314.

Yeşilova, B.: “*Lex (Loci) Arbitri*” ve “*Tahkim Yeri*” Kavramları Işığında *Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m. 1/II)*, UTDER, 2013, 2, 1, 99-163 (Lex (Loci) Arbitri).

Yeşilova, B.: *Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler*, TBB Dergisi, 76, 2008, 83-164.

Mahkeme Kararları

Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 1.3.1995, K. 1995/140, E. 1994/662.

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 30.1.1997, K. 1997/19, E. 1995/432.

Bergesen v. Joseph Muller Corp., 710 F. 2d 928, 931 (2nd Cir. 1983).

French Cour de Cassation First Civil Chamber, 20 December 1993, Municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico , Rev. Arb., 116, 1994.

Harding v. Wealands, 2007, 2 AC 1.

Huber v Steiner, 1835, 2 NC 202.

John Pfeiffer Pty Ltd v Rogerson, 2000, 203 CLR 503.

Monterosso Shipping Company Ltd. v International Transport Workers' Federation, 1982, 3 All E.R. (CA) 841.

Naviera Amazonia Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros de Peru, 1988, 1 Lloyd's Rep 116.

Paris Court of Appeal First Chamber, 21 February 1980, G.N.M.T.C. v. Götaverken, 107 JDI 660.

Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co., (1963), International and Comparative Law Quarterly, 13, 1964.

Stevens v Head, 1993, 176 CLR 433.

Waste Management v. Mexico, ICSID Case No: ARB/98/2.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 29.12.2009, E. 2009/4018, K. 2009/15528.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 25.12.1997, E. 1997/4213, K. 1997/5603.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 5.5.1999, E. 1999/15-235, K. 1999/273.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 8.2.2012, E. 2011/13-568, K. 2012/47.

Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys “R” Us, Inc. 126 F. 3d 15,19 (2nd Cir. 1997).

Diğer Kaynaklar

ECOSOC, Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, UN Doc E/2704, Corr. 1, 1955.

ECOSOC, Summary Record of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Sixth Meeting, U.N. Doc. E/CONF.26/SR.6, Mr. Bulow (Federal Republic of Germany), 1958.

Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006.

ICC, Report and Preliminary Draft Convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953.

ICCA, Guide to Interpretation of the New York Convention, 2011.